

# EL ISLAM EN EUROPA Y LOS CONFLICTOS OCULTOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

## *ISLAM IN EUROPE AND THE HIDDEN CONFLICTS IN THE FAMILY FIELD*

**M<sup>a</sup> del Pilar Diago Diago\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. LOS CONFLICTOS OCULTOS Y LA REALIDAD DEL ISLAM EN LA EUROPA DEL S. XXI III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS RECIENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL: TRIBUNALES Y DERECHO CHERÁNICO EN LA PROVINCIA ESPAÑOLA DEL SAHARA IV. DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS, DIFERENTES SOLUCIONES JURÍDICAS V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO POSIBLE HERRAMIENTA SUPERADORA DE LOS CONFLICTOS OCULTOS VI. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: El ámbito familiar y en concreto, el ámbito matrimonial en el contexto multicultural que ofrece el Islam en Europa, constituye el marco propicio para la generación de conflictos ocultos. Sus protagonistas ya han adquirido la nacionalidad del país de recepción de la Unión Europea y han fijado su residencia habitual en él. No obstante, su identidad religiosa y su voluntaria sumisión a normas propias de Derecho Islámico, pone en jaque a los sistemas jurídicos estatales. Este estudio se adentra en las diferentes soluciones jurídicas que adoptan los distintos sistemas y en el planteamiento de posibles soluciones desde la Ciencia de los Conflictos de leyes.

*ABSTRACT: The family field and in particular, the matrimonial field in multicultural context provided by Islam in Europe, constitutes the framework propitious to the generation of hidden conflicts. The protagonists have acquired the nationality of the host country of the European Union and they have established their habitual residence there. However, their religious identity and its own voluntary submission to Islamic law rules, jeopardizes the state legal systems. This study explores the different legal solutions adopted by different systems and the approach of possible solutions from the Science of Conflicts of laws.*

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad, Derecho Islámico, conflictos ocultos, conflictos de leyes, *Sharia Councils, Muslim Arbitration Tribunal*

*KEY WORDS: Party autonomy, Islamic Law, hidden conflicts, Conflicts of laws, Sharia Councils, Muslim Arbitration Tribunal*

---

Fecha de recepción del original: 12 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de diciembre de 2015.

\* Dra. M<sup>a</sup> Pilar Diago Diago, Catedrática Acreditada de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza [mpdiago@unizar.es](mailto:mpdiago@unizar.es) Responsable editorial de la Revista científica *Bitácora Millennium DIPr*. <http://www.millenniumdipr.com/bitacora> Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación "Derecho e Interculturalidad: integración y Derecho español" UZ2014-SOC-02 del que es IP la autora.

## I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objetivo principal presentar los problemas de nuevo cuño que plantea la evolución migratoria que está experimentando la Unión Europea en la actualidad. El protagonismo de la inmigración de religión musulmán, ha generado una importante transformación del mapa migratorio y da lugar a nuevas realidades que requieren la atención del jurista y la respuesta del Derecho.

La comunidad musulmana, la *Umma*, tiene una evidente proyección universal. Su organización familiar refleja directamente la civilización islámica de la que deriva su Derecho de familia, al cual los musulmanes ajustan su comportamiento, al margen de lo que establezcan las norma del país de su nacionalidad actual o de su residencia habitual. Estas especiales características llevaron a plantear la creación de un estatuto personal de los musulmanes en Europa<sup>1</sup>. Esto no ha sucedido, pero sí que se han creado situaciones como la siguiente:

La creación recientemente en Anversa (Bélgica) de un Tribunal islámico por parte del grupo musulmán *Sharia4Belgium*. El objetivo último trazado con ello, es generar un sistema de resolución de controversias de tipo islámico para resolver los litigios, precisamente, en materia de familia: matrimonio, divorcio, custodia y manutención de los hijos, así como, cuestiones hereditarias. Su funcionamiento no depende de la nacionalidad de los particulares, sino de su confesión religiosa.

Esta es la realidad del S.XXI en la que ya no es correcto hablar del Islam y Europa sino del Islam en Europa. Esta realidad constituye el caldo de cultivo para el planteamiento de los ya denominados, por la Profesora BORRÁS, conflictos ocultos<sup>2</sup>. Las relaciones privadas que se desarrollan en el ámbito familiar y más en especial, en el ámbito matrimonial<sup>3</sup> no presentan, en principio, un carácter internacional. Sus protagonistas ya han adquirido la nacionalidad del país de recepción, incluso ya han nacido con ella. Su residencia habitual está fijada en el país del cual son nacionales, sin embargo, su identidad religiosa y su voluntaria sumisión a normas propias de Derecho islámico, pone en jaque el sistema jurídico estatal. Lo que conoce su máxima expresión cuando las partes se someten

---

<sup>1</sup> RIAD F. "Pour un code européen de droit musulman" en Carlier J.-Y. y VERWILGHEN M. (dir.), *Le statut personnel des Musulmans*, Travaux de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain p. 379 y s.s. v. también VERWILGHEN M. "Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane", en la misma obra p. 21 y s.s.

<sup>2</sup> BORRÁS A. "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel" en *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V, pp. 145 a 368; ID., "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en VV.AA., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 198; ID. "Europa entre la integración y la multiculturalidad" en COMBALÍA Z., DIAGO DIAGO M<sup>a</sup> P. y GONZALEZ-VARAS A. (Coord.) *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 p. 23 a 43.

<sup>3</sup> v. Este trabajo se centra en especial en las relaciones familiares horizontales: celebración del matrimonio, efectos y crisis. Las relaciones verticales requerirían un estudio diferente en la medida en que existan personas dependientes como son los menores y el consiguiente juego de la protección del menor. Ver la distinción entre relaciones horizontales y verticales en PARKINSON P. *Family Law and the indissolubility of Parenthood* New York 2011 p. 57 y ROCA TRIAS E. *Libertad y familia*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2012 p. 19.

al actuar de Tribunales islámicos que de manera no oficial, están dando soluciones a los conflictos que se generan, cuando tales Tribunales no son conocidos, ni reconocidos en tales países (como está ocurriendo en Bélgica y en otros países de la UE).

No se trata, por tanto, de conflictos internacionales en sentido estricto ni de conflictos internos generados en el seno de un Estado plurilegislativo, pero tienen características de ambos y requieren de un tratamiento diferenciado. La pregunta que se debe plantear respecto de ellos, es sí el Derecho Internacional Privado puede servir de herramienta de solución para tales conflictos.

Precisamente, el avance más decidido de la autonomía de la voluntad y el reconocimiento de la libertad individual, se tornan en posibles soluciones. La voluntad, como se tendrá ocasión de exponer, tiene el poder de visibilizar los conflictos de leyes. En efecto, al igual que ocurre en el ámbito patrimonial internacional, en el ámbito del Derecho de familia internacional, y más en concreto, en el ámbito del Derecho matrimonial internacional, la voluntad individual podría ser apta para engendrar conflictos de leyes, mediante la designación como aplicable de una ley extranjera. Se produciría, entonces, una inmediata atracción del Derecho Internacional Privado como una vía de superación de tales conflictos.

Con estas herramientas y a la luz del contexto antropológico actual ha llegado la hora de que la Ciencia de los conflictos de leyes se enfrente a nuevos, o quizás no tan nuevos, retos. Al estudio de esas posibles vías de solución se consagra este trabajo.

