

ESTATUTO PERSONAL Y SOCIEDAD MULTICULTURAL: EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD*

por

JEAN-YVES CARLIER

Professeur à l'Université catholique de Louvain

SUMARIO: *I. Los presupuestos:* A) Los hechos: la variabilidad de las migraciones. B) El derecho: variabilidad de los estatutos personales. *II. Las consecuencias.* *III. Las soluciones:* A) El derecho material. B) Derecho internacional privado.

Con dificultad pero con seguridad se está construyendo una Europa pluricultural y multicultural¹. La Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas. La misma España es un patente testimonio de esto. La Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores. Testimonio de ello, la cultura musulmana. La historia, especialmente para España en cuanto a la historia antigua, pero también para otros países en cuanto a la historia colonial más reciente, no facilita la práctica de un encuentro con el Islam, sino, más bien, el desarrollo de una lógica de rechazo y de confrontación. Esta cuestión que atañe al espacio público –así las cuestiones relativas a los cementerios, a las mezquitas, al uso del pañuelo²– atañe también al espacio privado y, principalmente, al derecho de familia. He aquí que la «uniformización» del derecho se presenta como un progreso en Europa, la disciplina del derecho internacional conoce un nuevo aliento, especialmente en derecho de familia, refugio de las identidades culturales y religiosas.

Si los presupuestos de hecho y de derecho (I) así como sus incidencias en cuanto a la ley aplicable al estatuto personal (II) son novedosos, el derecho internacional privado puede hallar en la riqueza de sus mecanismos destinados a tratar el encuentro de los derechos, soluciones hábiles para conciliar la multiculturalidad de la familia y la búsqueda de una ley aplicable al estatuto personal (III).

* Traducido por Nicole Comte Guillemet, Pfra. Dra. de la Universidad de Cantabria.

¹ R. KASTORYANO (dir.), *Quelle identité pour l'Europe? Le multiculturalisme à l'épreuve*, París, Presses de sciences po., 1998

² Vid. J.-Y. CARLIER, «Deux facettes des relations entre le droit et l'Islam» en *Facettes de l'Islam belge*, F. DASSETTO (dir.), Bruxelles, Academia-Bruylant, 1997, p. 239.

I. LOS PRESUPUESTOS

Una misma palabra puede calificar los presupuestos de derecho y de hecho en el ámbito que nos interesa: la variabilidad. Invirtiendo el título de este trabajo «estatuto personal y sociedad multicultural», se tratará en primer lugar los presupuestos de hecho relativos a esta sociedad multicultural (a), luego los presupuestos de derecho relativos al estatuto personal (b).

A) LOS HECHOS: LA VARIABILIDAD DE LAS MIGRACIONES

El fenómeno migratorio no es ninguna novedad. Siempre existió y quizá se encuentre en el origen mismo del hombre. Según ciertos antropólogos, nuestros antepasados cuadrúpedos se enderezaron para cazar en la sabana, logrando así la primera migración de subsistencia. Sin embargo, las modalidades que revisten las migraciones pueden variar. Tratándose de Europa, tres factores caracterizan las migraciones contemporáneas: el sentido, la cantidad y la calidad.

El *sentido* es variable. Sustituyendo a las antiguas emigraciones colonizadoras hacia el Sur, una dominante discurre del Sur hacia el Norte, también existe una nueva migración procedente de la Europa del Este que, también simbólicamente, se sustituye a las antiguas migraciones europeas hacia el nuevo mundo. Se suma a esto una forma de migración, externa a los Estados, pero interna a la Unión Europea, originada en la libertad de circulación de los trabajadores en el seno de la Comunidad europea, introducida ya en 1957 por el Tratado de Roma (artículo 39, antiguo artículo 48) que progresivamente se fue extendiendo a la libertad de circulación de toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y disponga de suficientes medios de subsistencia.

La *cantidad* es variable. Catástrofes naturales, pero sobretudo artificiales (Ruanda, Congo, Kosovo...) que engendran violaciones de derechos fundamentales, abocan a numerosas personas al exilio. Si tales flujos masivos pueden variar en el tiempo, consta que las realidades económicas y demográficas en el mundo indican una tendencia al aumento cuantitativo de las migraciones. Y en este caso, el derecho puede incidir sobre el hecho. En el seno de Europa, el crecimiento de la libertad de circulación de las personas pudiera conducir a favorecer las migraciones internas. No obstante, esta migración permanece escasa. Se desplazan alrededor de un 5% de trabajadores europeos. No se puede asegurar que tal proporción aumente. Tratándose de migraciones externas, actualmente permanecen limitadas por el control de las fronteras exteriores de Europa. Legitimado por las soberanías nacionales, el control de fronteras choca, desde una perspectiva jurídica, con una paradoja: ¿Cómo explicar, estando dividido el mundo en Estados, que si «toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio»³, no tenga necesariamente la libertad de entrar en el territorio de otro país? Esto no supone que de la noche a la mañana, se liberalice totalmente la migración. Es constatar que el derecho y las realidades demográfica y económica acarrearán posiblemente unas evoluciones. Esto significa que dentro de las migraciones, puede existir una diferencia entre el movimiento y el establecimiento. Esto nos conduce a reflexionar acerca del tercer factor.