En la primera parte del estudio se presenta la realidad del S.XXI, en el espacio europeo, desde la perspectiva de la producción de los conflictos ocultos. En la segunda parte se hace una aproximación a nuestros propios antecedentes recientes de solución de conflictos de leyes internos, referidos al Derecho Cheránico español. En la tercera parte del estudio se abordan las diferentes soluciones jurídicas que adoptan distintos sistemas. La última parte se dedica al examen de las respuestas que el Derecho Internacional Privado puede ofrecer a los conflictos ocultos. Tales respuestas vendrán protagonizadas por el avance decidido de la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de las relaciones horizontales de familia; habida cuenta de que tales relaciones ofrecen un caldo de cultivo muy prolífero para la generación de estos conflictos.

## **II. LOS CONFLICTOS OCULTOS Y LA REALIDAD DEL ISLAM EN LA EUROPA DEL S. XXI**

Como se acaba de indicar en la realidad del S.XXI ya no es correcto referirse al “Islam y Europa” sino al “Islam en Europa” y muy pronto, teniendo en cuenta la evolución de segundas, terceras y posteriores generaciones de inmigrantes, deberemos referirnos a un “Islam de Europa”. Como gráficamente describe STEFANO ALLIEVI<sup>4</sup> refiriéndose a el

---

<sup>4</sup> ALLIEVI S. “¿EL Islam en Europa se hace europeo? En *Gran Angular, Afkar/ideas* primavera 2010 p. 16 a 18. En concreto p. 16.

proceso de inmigración de los musulmanes “ *fueron ‘individuos’; luego familias y luego comunidades religiosas. Eran ‘pocos’ y luego ‘muchos’. Estuvieron ‘fuera’ y ahora están ‘dentro’. Eran ‘ellos’ y ahora son parte de ‘nosotros’.*”

La agencia de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>5</sup> en uno de sus informes pone de relieve que más de 13 millones de musulmanes residen en Europa, siendo el segundo grupo religioso más numeroso. En España los musulmanes superan el millón y medio de fieles. Esta posición es, en parte, debida a la reciente inmigración, en especial la que proviene del norte de África<sup>6</sup>. Cabe destacar que los marroquíes alcanzan el 30% de los residentes en España en régimen general. A estas cifras hay que añadir los marroquíes que ya tienen la nacionalidad española (unos 500000) y minorías de conversos al Islam<sup>7</sup>.

Por otro lado, la crisis humanitaria producida por la guerra civil en Siria ha generado un fuerte desplazamiento hacia la Unión Europea de solicitantes de asilo. Estos en su mayoría nacionales sirios y eritreos, son musulmanes. España tiene asignada una cuota y además, recibe peticiones de desplazados que llegan por Marruecos. La Unión Europea ha creado un fondo europeo para los refugiados que tiene como uno de sus objetivos la de la integración de los desplazados<sup>8</sup>.

El Islam no es un fenómeno transitorio cuya presencia sea temporal y menos en España. Nuestra sociedad hace tiempo que es plural también en lo religioso y la llegada de población inmigrante no ha hecho más que “incrementar y visibilizar, en el espacio público, esta dimensión de la diversidad”<sup>9</sup>. Dentro de la misma y fuera de los parámetros del Derecho Internacional Privado, tiene poco sentido diferenciar:

- La población musulmana de origen, que mantiene su nacionalidad,
- Los musulmanes de segundas y posteriores generaciones que ya han nacido en Europa con la nacionalidad del país de acogida o que ya han adquirido la nacionalidad
- Los conversos al Islam.

---

<sup>5</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/c10411\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/c10411_es.htm) El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia en funcionamiento desde 1997, ha sido remplazado en 2007 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>6</sup> Datos del Observatorio del pluralismo religioso en España del Ministerio de Justicia disponibles en <http://www.observatorioreligion.es/diccionario-confesiones-religiosas/glosario/islam.html#> Los marroquíes ascenderían a 791.118. seguidos de lejos por los argelinos 54.101. Se observa, además un aumento del impacto del Islam senegalés que se caracteriza por el peso de las hermandades *sufíes* en su desarrollo 45.572.

<sup>7</sup> unos 150000, un cierto número de ellos como consecuencia de haberse casado con una persona musulmana, pero destaca entre los conversos el grupo de los que siguen diversas formas de *sufismo* v. fuente cita anterior.

<sup>8</sup> Más información en [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Fondos\\_comunitarios/programa\\_solidaridad/refugiados/](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Fondos_comunitarios/programa_solidaridad/refugiados/)

<sup>9</sup> V. al respecto “Plan estratégico de ciudadanía e integración (2011-2014) de la Secretaría de Estado de inmigración y de emigración”. Disponible en [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/IntegracionRetorno/Plan\\_estrategico2011/](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/IntegracionRetorno/Plan_estrategico2011/)

Todos ellos conforman la nueva población europea musulmana y desde el punto de vista del Islam, configuran, la parte europea de la *Umma*: comunidad musulmana de evidente proyección universal.

El encuentro entre Islam y Occidente no es, ni mucho menos, nuevo. Conviene recordar que en el S. XIX los poderes coloniales habían ocupado África del Norte y Medio Oriente y al calor de aquellos acontecimientos, habían introducido sus propias concepciones del Derecho. Ahora se produce el movimiento inverso y como indica HOCHART<sup>10</sup> el Islam transporta, con él, en Europa sus concepciones jurídicas. Más en concreto, la trasportan y la instalan en el espacio europeo, los musulmanes que forman parte ya de Europa.

Pues bien, el Islam plantea problemas jurídicos en Occidente por la tradición islámica de que la condición religiosa es fuente de Derechos civiles<sup>11</sup>. Ello se traduce en la existencia en muchos países islámicos de ordenamientos jurídicos de base personal<sup>12</sup>. El Código Qatari de familia promulgado el 22 de febrero de 2006<sup>13</sup> ofrece un modelo de este tipo de ordenamientos, si bien un tanto diferente. Sólo se aplica a los ciudadanos musulmanes que sigan a la escuela jurídica *Hanbalí*, y también cuando los litigantes lo soliciten o sean de diferente religión o escuela jurídica. Para los otros musulmanes rigen las disposiciones de la escuela jurídica que sigan y finalmente a los ciudadanos no musulmanes se les aplicarán sus disposiciones específicas

El ejemplo paradigmático lo proporciona Líbano<sup>14</sup>. La sociedad libanesa es una sociedad multiconfesional y ello se refleja en su Código de estatuto personal. En cada sección se ofrece primero la regulación para los musulmanes, a continuación, para los judíos y finalmente para los cristianos<sup>15</sup>. Pero hay un modelo mucho más cercano a nosotros que es el Código de familia marroquí promulgado en 2004 y que es, también, un ordenamiento de base personal.

Marruecos es un Estado musulmán y el objetivo del Código es regular las relaciones homogéneas que tienen lugar entre musulmanes marroquíes. Es un Derecho de base personal y no territorial y por eso se aplica a los marroquíes musulmanes aunque residan en el extranjero. El acento hay que ponerlo en un dato fundamental que, en

---

<sup>10</sup> HOCHART C. “La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France. Question sensible, question de sensibilité” en *CURAPP*, PUF 1998 p. 275 a 293 en concreto p. 278.

<sup>11</sup> V. en general MANTECON SANCHO J. “El estatuto legal del Islam en España” en *Derecho y Religión* nº 1, 2006 p. 166 y s.s. Y ROCA M.J “La *Sharia* como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?” en COMBALÍA Z., DIAGO DIAGO Mª P. y GONZALEZ-VARAS A. (Coord.) *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 p. 45 a 87 en concreto p. 73.

<sup>12</sup> Para una aproximación v. TOBICH F. *Les status personnels dans les Pays Arabes: de l'éclatement à l'harmonisation*, Marsella 2008.