La *calidad* es variable. La migración interna, la libre circulación en el seno de la Unión Europea se caracteriza por su fuerte movilidad. El trabajador o el funcionario europeo se expatría hacia otro país de la Unión para un período determinado. A menudo, al

³ Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art.12.2.

menos al alcanzar la jubilación, regresa a su país de origen. Al contrario, el que ha trabajado siempre en un país puede expatriarse para otro período determinado, el de la jubilación. Por ello, incluso si la movilidad intraeuropea, actualmente limitada a un 5%, aumenta algo, no supondrá por ello un aumento de la migración de establecimiento intraeuropeo. Por contra, la migración exterior a Europa, especialmente la proveniente del Sur, se caracteriza por su permanencia. Las familias se reagrupan con los trabajadores; los hijos nacen aquí. Ya no son emigrantes, son, al menos jurídicamente, extranjeros afincados en Europa y que permanecerán ahí. Respecto con esto, la apertura parcial de las fronteras, por ejemplo mediante la supresión del visado de corta duración, podría, paradójicamente, acrecentar la movilidad de los emigrantes y disminuir el establecimiento de los extranjeros. Favorecer los vaivenes podría ser también un factor de progresiva armonización de las situaciones económicas entre norte y sur. Quizá sea erróneo creer que este equilibrio económico deba preceder la libertad de circulación de las personas, pudiendo también ésta influir en aquélla. La apertura parcial de las fronteras mediante supresión del visado de corta duración, permitiendo el viaje pero no el establecimiento, es de naturaleza tal que puede disminuir, en términos financieros y en vidas humanas, el costo del control de fronteras, especialmente para los países del mediterráneo.

Sea cual fuere la futura política migratoria común de la Unión Europea, tal como estará «establecida progresivamente» dentro de «un espacio de seguridad, de libertad y de justicia»⁴, que ésta se oriente hacia el cierre o hacia la apertura parcial de fronteras, queda constancia que el sentido, la cantidad y la calidad actuales de las migraciones se caracterizan por su variabilidad, principalmente entre la movilidad intraeuropea por una parte y, por otra, la «sedentarización», el establecimiento duradero de extranjeros nacionales de terceros Estados. Estos extranjeros, nacionales de terceros Estados, residiendo legalmente, representan alrededor de doce millones de personas en Europa, frente a unos cinco millones y medio de Europeos instalados en otro Estado miembro. Si la extensión de la ciudadanía europea a los extranjeros puede plantearse, bien mediante un acceso más fácil a la nacionalidad de los Estados miembros, bien a través de la duración de la residencia, de forma temporal o a mayor plazo según la opción, son numerosas las personas que se caracterizan por la posesión de una nacionalidad extranjera a la Unión⁵. Este factor de «extraneidad» interesa el derecho internacional privado.

⁴ Artículo 61 del Tratado UE, introducido por el Tratado de Amsterdam entrado en vigor el 1º de mayo de 1999, en el nuevo Título IV «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Acerca de la ya antigua incidencia del derecho europeo sobre las migraciones y por ende, sobre el derecho internacional privado de la familia, *vid.* J. Y. CARLIER, «De Schengen a Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires pour 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. 131. En cuanto a la situación actual, B. VAN SIMAEYS et J.-Y. CARLIER, «Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice» en Y. LEJEUNE (dir.), *Le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 131.

⁵ Sobre la ciudadanía, *vid.* especialmente: P. JUÁREZ SÁNCHEZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Pons, 1999; J.-Y. CARLIER, «Vers une citoyenneté européenne ouverte?», en *Annales d'études européennes de l'UCL*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 119.

B) EL DERECHO: VARIABILIDAD DE LOS ESTATUTOS PERSONALES

La misma noción de estatuto personal es variable, «se ha empleado para denominar realidades distintas, suscitando una cierta confusión»⁶. Unas veces designa el continente, la ley personal, el *statutum*, otras designa el contenido, lo que procede del estatuto de la persona, el *statutus*⁷. En este último supuesto, se hablará también de «l'état et capacité des personnes». Surge entonces la dificultad de determinar el exacto contenido del estatuto personal. Mientras el derecho musulmán es amplio, englobando en él sucesiones y regímenes matrimoniales –por cierto inexistente en cuanto a estos últimos, habida cuenta de la separación de bienes– los derechos europeos son más restrictivos pero presentan variaciones. La mayor parte vinculan los regímenes matrimoniales al estatuto personal (excepción: Francia) pero excluyen las sucesiones (excepción: los Países Bajos). Si se considera más el continente, se comprueba que a «la» ley aplicable al estatuto personal, se sustituyen diferentes leyes aplicables a la filiación, a la adopción, al matrimonio, a los efectos del matrimonio, al divorcio, respectivamente... Esta tendencia caracteriza tanto las legislaciones de los diversos Estados como las convenciones de La Haya cuyo objeto material es cada vez más específico. De ello se deduce, conforme al título de la obra de Christian Rochat una «dislocation du statut personnel»⁸. La variabilidad del estatuto personal converge así con la variabilidad del hecho migratorio.