<sup>13</sup> v. Breve estudio del Código Qatari de Estatuto Personal y traducción del árabe al castellano de este Código en RUIZ-ALMODOVAR C. “El Código Qatari de la Familia” *BIBLID* [0544-408X]. (2009) 58 p. 251-288

<sup>14</sup> v. al respecto del estudio de GANNAGÉ P. *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multiconfessionnels- Droit Libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth/Bruxelles, 2001.

<sup>15</sup> Breve estudio del Código libanés de Estatuto Personal y traducción del árabe al castellano de este Código en RUIZ-ALMODOVAR C. “El Código libanés de estatuto personal” *BIBLID* [0544-408X]. (2003) 52 p. 199-216

ocasiones pasa desapercibido: el Derecho religioso obliga a todas personas con independencia de su nacionalidad o de su residencia, por el hecho de ser fieles<sup>16</sup>.

En un pasado el estudio de estos ordenamientos era especialmente atractivo desde la perspectiva del Derecho Comparado. Ahora tales ordenamientos se convierten en la ley aplicable en las relaciones jurídicas que se rigen por la ley de la nacionalidad, respecto de los nacionales de aquellos países que residen en Europa. Pero se produce, además, un fenómeno menos visible ya puesto de manifiesto en la introducción de este estudio. La organización familiar de esta personas refleja directamente la civilización islámica de la que deriva su Derecho de familia. A él, muchos musulmanes ajustan su comportamiento, al margen de lo que establezca el Derecho del Estado de su nacionalidad actual o de su residencia habitual.

Debe tenerse presente que ideas tan arraigadas en nuestra cultura “tradicional” como la separación entre sociedad civil y religiosa, entre Derecho secular y Derecho confesional, son extrañas al mundo islámico. Ahora bien, el mundo islámico ya no está encerrado en los países musulmanes, sino que, como se acaba de ver, el mundo islámico ya está aquí. Una sociedad pluralista no puede ignorar esta realidad, ni ignorar estos modelos jurídicos y culturales.

Desde este nuevo contexto antropológico es fácil comprender que conexiones como la nacionalidad o la residencia (que han sido tomadas como referentes en la selección de conexiones ofertadas a la autonomía de los cónyuges, en múltiples normas de conflicto), ya no son siempre indicativos de identidad<sup>17</sup>.

Estas situaciones no visibles para el Derecho Internacional Privado (por cuanto no presentan elementos de heterogeneidad detectables al calor de los criterios de conexión tradicionales) configuran supuestos de conflictos ocultos. Estos se generan cuando un grupo muy numeroso presenta particularidades propias al margen de la legislación que le es aplicable en la sociedad de acogida. Como indica A. BORRAS<sup>18</sup> en estos conflictos la heterogeneidad no se deriva de la presencia de elementos de extranjería, de ahí que sean invisibles. En los casos objeto de análisis en este estudio, la heterogeneidad se filtra a través de la pertenencia, a una determinada confesión religiosa. Respecto de ellos, la justicia puramente formal de Derecho Internacional Privado clásico no ofrece soluciones.

---

<sup>16</sup> Art. 2. Las disposiciones de este código *al-mudawwana* se aplicarán a:

1). Todos los marroquíes aunque tengan otra nacionalidad. 2). Los refugiados incluyendo a los apátridas según el convenio de Ginebra fechado el 28 de julio de 1951 relativo a la situación de los refugiados. 3). Las parejas en las que una de las partes sea marroquí. 4). Las parejas de marroquíes en las que uno de ellos sea musulmán.

En cuanto a los judíos marroquíes, se les aplicarán las reglas del estatuto personal hebreo marroquí.

<sup>17</sup> V. al respecto como el análisis del artículo 9.2 del CC español y del art. 5 del Reglamento 1259/2010 pone de relieve esta realidad DIAGO DIAGO M<sup>a</sup> P. “Las relaciones entre cónyuges y sus crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual” en *REDI* 2014 p. 49 a 79.

<sup>18</sup> BORRÁS A. “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel” en *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V, pp. 145 a 368; ID., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en VV.AA., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, pp. 163 a 198; ID. “Europa entre la integración y la multiculturalidad” en AAVV *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 p. 23 a 43.

Conviene destacar que, pese a lo que pudiera parecer, no se trata, ni mucho menos, de conflictos novedosos. Valga como ejemplo, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 7 de julio de 1986<sup>19</sup> que ya resolvía un supuesto que se enmarca dentro de estos conflictos ocultos. Se trataba de determinar la capacidad matrimonial de una menor nacional británica, de doce años de edad, de religión islámica. Conforme al Derecho islámico podía contraer matrimonio, pero la ley inglesa establece la edad mínima para contraer matrimonio en los 18 años. La solución la proporciona el artículo 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>20</sup> que establece 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”

Por consiguiente, no podía casarse. En este caso, no se hizo concesión a la identidad religiosa. No se trata, por tanto, de conflictos nuevos. Lo que sí es novedoso es el número de conflictos que se plantean y que se prevé van a plantearse en un futuro.

El contexto de la Unión Europea hace que éste estudio se centre en el Islam. No obstante, esos mismos conflictos se producen respecto de poblaciones que presentan, igualmente, heterogeneidad relativa a otras religiones o pertenencias a otros grupos. Valga como ejemplo paradigmático los conflictos ocultos que se generan por la convivencia en EEUU de personas de confesión hebrea y nacionalidad estadounidense. Al respecto resulta especialmente llamativo que el “*Get Statute*” del Estado de Nueva York<sup>21</sup> obliga al marido judío a facilitar el repudio a su esposa (salvo renuncia de esta) antes de proceder al divorcio civil. La finalidad de esta medida es la de evitar que esas mujeres no puedan acceder a un nuevo matrimonio religioso en los casos en los que el

---

<sup>19</sup> Caso Kan v. Royaume Uni los hechos fueron los siguientes:

“Le requérant, musulman, tomba amoureux d'une jeune musulmane de moins de 16 ans. Tous deux demandèrent au père de la jeune fille son consentement au mariage, qu'il refusa par trois fois : La jeune fille quitta la maison avec l'existence du requérant et ils contractèrent mariage selon le rite islamique le 5 novembre 1982: En droit islamique, une jeune musulmane peut contracter mariage sans le consentement de ses parents dès l'âge de 12 ans. La jeune fille avait alors 14 ans et demi et le requérant 21 ans. Le couple vécut à Londres pendant 14 mois environ, jusqu'au 21 décembre 1983, date à laquelle le père de la jeune fille la ramena contre son gré au domicile paternel.

Le requérant fut inculpé de détournement de mineure hors du foyer paternel, en vertu de l'article 20 de la loi de 1956 sur les infractions sexuelles («la loi de 1956») et de rapports sexuels avec une jeune fille de moins de 16 ans, selon l'article 6 par. 1 de la loi de 1956. Il passa en justice le 19 juin 1984 et fut condamné à 9 mois de prison sur le deuxième chef d'accusation. Il fit appel devant la cour d'appel mais fut débouté par décision d'un juge unique le 20 août 1984. Il ne forma pas appel devant la cour plénière d'appel car il craignait de voir le temps s'ajouter à sa peine, et l'assistance judiciaire ne lui avait d'ailleurs pas été accordée”

<sup>20</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, B.O.E de 10 de octubre de 1979.

<sup>21</sup> Domestic Relations Law, section 253. NY Code - Section 253: Removal of barriers to remarriage.

marido no hace entrega del repudio. Obsérvese que se trata de evitar el fenómeno de “mujeres encadenadas”<sup>22</sup>.

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS RECIENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL: TRIBUNALES Y DERECHO CHERÁNICO EN LA PROVINCIA ESPAÑOLA DEL SAHARA

Como se ha tenido ocasión de indicar ya en este estudio la pluralidad que caracteriza a la sociedad española no es algo, ni mucho menos, actual. Hunde sus raíces en periodos lejanos de la Historia, con reconocimiento expreso, como demuestra la Ley 6, tomo VII Partida 4ª que ya reconocía el matrimonio de musulmanes y judíos según sus propias leyes:

*Mas si algunos seyendo Moros, o Judios, casando segund su Ley, seyendo parientes, o cuñados, e después desto se tornassen Christianos algunos de aquellos que assi fuesen casados, non deue ser desfecho casamiento....*<sup>23</sup>

El respeto al sistema musulmán en materia de matrimonio y divorcio alcanzó, hace escasamente cincuenta años, su máxima expresión jurídica cuando el Sahara era una provincia española y sus habitantes eran nacionales españoles. Entonces tuvo lugar un acontecimiento jurídico que no resulta muy conocido en la actualidad pero que afectó directamente al Derecho Internacional Privado español y también a su dimensión interna y que en una valoración prospectiva puede calificarse de “revolucionario”. Me refiero, nada más y nada menos, que a la incorporación del Derecho musulmán al ordenamiento jurídico español.

La Ley de 19 de abril de 1961 sobre la organización del régimen jurídico de la provincia del Sahara<sup>24</sup> reconocía con sorprendente “modernidad” *la incuestionable singularidad de los diversos factores físicos y humanos que presentaba la provincia española del Sahara* y que determinaban un “especial modo de vivir” de sus habitantes. Desde estos postulados se proyecta una administración que, como literalmente señala la Ley, *no puede perder de vista ninguno de estos factores y que ha de tener como objetivo principal una singularidad de trato de los problemas específicos que la Provincia plantea.*

Como consecuencia de todo ello, el artículo séptimo de la Ley reconoce a los musulmanes su derecho a practicar su religión islámica, así como sus usos y costumbres tradicionales. El artículo quinto, por su parte, preceptúa el mantenimiento de la tradicional justicia coránica. Así pues, los Tribunales Cheránicos aplicaban el Derecho musulmán y los Tribunales de Costumbres aplicaban el Derecho consuetudinario.

---

<sup>22</sup> Como señala PALOMINO se trata “de una dramática situación que ni siquiera el Derecho Israelí ha conseguido solucionar satisfactoriamente todavía v. PALOMINO R. “La *Sharia* aplicada en Gran Bretaña” en *aceprensa* 29 de mayo de 2013 p. 1 a 4 en especial p. 3.

<sup>23</sup> V. texto en *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*. Madrid 1948.

<sup>24</sup> *BOE* nº 287 de 21 de abril de 1961.



El procedimiento que se seguía para sustanciar los asuntos ante cada uno de los Tribunales, era el establecido por el Derecho musulmán en los Tribunales Cheránicos y el establecido por el Derecho consuetudinario en los Tribunales de Costumbres, tal y como establecía el artículo vigésimo noveno del Decreto 3160/1963 sobre organización y régimen jurídico de la provincia del Sahara<sup>25</sup>. Todo ello con la prescripción de la ley de 1961 de que la organización judicial se adaptaba a la general española (artículo quinto).

El modo de proceder para lograr dicha adaptación venía dado por un sistema de homologación. Las resoluciones de los Tribunales Cheránicos y de los Tribunales de Costumbres debían ser homologadas por el Juez Territorial que podría suspender la ejecución de las contrarias al orden y la convivencia humana<sup>26</sup>.

Con la normativa creada se continuaba la política española seguida respecto de la justicia indígena en la época del protectorado español en Marruecos<sup>27</sup>. La principal línea de actuación fue la de no intervención. A diferencia de la política francesa respecto de la justicia Chéránica que como señala FERIA M.<sup>28</sup> fue objeto de descrédito y presiones constantes, como demuestra que los Tribunales Cheránicos fueron relegados a la consideración de Tribunales de excepción y desprovistos de gran parte de sus competencias<sup>29</sup>.

A lo que aquí interesa, en esta apasionante etapa de nuestro Derecho, el respeto a la diferencia llevó a que durante este tiempo conviviesen, legalmente reconocidos, dos estatutos personales diferentes de españoles: el estatuto personal canónico y el estatuto personal coránico reservado a los saharauis que profesaban la religión islámica. Por tanto, figuras que hoy describimos e identificamos sin mayor reflexión, como ajenas a nuestra cultura occidental, tales como el repudio o la poligamia, fueron reconocidas en España y practicadas legalmente en suelo español. Es más, como ya se acaba de ver el Derecho musulmán formó parte del ordenamiento jurídico español. Como bien señaló ORTIZ DE LA TORRE<sup>30</sup> durante éste tiempo el ordenamiento español se nutría de preceptos emanados del legislador en materia no religiosa, de normas de fuente canónica y, tras mencionada ley de 19 de abril de 1961, de preceptos procedentes del Derecho musulmán.

---

<sup>25</sup> Decreto 3160/1963 *BOE* nº 287, de 30 de noviembre de 1963.

<sup>26</sup> artículo vigésimo noveno dos del Decreto.

<sup>27</sup> V. sobre la organización territorial entre otros trabajos v. VILLANOVA J.L. “La organización territorial del Protectorado español en Marruecos” en *Revista de Estudios Internacionales mediterráneos* nº 9 (enero-diciembre 2010) <https://sites.google.com/site/teimrevista/numeros/numero-9/la-organizacion-territorial-del-protectorado-espanol-en-marruecos>

<sup>28</sup> FERIA M. “Conflictos de legitimidad jurídica en Marruecos: el impacto del protectorado” en *AVV El protectorado español en Marruecos: gestión colonial e identidades*, Madrid 2002 P. 37 a 62 en concreto p. 53.

<sup>29</sup> MARTY P. *La justice civile musulmane au Maroc*, Paris 1933 v. cita en trabajo de FERIA M. *op. cit.* nota 43.

<sup>30</sup> V. nota 32 y 33.

Así es como dentro de España, pronto, se plantearían conflictos de leyes interpersonales que hoy, quizás, parezcan “exóticos”, pero que, en realidad, se inscribían en el mismo Derecho Internacional Privado y se encuentran muy imbricados con los conflictos ocultos que, en la actualidad, se generan. Tal y como recordara AGUILAR NAVARRO<sup>31</sup> nuestra actual disciplina fue inicialmente más un Derecho Intergentil, interlocal e interconfesional que un régimen de conflictos de leyes de distintas comunidades soberanas<sup>32</sup>.

Pues bien, el sistema no estaba preparado para los problemas que pudieran surgir de esta pluralidad legislativa, en concreto, en materia de matrimonio y divorcio y en seguida saldría a la luz problemas de orden público y de disparidad de trato, no sólo entre españoles sino entre españoles y extranjeros. La solución de los conflictos interpersonales debía ajustarse a las propias soluciones de Derecho Internacional Privado, y el desajuste ocasionó una importante perturbación del sistema que, como se va a mostrar, contribuyó a la evolución del propio Derecho matrimonial que ya, por entonces, entraba en crisis.

### **1. Estatuto personal islámico y doctrina de la Dirección General de los Registros: a propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971**

El impacto que ocasionó esta Resolución que viene a reconocer el divorcio vincular en el ámbito de los conflictos interpersonales en España fue mayúsculo. Obsérvese que la indisolubilidad del matrimonio constituía un pilar básico del sistema matrimonial español. El artículo 22 del Fuero de los Españoles establecía sin excepciones que: “el matrimonio será uno e indisoluble” mientras que el artículo 51 del Código Civil disponía que “no produciría efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente”, y el artículo 52 afirmaba, por su parte, que “el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”. Pues bien, de manera casi sorpresiva la Resolución de 18 de septiembre de 1971 reconoce efectos directos a la disolución del matrimonio por repudio.