II. LAS CONSECUENCIAS

La variabilidad de las migraciones influye ciertamente en la ley aplicable al estatuto personal. Es un hecho manifiesto según el sentido de las migraciones. La emigración favorece la aplicación de la ley nacional. Éste es realmente el objeto de la redacción unilateral, aún actualmente, del artículo 3, párrafo 3, de los códigos civiles francés y belga: «Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français (Belges) même résidant en pays étrangers»⁹. La preocupación del *Code Napoléon* de 1807 es ciertamente la de mantener bajo la ley nacional francesa, a los Franceses, especialmente a los soldados, en el extranjero. También se encuentra implicado el principio «della nazionalità come fundamento del diritto delle genti», conforme al título de la lección de Mancini impartida en 1851, y transpuesto al derecho privado por el mismo Mancini¹⁰ y por Laurent¹¹. Ambos están evidentemente bajo la influencia de la constitución de sus nue-

⁶ J.L. IRIARTE ÁNGEL, «La persona física» en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, P. BLANCO-MORALES LIMONES, J. L. IRIARTE y M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, p. 20.

⁷ P. FRANCESCakis, *Répertoire de droit international*, 1969, voz «Statut personnel».

⁸ Ch. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé*, Thèse, Lausanne, Imprimerie vaudoise, 1986.

⁹ Acerca de las versiones sucesivas, *vid.* A. LAÏNÉ, «La rédaction du code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé», *Rev. Dr. Int. Pr. et dr. Pénal int.*, 1905, p. 21.

¹⁰ P.S. MANCINI, «De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre différentes législations civiles et criminelles», *Clunet*, 1887, pp. 221 y ss., 285 y ss.

¹¹ F. LAURENT, «*Droit civil international*», t.III, partic., p. 414.

vos Estados, Italia y Bélgica, en la cual participaron activamente¹². Una interpretación bilateral de la regla conducirá a aplicar su ley nacional a los extranjeros residentes en Francia o en Bélgica¹³.

A la inversa, los países de inmigración favorecen la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual, bien directamente, bien, según el sistema de la *common law*, indirectamente por la aplicación de una norma de conflicto de jurisdicciones que otorga competencia internacional a los tribunales de la residencia aplicando éstos su *lex fori*. En el tiempo de la emigración hacia la inmigración, la situación sociológica de un país puede evolucionar, influyendo sobre las normas de conflicto. Bélgica conoció dos ejemplos manifiestos de modificación de sus leyes en materia de divorcio y de adopción, vinculadas respectivamente a la inmigración italiana y a la inmigración marroquí.

Unas mujeres belgas se hallaban en la imposibilidad de divorciarse de sus maridos italianos en razón de la aplicación cumulativa de las leyes nacionales belgas e italianas y de la inexistencia, en aquella época, de divorcio en la ley italiana¹⁴. Esto conmovió la opinión pública. La norma de conflicto de leyes en materia de divorcio se modificó por ley de 27 de junio de 1960 *sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger*, a fin de lograr una aplicación más amplia de la ley belga. Cuando uno de los cónyuges es belga, dicha ley prevé que, en todo divorcio, se aplica la ley belga. Cuando ambos cónyuges son extranjeros, la ley belga se aplica para los divorcios causales siempre que la ley nacional del esposo demandante no se oponga al divorcio¹⁵.

¹² En su curso del año 1946 en la Universidad libre de Bruselas, Léopold DE VOS escribe: «Un grand facteur de la constitution du royaume d'Italie a été l'identité de race entre les peuples qui se trouvaient dans les divers États de la péninsule» (p. 4) y puntualiza en el prefacio que si, cada vez, más la doctrina francesa se interesa por la territorialidad de la ley civil, es en razón del «afflux considérable des étrangers qui, depuis un quart de siècle, sont venus se fixer en France», no es éste el caso de Bélgica, «aussi n'apercevons-nous pas l'opportunité de déroger, en Belgique, au principe de la compétence législative personnelle et nationale» (p. 6); L. DE VOS, *Le problème des conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 1947.

¹³ En Bélgica, *vid.* F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t.II, Bruxelles, Larcier, 1993, pp.280 y ss.; M. VERWILGHEN, *Droit international privé*, Jurisclasseur de droit comparé, fasc.4, p.13; M. FALLON, «L'application de l'article 3 al.3 du Code civil par la jurisprudence belge du XIX^e siècle» en *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, p.765; N. WATTÉ, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1987; en Francia, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd, París, L.G.D.J., 1993, p.459; B. AUDIT, *Droit international privé*, 2^e éd., París, Economica, 1997, p.125; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, París, Dalloz, 1993, p.154.