El supuesto de hecho de tan interesante Resolución es el siguiente: el 15 de mayo de 1970 se presenta ante la Oficina nº 1 del Registro Civil de Zaragoza escrito por el cual una nacional español vecino de Villa Cisneros, divorciado y una nacional española soltera vecina de Zaragoza, suplicaban se autorizase su matrimonio civil. Entre la documentación que aportaban resulta especialmente importante el documento expedido por la Oficina Cheránica de Villa Cisneros acreditativo de que el nacional español obtuvo el divorcio definitivo de su esposa y la manifestación (contenida en acta notarial

---

<sup>31</sup> AGUILAR NAVARRO M. *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. Tomo II. Parte Primera, Madrid 1982 p. 30-31.

<sup>32</sup> En el que ya se manifestaba el llamado por la doctrina “conflicto de civilizaciones” v. entre otros DÉPREZ, J., “Droit International privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et système islamiques en matière de statut personnel”, *Recueil des Cours*, t. 211, 1988-IV, pp. 9-25 JAYME E. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, 1995, t. 251, p. 9.

y certificación del párroco) de la nacional española de haber abandonado o dejado de profesar la fe católica.

A continuación, tuvo lugar la publicación de los oportunos edictos y como consecuencia de aquellos, concurrió el padre de la ex esposa quien declaró que tuvo con ella tres hijos y les había dejado de prestar alimentos. El Gobierno General de la Provincia del Sahara informó, finalmente, que el solicitante estaba divorciado de mujer anterior, con la que no tuvo descendencia y se divorció también de la segunda mujer con la que, en efecto, tuvo tres hijos. El Ministerio Fiscal se mostró contrario a la autorización y se elevó consulta al juez de primera instancia.

Antes de entrar a examinar la fundamentación de la Resolución, conviene tener en cuenta que el conflicto planteado no es, pese a la orientación que pudo darse en su momento, un conflicto interregional. El estatuto personal canónico y el estatuto personal coránico tenían pleno reconocimiento y ello al margen del concreto ámbito territorial español en el que residiesen los individuos. Esto es, en ningún momento se plantea un conflicto de leyes territoriales, sino que lo que se plantea es una colisión entre estatutos personales reconocidos dentro de un mismo territorio nacional.

Como es obvio, tampoco se trataba de un conflicto de Derecho Internacional Privado, por cuanto los dos solicitantes tenían la nacionalidad española y no existía en el supuesto ningún elemento de extranjería. De haberlo sido no se hubiera llegado a entrar en el fondo del asunto, puesto que la indisolubilidad del matrimonio era materia de orden público y por ello mismo, no se reconocían divorcios vinculares decretados por autoridades extranjeras. Era habitual la utilización de la excepción de orden público internacional. En coherencia con este planteamiento, tampoco se concedía el divorcio de matrimonio contraído por extranjeros cuya ley personal admitía esta forma de disolución matrimonial.

Valga como ejemplo del tratamiento que la cuestión recibía desde el Derecho Internacional Privado la Resolución de 10 de agosto de 1961 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1970. En la Resolución se prohibió el matrimonio civil en España de dos nacionales daneses divorciados en su país de matrimonios anteriores. En la Sentencia se denegó la demanda de divorcio de matrimonio entre nacional cingalesa con nacional hindú celebrado en Bombay en forma civil<sup>33</sup>. Para ello se recurrió, como en ocasiones anteriores, a la excepción de orden público internacional.

---

<sup>33</sup> V. Supuesto similar en STS de 23 de febrero de 1944. Para un acercamiento al análisis jurisprudencial v. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE J.A. "A propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1971 p. 882 a 898 en especial p. 890 y s.s NAVARRO VALLS R. "Estatuto personal islámico y eficacia en Derecho español del repudio unilateral" en *Revista española de Derecho canónico* 80 (1972) p. 363 a 389 en concreto p. 380 a 382. CORRIENTE CORDOBA J.A "Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden público en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado" en *Revista General de Derecho* Tomo XXX p. 1138 a 1145 GUTIÉRREZ ESPADA, C. "Matrimonio civil de español con divorciada extranjera: Inscripción. Celebración en España" en *Anales de Derecho: revista de la Facultad de Derecho, Murcia*, Nº 1, 1977, p. 93-111 y con carácter más general ESPLUGUES MOTA, C. "El

“no, puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera, supuesto que ya fue contemplado y resuelto por este Tribunal en su sentencia de 23 de febrero de 1944 , en la que se afirmó que si bien en materia de derechos y deberes de familia y estado de las personas son, en general, de aplicación las leyes del país de origen -criterio reflejado en el artículo 9 de nuestro Código Civil - ello se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según se expresa por el artículo 11 del mismo Código ; y si se tiene en cuenta la discutible transcendencia que en materia de buenas costumbres ofrece cuanto afecta a los caracteres de unidad e indisolubilidad del vínculo conyugal, se impone la consecuencia de someter su regulación a nuestras leyes;<sup>34</sup>

Las peculiaridades del caso objeto de análisis estriban, principalmente, en el hecho de que el reconocimiento del estatuto personal musulmán implica el reconocimiento de que, aquellos sometidos a él, podían divorciarse válidamente conforme a la tradicional justicia coránica que reconoce el repudio como una forma de ruptura del matrimonio. Este reconocimiento entrañaba una clara diferencia de trato con los supuestos que planteaban nacionales extranjeros que conforme a sus leyes personales podían divorciarse, pero que no se les permitía hacerlo o no se reconocía efectos a aquellos divorcios procedentes de Tribunales extranjeros, con base a una supuesta contrariedad a nuestro orden público. Los fundamentos del orden público internacional anclados en la indisolubilidad del matrimonio parecían ponerse en entredicho.

Ahora bien, la argumentación seguida por la Dirección General de Promoción del Sahara, salva éste escollo haciendo hincapié en que la idea base de indisolubilidad admite inflexiones en el artículo 80 del Código Civil. En efecto, este precepto reconocía la disolución por dispensa “súper rato” del matrimonio canónico y la eficacia civil del privilegio Paulino o Petrino. Esa excepción servía para dar cobertura a esta situación puesto que conforme al estatuto coránico el solicitante ya no estaba casado, lo cual no era, sino otra excepción.

Obsérvese, no obstante, que no jugaba tal excepcionalidad para el caso en que se tratase de nacionales extranjeros, de ahí que subsistiese una diferencia de trato. Esta Resolución fue criticada, entre otros, por TOMAS ORTIZ DE LA TORRE que consideraba que miraba sólo el estatuto personal saharauí rompiendo la unidad de trato, la igualdad entre los españoles y la de los extranjeros frente a estos, con independencia de la inderogabilidad del artículo 22 del Fuero de los Españoles al que ya se ha hecho referencia. Por todo ello abogó por una urgente reforma legislativa (la que cual tuvo

---

tratamiento de la indisolubilidad matrimonial en el derecho internacional privado español" en *Anuario Jurídico*, Méjico, N° 11, 1984, p. 433-457.

<sup>34</sup> STS 440/1970

lugar) o una variación jurisprudencial en la concepción del divorcio (la cual también tuvo lugar) para “no caer en el absurdo”<sup>35</sup>.