¹⁴ Cassation, 16 février 1955, *Rossi*, Pas., 1955, I,647; *Rev. crit. d.i.p.*, 1955, p.143; *Clunet*, 1955, p.930; Fr. RIGAUX et G. ZORBAS: *Les grands arrêts de la jurisprudence belge, droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, p.244. El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación, en contra del Tribunal de Casación, habían rechazado la aplicación cumulativa de las leyes nacionales a fin de posibilitar el divorcio. Incluso el Tribunal de Apelación, en la remisión tras la casación, de nuevo declaró admisible la acción en divorcio, especificando que a falta de texto legal apropiado, el Juez debe «optar por la solución más cercana a los conceptos jurídicos e incluso morales, vigentes en Bélgica respecto del divorcio». Interpuesto recurso y nuevamente competente el Tribunal de Casación, todas las Salas reunidas, casa esta segunda sentencia, manteniendo la aplicación cumulativa de las leyes nacionales en presencia.

¹⁵ Cuando ambos cónyuges son extranjeros, la ley no alude al divorcio por consentimiento mutuo. El Tribunal de Casación va a mantener en este caso la aplicación cumulativa de las leyes

La segunda ola de inmigración, principalmente marroquí, ha confrontado el derecho internacional privado con la adopción, dado que el derecho marroquí, de conformidad con el derecho musulmán considera nula e inexistente la adopción que no produce ninguno de los efectos de la filiación¹⁶. Al tratarse nuevamente de una cuestión incluida en el estatuto personal, la aplicación de las leyes nacionales no otorga la posibilidad de adoptar a un menor marroquí ni a los matrimonios marroquíes ni a los belgas. Aunque algunas decisiones intentaran obviar este obstáculo, recurriendo a veces al orden público belga, a veces a la teoría de la equivalencia respecto de instituciones como la *Khefala* o el *Tanzil*, la mayoría de los fallos rechazaron la adopción¹⁷. La modificación por la ley de 27 de abril de 1987 de los artículos 343 y siguientes del *Code civil*, permitirá soslayar la aplicación de las leyes nacionales, dando entrada a la ley de los adoptantes o a la ley belga cuando el adoptando no supere los quince años¹⁸. Se mantiene la aplicación distributiva de las leyes nacionales cuando el adoptando supera los quince años. Esto llevará a algunos tribunales a utilizar otras técnicas, tales como la teoría del reenvío para posibilitar la adopción internacional cuando la ley nacional del adoptando mayor de quince años no la admita¹⁹.

Otra consecuencia tiene el fenómeno migratorio, el derecho internacional privado de la familia, más aún que otras ramas del derecho, ha sufrido una mutación de derecho de los príncipes en derecho de las masas. En las jurisprudencias belga y francesa, a las sentencias de *Bauffremont contre Prince Bibesco*²⁰ o *Prince d'Aremerg contre Ministère*

nacionales en presencia, denegando el divorcio por consentimiento mutuo entre un Británico y una Italiana. También en este caso, el Tribunal de Apelación había autorizado el divorcio, teniendo en consideración «la persistance de leur volonté de divorcer par consentement mutuel» y proponiendo la aplicación de la ley belga a título de ley de «l'intégration prépondérante de ces conjoints étrangers». Cassation, 14 décembre 1978, *J.T.*, 1979, p.356; *Rev. Crit. jur. Belge*, 1979, p.132; *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1979, p.167.

¹⁶ Artículo 83 de la *Mudawwana*. Vid. S. MERNISSI, «Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain». En J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN, *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p.121.

¹⁷ La mayoría de las decisiones consideran que «la *khefala* ne peut être assimilée à une adoption, ne créant aucun lien juridique légal entre l'enfant et le père nourricier». Vid. M. FALLON, «La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales», *Rev.tr.dr. fam.*, 1983, p.133. Sobre el conjunto de la jurisprudencia relativa a la inmigración marroquí, y más especialmente en esta materia, vid. A. BELAMRI, «Études de jurisprudence», en M.Cl. FOBLETS (dir), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Anvers, Maklu, 1998, p.105, y en anexo, una presentación sistemática de todas las decisiones y una nueva traducción de la *Mudawwana* bajo la dirección de Dirk BEKE.

¹⁸ Si la ley nacional de un adoptante o la ley nacional común de unos cónyuges adoptantes admite la filiación adoptiva, se aplica esta ley. Si los cónyuges son de distinta nacionalidad o si la ley personal de uno o varios de los adoptantes no admite la adopción, se aplicará la ley belga siempre que los adoptantes residan en Bélgica desde al menos cinco años y que el adoptando haya nacido en Bélgica o resida en su territorio desde al menos dos años. Vid. M. VERWILGHEN, J.-Y. CARLIER, C. DEBROUX et J. De BURLET, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

¹⁹ Vid. en el marco de las nuevas migraciones del Este, acerca de la adopción de un Polaco mayor de edad por una Belga: Civ. Liège, 23 janvier et 27 mars 1998, *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1998, p. 672, note J.-Y. CARLIER, «Le renvoi fonctionnel au service de l'adoption internationale».

²⁰ Tanto en Francia: Cass. de France, 18 mars 1878, *Sirey*, 1878,1,193, como en Bélgica: Cass. de Belgique, 19 janvier 1882, *Pas*, 1882, I, p. 38.

*Public*²¹, sucedieron las sentencias *El Houari contre Office national des pensions*²² o *Beneddouché contre Boumaza*²³.

Confrontados con esta incidencia de las migraciones sobre el derecho²⁴ y a la variabilidad de los hechos y del derecho, es oportuno imaginar nuevas soluciones.

III . LAS SOLUCIONES

A) EL DERECHO MATERIAL

Pueden considerarse tres soluciones de derecho material.

La primera radica en imaginar un derecho material uniforme, lo que suprime la necesidad de normas de conflicto. Esta hipótesis es poco realista y, sin duda, poco deseable, al permanecer la familia como refugio de las identidades culturales. La segunda solución radica en crear un derecho material musulmán adaptado, a modo de Código europeo del estatuto personal para los musulmanes²⁵. Esta solución entraña el riesgo de multiplicar los estatutos personales religiosos cuestionando en su conjunto la laicización del derecho. Una tercera solución consiste nuevamente en adaptar el derecho material, ya no de forma general para una categoría de personas, sino de forma puntual, caso por caso. Se trata de permitir a los futuros esposos introducir en su contrato de matrimonio cláusulas relativas no sólo a los bienes sino también a las personas. Esto facultaría, por ejemplo, al marido para renunciar a la poligamia o al repudio o, al menos, delegar el poder de repudio en su mujer. Conocidas con el nombre de *Shurut* en derecho musulmán clásico²⁶, estas cláusulas no son contrarias a los códigos del estatuto personal contemporáneo inspirados en el derecho musulmán. La condición central, que puede ser objeto de debate por

²¹ Cass. de Belgique, 25 mars 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 317.

²² Cass. de Belgique, 11 décembre 1995. Única sentencia en Bélgica en materia de repudio unilateral (*Talak*) cuyo reconocimiento fue rechazado por violación de los derechos de la defensa. Notes J.-Y. CARLIER, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 165; J. ERAW, *Rechtskundig Weekblad*, 1995-1996, p. 1339; M. CL. FOGLETS, *Rev. drt. étr.*, 1996, p. 185; M. LIÉNARD-LIGNY, *Divorce Actualité*, 1980, p. 327.

²³ Cass. de France, 3 janvier 1980, acerca de la validez de los efectos sucesorios de una unión poligámica. Notes H. BATIFFOL, *Rev. crit. d.i.p.*, 1980, p. 331; M. IMON-DEPRITE *Clunet*, 1980, p. 327.

²⁴ Entre los cursos de la Academia de Derecho internacional de La Haya que traten esta cuestión, vid. J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel. Recueil des Cours*, 1988, IV, pp. 9-372; H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé, Recueil des Cours*, 1991, I, pp. 13 à 279; E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours*, 1995, I, pp.9-268; E. PÉREZ VERA, *Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers, Recueil des Cours*, 1996, t. 261, pp. 243-426.

²⁵ Propuesta formulada en un coloquio en la Universidad de Louvain-la-Neuve por el Profesor FOUAD RIAD, profesor de derecho internacional privado en la Universidad del Cairo, actualmente Juez en el Tribunal Internacional para la ExYugoslavia. F.RIAD, «Pour un code européen de droit musulman» en J.Y. CARLIER et M. VEWILGHEN, op. cit., p. 379.

²⁶ J. LAPANNE-JOINVILLE, «Les conventions annexes aux contrats de mariage en droit malékite», *Rev. Alg. Tun. Mar. de légis. et jur.*, 1954, p.112; L. PRUVOST, *Le contrat de mariage*, Université d'Oran CRIDSSH, Collection Études et Documents, Série Droit, n° 13, 1988, p. 7.

la renuncia simple del marido al repudio, es que la cláusula no sea contraria «au régime légal et aux intentions (ou buts) du mariage»²⁷. En la óptica del derecho internacional privado de los países europeos, tales cláusulas, incluso si afectan a las personas, debieran ser consideradas válidas, siendo su objetivo más el adaptar la relación de derecho a nuestro orden público que el oponerse al él²⁸. Esta solución tiene el mérito de la posibilidad de su inmediata operatividad sin reforma de textos legislativos o de normas de conflicto.

B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Cuatro soluciones de derecho internacional privado son posibles. La primera toma acta de la diversidad de situaciones y deja a la jurisprudencia el cuidado de responder caso por caso. Sin embargo, esta excesiva flexibilidad hace peligrar la uniformidad y la «previsibilidad» del derecho, favoreciendo principalmente la *lex fori* mediante mecanismos diversos, entre ellos, el orden público.