Con ser importante toda esta argumentación, lo cierto es que el núcleo de la problemática no se situaba exactamente allí, sino en la falta de coordinación entre los estatutos personales que disfrutaban los españoles. Así, cuando se solicita autorización para la celebración de un matrimonio dispar (puesto que la mujer aún confesándose acatólica no constaba su apostasía ni que hubiera abrazado al Islam) se pone de relieve la existencia de una laguna legal que habría que cubrir sin apoyo legislativo ni jurisprudencial.

A estos efectos, conviene tener en cuenta que la Orden de 6 de enero de 1956 sí que había previsto las consecuencias de la celebración de un matrimonio de este tipo, entre saharauis y españoles de procedencia europea. Así en su número sexto establecía que “.... Se regirán, en todos sus efectos, tanto entre los cónyuges como entre éstos y sus descendientes, por las disposiciones generales metropolitanas. Los párrocos y jueces ante quienes se contraigan tales matrimonios cuidarán especialmente de advertir a los contrayentes los especiales efectos establecidos en el párrafo anterior”. Por tanto, una vez celebrado, se producía la inmediata atracción de las normas de Derecho común del Código Civil. Sin embargo, nada disponía respecto de lo que ocurría antes de la celebración y de si el estatuto coránico debía ceder o no, ante las condiciones de fondo que marcaba el Código Civil.

El Ministerio Fiscal en su dictamen opta por someter toda la situación a las normas de Derecho común. Por lo que entiende que el nacional saharauí estaba afectado por el impedimento de ligamen<sup>36</sup>. No es esta la conclusión a la que llega la Dirección General de la Provincia del Sahara, la cual argumenta, con coherencia, sobre la base del propio reconocimiento del estatuto personal del saharauí.

*El estatuto personal del saharauí, derivado del reconocimiento de la norma coránica y consuetudinaria, que se contiene en el párrafo segundo del artículo 2.º de la Ley de 19 de abril de 1961, merece respeto en todo el ámbito nacional, y, en consecuencia, acreditada la validez de los actos que determinaron la disolución de los vínculos anteriores -- como se razona en la resolución con referencia a los documentos aportados al efecto— no parece que puedan ser óbice al matrimonio proyectado los ligámenes anteriores.*

Además, excluye el juego del orden público internacional, con irrefutables argumentos, pues como es evidente, sólo opera para la exclusión de normas extranjeras, lo que le hace inaplicable en el contexto de la Resolución. Pero además, debe tenerse presente que fue el legislador español el que dio carta de naturaleza a estatutos religiosos por lo que ninguno de ellos, en teoría, debería contradecir los principios esenciales de la sociedad<sup>37</sup>. Como señala la Resolución es el *mismo legislador el que respeta una*

<sup>35</sup> TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE J.A. “A propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1971 p. 882 a 898 en especial p. 898.

<sup>36</sup> Art. 83.5º, 51 y 52 Código Civil.

<sup>37</sup> Fueron, sin embargo, muchos los autores que consideraron que debía jugar el orden público v. entre otros CORRIENTE CORDOBA J.A “Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden

*regulación específica frente a la de ámbito más general* y son, ambas, legislaciones españolas.

El sistema matrimonial basado en la indisolubilidad del matrimonio y en el principio de confesionalidad, había entrado en una crisis irremediable. Esta se vio precipitada por la doctrina estudiada y por otras decisiones y Sentencias. Con el tiempo se produjo una evolución hacia el carácter facultativo del matrimonio y hacia la aceptación del divorcio<sup>38</sup>.

El proceder de los imperios coloniales en los cuales se optó por introducir la legislación metropolitana, pero respetando el Derecho y las costumbres locales, (singularmente en materia de estatuto personal, familia, sucesiones etc) no fue sino una manera de evitar la conformación de conflictos ocultos. La población autóctona hubiera recibido, en otro caso, un ordenamiento extraño que afectaba a su forma de vida y que no se ajustaba a sus peculiaridades y tradiciones. Imponerles ese ordenamiento, amen de otras consecuencias negativas a otros niveles, hubiera generado rechazo y el mantenimiento de “ese especial modo de vivir” al margen de lo que la ley aplicable indicase<sup>39</sup>.

Ahora bien, esta solución presentaba un grave problema y es que se fundamentaba en la estricta separación, esto es, funcionaba correctamente para las relaciones homogéneas, pero fallaba respecto de las relaciones heterogéneas. La realidad pronto impuso su dictado. Comenzaron a establecerse relaciones mixtas e incluso conversiones religiosas de personas que, con su actuar, no sólo rompían las barreras sociales de la época<sup>40</sup>, sino que ponían en jaque al mismo ordenamiento jurídico que se había esforzado por mantener una singularidad de trato.

#### **IV. DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS, DIFERENTES SOLUCIONES JURÍDICAS**

La gestión de la diversidad religiosa, se plantea como un reto que es afrontado de manera diferente por los diversos sistemas jurídicos. El ámbito del Derecho de la persona y de la familia es especialmente sensible para lograr una acomodación de aquellos grupos que reclaman una solución a sus conflictos familiares desde postulados religiosos.

---

público en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado” en *Revista General de Derecho* Tomo XXX p. 1138 a 1145.

<sup>38</sup> Para un acercamiento a esta evolución v. AGUILAR NAVARRO M. “La ley aplicable al divorcio en el Derecho Internacional Privado español” en *BIMJ* 1566 p. 51 a 65.

<sup>39</sup> Sirva como ejemplo las consecuencias de la política francesa en Marruecos a las que antes se ha hecho referencia.

<sup>40</sup> Esto mismo había ocurrido en el Marruecos colonial v. MATEO J-L “‘Rarezas’: conversiones religiosas en el Marruecos colonial (1930-1956)” en *Hispania* 2013nº 243 enero-abril p. 223 a 252 MATEO DIESTE, J.L., “‘Pourquoi tu ne m’écris plus?’ Les rapports mixtes et les frontières sociales dans le Protectorat espagnol au Maroc”, *Hawwa. Journal of Women in the Middle East and the Muslim World*, 1/2, Leiden, 2003 P. 241-268.

Desde una perspectiva meramente conflictual optar por una u otra conexión en la elaboración de las normas de conflicto, da lugar a la generación de diversos modelos de gestión de la pluralidad en sentido amplio. Ahora bien, siendo dos los modelos principales que existen: asimilacionismo o multiculturalidad (el segundo más ajustado al respeto a la identidad religiosa), se producen ciertas distorsiones a la hora de hacer primar conexiones que permiten un mayor respeto a la pluralidad.

Así, modelos multiculturales como el de Reino Unido opta por un sistema de Derecho Internacional Privado que gira en torno al *domicile*; mientras que países que siguen, en principio, modelos asimilacionistas continúan potenciando la conexión nacionalidad<sup>41</sup>.

Al lado de estos dos modelos, surgen otros de carácter híbrido que tratan de respetar la diferencia a través de la conexión nacionalidad, pero lo que es más importante, a través del reconocimiento de efectos jurídicos a instituciones de fuerte componente religioso, desconocidas por sus sistemas. El desarrollo jurisprudencial en este sentido es especialmente importante. Muestra de estos modelos mixtos es el español. Piénsese, por ejemplo, en los efectos concedidos a instituciones como la *Kafala*<sup>42</sup> o, los efectos que despliegan otras instituciones islámicas como el repudio o el matrimonio polígamo.