La segunda solución consiste en reforzar la especialización de las normas de conflicto para cada materia del estatuto personal. Filiación, matrimonio, efectos del matrimonio, disolución... Ya constante en las convenciones de La Haya, esta tendencia se refuerza en las codificaciones nacionales recientes. Es suficiente, al respecto, ojear los títulos de las codificaciones suiza y alemana. En sentido opuesto a la flexibilidad, esta regulación minuciosa deja un escaso lugar para la adaptación del derecho a las nuevas realidades. Sin embargo, la escala de Kegel suficientemente ampliada y adaptada permite las conexiones en cascada: ley nacional común, ley del domicilio común, y *lex fori* o la ley más próxima. En verdad, exceptuando la conexión ocasional a una ley nacional común otra que la del centro de vida, el resultado mayoritario es la aplicación de la *lex fori*, sea cual fuere el título invocado para regir la situación transfronteriza: ley de la nacionalidad común de expatriados regresados a su país, ley del domicilio, ley de la residencia habitual, ley más próxima.

Una tercera solución consiste en tomar acta de las peculiaridades vinculadas a las migraciones mediante la firma de convenios bilaterales entre los países de origen y los países de acogida. Francia firmó semejantes acuerdos con Marruecos y Argel²⁹. Bélgica tiene proyectos ya antiguos con Marruecos³⁰. Otro tanto ocurre con Holanda³¹. Además

²⁷ Artículo 38 de la *Mudawwana*.

²⁸ J.-Y. CARLIER, «Les contrats de mariage internationaux: aspect particulier des clauses relatives aux relations personnelles», en M. VERWILGHEN et R. DE VALKENBER (dir) *Relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.277; «Les conventions en matière matrimoniale et successorale au regard des droits marocain, algérien, tunisien et turc» en Fédération royale des notaires de Belgique, *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Anvers, Maklu, 1995, p.689 et M. M'SALA, *Le droit familial et marocain entre fidélités religieuses et évolution de la famille. Essai sur une application adaptée en droit interne et en droit international privé.*, thèse, polycopié, Louvain-la Neuve, 1999.

²⁹ P. DECROUX, «La Convention franco-marocaine du 10 août relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *Clunet*, 1985, pp. 49-101; F. MONEGER, «La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *Rev. crit. d.i.p.*, 1984, pp. 29-69 et 267-288.

³⁰ J.-Y. CARLIER, «Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial», *Rev. trim. Dr. fam.*, 1994, pp. 447-462.

³¹ L. JORDENS-COTRÁN, «De wenselijkheid van een bilateraal verdrag Marokko-Nederland», *Nederlands juristenblad*, 1992, p. 552.

de la dificultad de interpretación de estos convenios en razón de lecturas diferentes, a veces divergentes, entre el país de inmigración y el país de emigración, el principal riesgo es el de crear en el seno de poblaciones extranjeras una multiplicidad de estatutos diferentes: los que se benefician de convenios regionales (los europeos) o bilaterales (diferentes según los países) y los que se hallan sometidos al derecho internacional privado común. Así, en el proyecto de convenio entre Marruecos y Bélgica, la norma de conflicto de leyes en materia de divorcio sería, en supuesto de común nacionalidad, la vuelta a la ley nacional, en contra de la aplicación de la ley belga conforme a la nueva regla de conflicto introducida en 1960³². De este modo, en Bélgica, un divorcio por causa determinada entre Turcos sería sometido al derecho belga, mientras que un divorcio por causa determinada entre Marroquíes se sometería al derecho marroquí. Estos estatutos particulares y diferentes pudieran, desde una óptica sociológica, alentar la constitución de comunidades cerradas.

La última solución propuesta es la de una autonomía de la voluntad limitada a una opción de derecho entre la ley nacional o la ley del domicilio. Se trata de permitir a los emigrantes «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 cultura³³. Esta extensión del principio de autonomía de la voluntad, con una modalidad limitada a una nueva categoría de conexión, asume el presupuesto central de variabilidad, de hecho y de derecho. La opción de derecho permite una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio. No está pensada para un único tipo de migración. Los extranjeros nacionales de terceros Estados estabilizados optarán más fácilmente, al menos transcurrido cierto tiempo, a favor de la ley del domicilio. Los emigrantes europeos sujetos a una fuerte movilidad preferirán mantener la conexión de su ley nacional. A la inversa de la solución jurisprudencial, esta flexibilidad no se acompaña de incertidumbre jurídica dado que la ley que se aplique a la situación del estatuto personal es previamente conocida por haber sido designada, por ejemplo en el acta o el contrato de matrimonio. Los trabajos más recientes llevados a cabo por nosotros en relación con la peculiar situación de la mujer marroquí en Bélgica, trabajos con científicos de otras disciplinas (antropología, sociología) y técnicas de aproximación del terreno (encuestas, entrevistas) me condujeron a matizar y a simplificar la técnica de la opción de derecho, proponiendo como norma de conflicto, la ley del domicilio en defecto de opción por el derecho nacional³⁴. Esta simplificación tiene en cuenta la realidad dominante de las masivas migraciones contemporáneas, incluso si el conjunto de las migraciones y las futuras migraciones permanecen variables. A

Sobre el conjunto de los proyectos desde el punto de vista de Marruecos, *vid.* A. MOULAY R'CHID, «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel» en J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN, *op.cit.*, pp.143 et ss., Partic. pp.163 à 176.

³² Acerca de la ley de 27 de junio de 1960, *vid. supra*. Texto de los proyectos de convenio entre Bélgica y Marruecos sobre la ley aplicable y el reconocimiento de los matrimonios y de su disolución, firmado en Bruselas el 15 de julio de 1991, en *Rev. trim. dr. fam.* 1994, p. 463. El artículo 11 dispone: «La dissolution du lien conjugal entre époux qui possèdent tous deux la nationalité d'un État contractant est régie par la loi de cet État».

³³ Para mayor información y modalidades prácticas, *vid.* J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992 y las referencias citadas, también B. AUDIT, *op. cit.*, p. 133 y J.L. IRIARTE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 24.

³⁴ M. Cl. FOBLETS (dir), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Anvers, Maklu, 1998.

fin de promover la común aplicación del derecho del centro de vida, fuertemente reivindicado por la mujer inmigrada en atención a los derechos fundamentales y la igualdad de sexos, a fin también de simplificar la regla general, parece oportuno prever una norma de conflicto principal, dándole como criterio de conexión el domicilio. La opción por la ley nacional deviene entonces una norma de conflicto subsidiaria que permite a quienes lo deseen conservar una puerta abierta sobre su cultura de origen.

En realidad, al contrario de lo que generalmente se piensa, la idea de opción de una ley, el papel de la voluntad, ya se hallaba subyacente a la aplicación de la ley nacional. Así lo testimonia el asunto Busqueta, primera decisión francesa que en 1814 bilateraliza la norma de conflicto del artículo 3, apartado 3 del Código civil. Mientras su esposa francesa solicita, sobre la base de la ley española, la nulidad del matrimonio celebrado con Bertrand Busqueta, habiendo conocido que su marido era un monje exclaustrado, Busqueta invocaba la aplicación de la ley francesa, ley del lugar de residencia de los esposos, considerando que él mismo había roto con su ley personal, la ley española. Esperaba así que su matrimonio no fuese anulado, de conformidad con el derecho laico francés. El Tribunal de Apelación de París, bilateralizando la norma de conflicto, aplica a esta materia del estatuto personal la ley nacional española del marido al considerar que no existe en este caso «preuve de l'abdication d'une patrie à laquelle on n'est pas présumé renoncer sans esprit de retour» dado que Busqueta «n'a jamais abdiqué ni voulu abdiquer sa patrie, et qu'il a toujours conservé l'esprit de retour»³⁵. En consecuencia, teniendo en cuenta la ausencia de voluntad del marido de renunciar a su nacionalidad española, el Tribunal le aplica su ley nacional y anula el matrimonio. La aplicación bilateralizada de la ley nacional no es automática, es ponderada por el examen de la voluntad del interesado.

Ciertas legislaciones recientes de derecho internacional privado han otorgado ya un lugar a la autonomía de la voluntad. Es el caso del apellido en la codificación alemana de 1986³⁶. Teniendo en cuenta que el derecho material interno prevé el uso de un apellido común a toda la familia y del principio de la igualdad de sexos, fueron introducidas varias opciones de derecho internacional privado para la determinación de la ley aplicable al apellido tanto en el momento del nacimiento como en el del matrimonio³⁷. En materia de efectos patrimoniales del matrimonio (régimenes matrimoniales) la autonomía de la voluntad, mediante un contagio de la libertad contractual en derecho interno, ya es clásica. En materia de efectos personales del matrimonio, la misma codificación alemana introduce como regla de conflicto principal la escala de Kegel: se aplican una en defecto de la otra, la (última) ley nacional común, la ley de la (última) residencia habitual común o la última ley común más próxima³⁸. La opción matiza estas conexiones en cascada. La opción es posible a favor de la ley nacional común incluso si uno de los esposos posee otra nacionalidad más efectiva. La opción aún es posible a favor de la ley nacional de uno de los esposos, a falta de nacionalidad común siempre que éstos no tengan residencia habitual en el mismo Estado o en el Estado de la nacionalidad de uno de los ellos. Esta compleja regulación tan sólo realiza una débil integración del principio

³⁵ Cour de Paris, 13 juin 1814, *Sirey*, 1814.2.393.

³⁶ Texto y comentario por F. STURM en *Rev.crit. d.i.p.*, 1987, pp. 33 y ss.

³⁷ Art. 10 y 220, párr. 4 y 5 del E.G.B.G.B. Vid. Un cuadro sintético en J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté*, op. cit., p. 401.