En la actualidad, el avance del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea supone que la conexión residencia habitual gane terreno frente a la conexión nacionalidad<sup>43</sup>; lo que ocurre también en nuestro Derecho Internacional Privado si observamos las recientes modificaciones de normas del Título Preliminar del Código Civil que conducen a la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 y que en filiación establecen como conexión base la residencia habitual<sup>44</sup>. No obstante, en nuestro sistema la ley personal sigue rigiéndose por la nacionalidad y la persistencia de su juego en cuestiones especialmente sensibles al ámbito de estudio, como los efectos del

---

<sup>41</sup> V. referencia a estos modelos en CAMPIGLIO C. “Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar” en CDT *Cuadernos de Derecho Transnacional*. (octubre 2012) vol. 4 nº 2 p. 5 a 21 disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>

<sup>42</sup> v. respecto de la recepción de esta institución DIAGO DIAGO M<sup>a</sup> P. “La *Kafala* islámica en España” en CDT *Cuadernos de Derecho transnacional* (marzo 2010) vol 2. Nº 1 p. 140 a 164 disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT> y en la misma línea MARCHAL ESCALONA N. “Reconnaissance et efficacité de la *Kafala* marocaine dans l’ordre juridique espagnol” en *Revue critique de Droit International Privé* 104 (1) 2015 p. 89 a 113.

<sup>43</sup> Algo que ya ponía de relieve GONZÁLEZ CAMPOS J.D “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé” en *Recueil des Cours* 2000 t. 287 p. 9 a 426 en concreto p. 220 a 222.

<sup>44</sup> Nuevo art. 9.4 CC La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

matrimonio, o el mismo estatuto personal<sup>45</sup>, producen el efecto, aún en abstracto, de potenciación del respeto a la identidad cultural y en especial, de la identidad religiosa de los nacionales que proceden de países con ordenamientos jurídicos de base personal por razón de confesión.

Ahora bien, las soluciones conflictuales que requieren de la identificación de elementos de extranjería (nacionalidad o residencia habitual) en la situación jurídica de la que se trate, no son aptas para dar solución a los conflictos ocultos. Ya no se trata de personas que conservan otra nacionalidad, sino que son nacionales del país de acogida que bien ya han adquirido la nacionalidad del país de recepción o bien ya han nacido con ella, al ser sucesores de generaciones de inmigrantes que se instalaron de manera permanente en su actual país en el que tiene la residencia habitual.

Esto ocurre, significativamente, en los países cuyos ordenamientos relativos a la nacionalidad se orientan a evitar la perpetuación de estirpes extranjeras. Valga como ejemplo el nuestro y valga como muestra el artículo 17.1 del Código Civil que dispone que serán españoles *los nacidos en España de padres extranjeros, si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España*<sup>46</sup>.

Por otro lado, la adquisición de la nacionalidad por residencia presenta la característica de acortar el plazo general de 10 años a cinco, en el caso de los refugiados. Por lo tanto, aquellos que adquieran legalmente la condición de refugiado pueden adquirir la nacionalidad española con cinco años de residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la petición, según dispone el artículo 22 del Código Civil<sup>47</sup>.

Así, por continuar con este ejemplo actual, todas aquellas personas que llegan desplazadas de países en conflicto armado como ocurre en estos momentos con Siria<sup>48</sup>,

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ BENOT A. "El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes" en COMBALÍA Z. DIAGO DIAGO M<sup>a</sup> P. y GONZALEZ-VARAS A. (Coord.) *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 p. 89 a 110 del mismo autor "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado" *CDT* 2010 núm. 1 p.186 y ss.

<sup>46</sup> *Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España*

<sup>47</sup> Además de la residencia el interesado debe acreditar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. En este sentido, la Disposición Final 7<sup>a</sup> de la Ley 19/2015 introduce un procedimiento para la acreditación de este último requisito mediante la realización de dos pruebas sobre conocimiento de la lengua española, la Constitución y la realidad social y cultural españolas cuyo diseño y administración se encomiendan al Instituto Cervantes. No obstante, quedarán exentos de la realización de las pruebas los menores de dieciocho años y las personas con capacidad modificada judicialmente. Dicha disposición ha sido desarrollada por el Real Decreto 1004/2015, que aprueba el Reglamento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia mediante un procedimiento electrónico. La acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española se realizará mediante la acreditación del conocimiento del idioma español y de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España. Estarán dispensados de la acreditación del idioma los nacionales de los países Iberoamericanos establecidos en la norma.

<sup>48</sup> Conviene llamar la atención en el mal uso que realizan, por lo general, los medios de comunicación a la hora de tratar la crisis humanitaria que ha desencadenado la guerra civil Siria. Las personas que llegan a



podrán adquirir la nacionalidad española y es de prever que lo hagan de no poder regresar a su país. Al tener, además, la residencia habitual en España, no existirán elementos que detecten situaciones privadas internacionales, pasándose a regir sus relaciones por el Derecho material español. Ello pese a que su identidad religiosa (en el caso de los musulmanes que son la mayoría de la población) especialmente sensible en el ámbito del matrimonio y de la familia, les pueda llevar a conducirse por los parámetros de un Derecho religioso que, en realidad, considerarán como aplicable, al margen del marco legal existente en su nuevo país.

La realidad demuestra que la parte europea de la *Umma*, se rige por sus propias normas y por sus prescripciones religiosas, al margen del Derecho material del país donde han establecido su vida y del cual ya son nacionales. Por ello no es de extrañar que ya operen Tribunales islámicos en países de la Unión Europea de tradición continental como es Bélgica.

En definitiva, las normas de conflictos de leyes relativas al ámbito matrimonial y familiar en general, en sus versiones actuales y pese a la creciente recepción de la autonomía de la voluntad, no son idóneas para ofrecer una solución a los conflictos ocultos. La pregunta, entonces, es ¿fuera del ámbito estrictamente conflictual, qué otras soluciones son articuladas para gestionar la pluralidad religiosa creciente que define cada vez más la sociedad de la Unión Europea?

Dos son los modelos que requieren de especial atención: el anglosajón con los Tribunales islámicos y Tribunales de arbitraje de Reino Unido y un modelo, resquicio del pasado colonial francés, especialmente interesante por los conflictos interpersonales que genera en Francia, que no son demasiado conocidos, y que resultan de gran interés desde la perspectiva en que se aborda este estudio. Obsérvese que se trata de países de la Unión Europea cuya paisaje antropológico no deja margen de duda de la transformación social que marca el presente y el futuro del actual Milenio.

## **1. Sistema anglosajón: Tribunales islámicos y Tribunales de arbitraje en reino unido**

Como ya se ha indicado Reino Unido adopta un modelo multicultural de gestión del pluralismo religioso que quizás, resulte llamativo desde una concepción continental del Derecho, y que sigue el adoptado por otros países como Canadá o Estados Unidos<sup>49</sup>.

---

la Unión Europea son desplazados y sólo tendrán las condición de refugiado y por ende, la protección que les concede el Derecho de asilo cuando hayan formulado su petición y ésta se haya concedido.

<sup>49</sup> Para una aproximación general v. COMBALÍA SOLIS Z. *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Granada 2006 en especial p. 86 y ss; REISS M. "The Materialization Of Legal Pluralism In Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non- Binding" en *Arizona Journ. Int. Comp. Law*, 2009, p. 739 y s.s YILMAN I. "Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law", *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2001, p. 297 y s.s RAFEEQ M. "Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: are they compatible with traditional American notions of justice?", *Wisconsin int. Law Journal*, 2010 p. 108 y ss

El fenómeno de los Tribunales religiosos islámicos se hace fuerte en el sistema anglosajón. Los fieles se someten libremente a su decisión y aceptan que se les aplique el Derecho religioso como derivación natural de su Derecho a la libertad religiosa.