³⁸ Art. 14 del E.G.B.G.B.

de autonomía, excluyéndose, por hipótesis, la opción para una pareja de extranjeros de nacionalidad común y resultando ésta difícil para una pareja de distintas nacionalidades. Parte de la doctrina alemana hubiese preferido una opción más amplia³⁹. Esta mayor amplitud de opción se aprecia en la reforma del Código civil español introducida por la ley de 15 de octubre de 1990, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El artículo 9.2 CC prevé que «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o la ley 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 del lugar de celebración del matrimonio». Si los puntos de conexión se estructuran igualmente como conexiones en cascada, se constata que la opción de ley aplicable aparece ya en el segundo escalón de la escala de Kegel a falta de nacionalidad común y permite una opción más amplia por la ley correspondiente a una de las nacionalidades en presencia o a una de las residencias habituales. Se trata aquí de la introducción, tanto para los efectos patrimoniales como para los efectos personales del matrimonio, de un verdadero espacio para la autonomía de la voluntad. «El punto de conexión empleado es, pues, la *autonomía de la voluntad* de los cónyuges»⁴⁰. Incluso si la materia de los efectos personales del matrimonio es bastante limitada, excluyéndose principalmente el divorcio, según la redacción misma del artículo 9.2 CC, e igualmente el apellido de la mujer casada, la filiación y las relaciones paterno-filiales⁴¹, incluso si en el primer escalón permanece la nacionalidad común⁴², consta que la opción de derecho introducida por la legislación española en materia de efectos del matrimonio es, hoy en día, la introducción más amplia concedida a la autonomía de la voluntad. Sin duda, influye también el derecho interno que, con más fuerza que en otros países, conoce los conflictos interregionales e interpersonales de la vecindad civil.

En materia de divorcio, la legislación de los Países Bajos, ha introducido desde 1981 la autonomía de la voluntad al permitir a las partes optar, con posterioridad al nacimiento del litigio, a favor del derecho neerlandés sea cual sea su nacionalidad o su lugar de residencia habitual. Esta opción general a favor de la *lex fori*, matiza la más clásica conexión en cascada que dispone la sucesiva aplicación de la ley nacional común, de la ley de la residencia habitual común y del derecho neerlandés. Tratándose del primer escalón de la escala de Kegel, la nacionalidad común, se considera que no existe nacionalidad común cuando «pour l'une des parties, un lien social effectif avec le pays de la nationalité commune fait vraiment défaut». Sin embargo, aquí también la voluntad viene a corregir tal presunción de ausencia de nacionalidad efectiva dado que «le droit national commun est néanmoins appliqué si les parties optent conjointement pour ce droit ou si une telle op-

³⁹ F. STURM considera que «le législateur est pusillanime», *op.cit.*, p. 53.

⁴⁰ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en *Derecho internacional privado*, vol. II, 1998, *op.cit.*, p. 93, la cursiva es de los autores.

⁴¹ *Idem*, p. 96.

⁴² Para A. BORRAS, hubiese sido preferible que «dans un système respectant l'autonomie des conjoints l'on admette cette option même en cas de nationalité commune», *Rev.crit. d.i.p.*, 1991, p. 629.

tion par une des parties n'est point contestée»⁴³. A través de una especie de *continuum*, volvemos a encontrar aquí, en una moderna legislación, el papel de la voluntad en la interpretación de la noción de nacionalidad descubierto en la antigua jurisprudencia Busqueta. La tradicional conexión del estatuto personal a la ley nacional estaba, más de lo que se piensa, fundamentado sobre la presunción de un vínculo voluntario entre el individuo y su Estado-Nación. La evolución en el tiempo y en el espacio de un concepto de nacionalidad hacia un concepto más flexible de ciudadanía, acentuado por la variabilidad de las migraciones, impone apartar la máscara de una voluntad presunta para sustituirla por la libre palabra de los actores que, *expressis verbis* optan o no en favor de su derecho nacional cuando éste no corresponde ya a su centro de vida.

De todas las soluciones barajadas, las dos que retienen la atención otorgan un lugar a la autonomía de la voluntad. Es, de *lege lata*, la introducción de cláusulas de derecho material en el contrato de matrimonio. Es, de *lege ferenda*, para el conjunto de materias relativas al estatuto personal, la modificación de la norma de conflicto de leyes a favor de la ley del domicilio salvo opción contraria a favor de la ley nacional. Estas dos soluciones de derecho internacional privado y de derecho material pueden combinarse. Toman acta de la relatividad generalizada de las situaciones privadas internacionales y del derecho llamado a regirlas⁴⁴. Adaptan el derecho de familia internacional al prisma y al mosaico de las sociedades multiculturales en devenir. Que no se lleve nadie a engaño, no son revolucionarias; no son sino una salsa nueva para una receta clásica, la búsqueda de soluciones armoniosas dentro del respeto tanto de las divergencias como de los derechos fundamentales.

⁴³ 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, n° 166; *Rev.crit.d.i.p.*, 1981, p. 809, note R. VAN ROOIJ. *Vid* también VAN ROOIJ et POLAK, *Private international Law in the Netherlands*, La Haye, Kluwer, 1987, pp. 215 et ss. Para la jurisprudencia, *vid.* J.-Y. CARLIER, *Autonomie*, op. cit., p. 413.

⁴⁴ F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé, Recueil des Cours*, La Haye, 1989-I, pp. 13 et ss. No obstante, ha de señalarse que en su introducción a dicho curso, François RIGAUX dice que «seule la personnalité des êtres humains échappe au principe de relativité générale». Se podría añadir que no escapa a las consecuencias de este principio.