Los llamados *Sharia Councils*, existen desde los años setenta, si bien no es hasta en los años ochenta cuando se hacen públicos sus procedimientos judiciales. Estos Tribunales aplican el Derecho islámico y toman decisiones importantes en el ámbito del Derecho de la familia y en concreto relativas a la celebración y extinción del matrimonio. Son como señala SHAHAR<sup>50</sup> “guardianes de la fe” y sus decisiones, en ocasiones, pueden poner en jaque los Derechos humanos configurados desde la vertiente occidental<sup>51</sup>.

El funcionamiento de estos Tribunales se basa en la voluntad de las partes. A diferencia de los Tribunales de arbitraje, no hay un acuerdo de sumisión a ellos pactado mediante técnicas de resolución alternativa de conflictos. Sólo la sumisión *de facto* a la autoridad de un Tribunal que en su decisión va a aplicar el Derecho islámico. Sin duda, esta posibilidad se encuadra en el ejercicio más acabado del Derecho a la libertad religiosa.

No obstante, pese a la sumisión a aquellos Tribunales, siempre quedará expedita, en el caso concreto, la vía de los Tribunales civiles; esto es, los creyentes una vez, recibida la decisión del Tribunal religioso, pueden acudir (si no es satisfactoria para ellos) al Tribunal civil.

Obsérvese que los parámetros han cambiado, respecto del sistema de solución de conflictos de leyes clásicos. La competencia de estos Tribunales deriva de dos factores:

- La condición de creyentes musulmanes de los que a ellos se someten
- La voluntad de sumisión que es doble: a su autoridad y a un determinado Derecho.

La pertenencia a la religión se superpone al hecho de que los que se someten a “esta justicia” sean o no nacionales de países islámicos. Esto último pierde toda importancia ante la conformación de lo que se ha dado a llamar un “Islam Británico”<sup>52</sup>.

Por otro lado, los Tribunales de arbitraje (*Muslim Arbitration Tribunal*), ofrecen soluciones alternativas de resolución del conflicto en las que penetra el Derecho islámico, gracias a la posibilidad abierta por la leyes de arbitraje. Una vez, que el matrimonio islámico se extingue, se puede acudir a estos Tribunales que ofrecen

---

<sup>50</sup>SACHAR A “Privatizing diversity: a cautionary tale from religious arbitration in family Law”, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, núm. 2, 2008, en concreto p. 587.

<sup>51</sup> Al respecto conviene recordar que existe otra perspectiva de los Derechos Humanos asentada, principalmente, en la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam. Para un acercamiento a este tema v. RIOSALIDO J. “Los Derechos Humanos en el Islam” en *Boletín de la Asociación española de Orientalistas* 2005 p. 185 a 196.

<sup>52</sup> HOCHART C. “La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France. Question sensible, question de sensibilité” en *CURAPP*, PUF 1998 p. 275 a 293 en concreto p. 276.

servicios de arbitraje<sup>53</sup> y de asesoramiento. Todas las decisiones arbitrales deben ajustarse a la ley de Derechos Humanos de 1998 y sus normativas de desarrollo<sup>54</sup>.

Fue la Ley de arbitraje de 1996 la que dio lugar a estas nuevas soluciones a los conflictos<sup>55</sup>, inspiradas en el modelo canadiense. Se lograba, además, otros objetivos colaterales como eran reducir la demora judicial y el coste económico. Tanto es así, que a las decisiones basadas en este sistema se les conoce como *faith-based arbitration*<sup>56</sup>.

A diferencia de lo que ocurría en el caso de los *Sharia Councils*, las resoluciones de las decisiones dictadas por estos Tribunales de Arbitraje, no podrán ser objeto de apelación, si bien podrá solicitarse una revisión judicial en el ámbito civil<sup>57</sup>. Cuando la decisión se adecue a lo establecido en la Ley de arbitraje se le otorgará fuerza legal.

El funcionamiento de este sistema de Reino Unido gira, como se ha visto, en torno al actuar de los Tribunales islámicos, que toman decisiones basadas en Derecho islámico de un modo no oficial y los Tribunales de arbitraje que permiten una solución alternativa al conflicto, también fundada en Derecho Islámico. Conviene retener que sus soluciones son materiales.

Cabe recordar que, en puridad, no existe un único Derecho islámico. Sus fuentes<sup>58</sup> se pueden sistematizar en dos categorías: las originales que incluyen el Corán, la *Sunna*, el consenso unánime o *al-Idjma* y la analogía o *al-Quiyas*; y las fuentes dependientes o complementarias que engloban *al-Istislah*, *al-Istihsan* y por último, la costumbre o *al-Urf*. Ello da lugar a la pluralidad de ordenamientos islámicos que tienen sus propias prescripciones, como se ha puesto de relieve en el segundo apartado de este trabajo, pero que coinciden en las normas procedentes de las primeras fuentes.

Es por ello que los Tribunales proporcionan soluciones materiales, inspiradas en los principios básicos del Islam, más allá de lo dispuesto en un concreto ordenamiento jurídico, habida cuenta del diferente origen geográfico de los que acuden a ellos, ya nacionales británicos en muchas ocasiones. Para garantizar ese conocimiento los Tribunales de arbitraje están integrados por expertos en Islam. Así se establece por la

---

<sup>53</sup> Sobre las ventajas de este sistema v. LITT WOLFE C. “Faith based arbitration: friend or foe? An evaluation of religious arbitration systems and their interaction with secular courts” en *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006-2007, p. 431.

<sup>54</sup> BRIONES MARTÍNEZ M. señala que varias sentencias inglesas establecen la conexión entre arbitraje y la ley de derechos humanos: *Stretford vs. Football Association* (2007) All ER (D) 346; *Sumukan Ltd vs. The Commonwealth Secretariat* (2007) EWCA Civ 243, y *Shuttari vs. The Solicitors Indemnity Fund* (2007) APP.L.R 03/21. V. nota 62 de su trabajo “El arbitraje islámico en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido” en *Foro, Nueva época*, vol. 17 nº 1(2014) p. 61 a 99 en concreto p. 75

<sup>55</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

<sup>56</sup> Se configura así una nueva realidad legal híbrida, tal y como señala MENSKI W. *Legal traditions of the world*. Oxford University Press, 2007 p. 248. □

<sup>57</sup> Así lo establecen las normas de procedimiento de los *Muslim Arbitration Tribunal* Para su consulta v. [http://www.matribunal.com/procedure\\_rules.html](http://www.matribunal.com/procedure_rules.html)

<sup>58</sup> Para una aproximación general MASIDE MIRANDA L. “Cuestiones relativas a las fuentes del Derecho islámico” en *Anuario da Facultade de Dereito* p. 513 a 525 disponible en <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2354/1/AD-9-22.pdf>

*Procedure Rules of the Muslim Arbitration Tribunal* que dispone que *The Tribunal shall consist of as a minimum a: Scholar of Islamic Sacred Law; Solicitor or Barrister of England and Wales*<sup>59</sup>.

El Estado es consciente del peligro de que se adopten decisiones discriminatorias y para atenuar ese peligro se han aprobado leyes y enmiendas en defensa de la igualdad y la no discriminación como *The Equality Act 2010*<sup>60</sup>. Otras experiencias similares como la de Ontario, terminaron en la prohibición de que los Tribunales pudieran tomar decisiones en el ámbito familiar que no siguieran escrupulosamente las Leyes de Ontario<sup>61</sup>.

Más allá del debate a cerca del buen o mal funcionamiento de este sistema conviene detenerse a reflexionar sobre la conveniencia o no, de un sistema legal fraccionado por la existencia de diferentes “jurisdicciones paralelas”. Esta forma de resolución de conflictos que podemos identificar como ocultos para el Derecho Internacional Privado, concede relevancia al estatus religioso y son resueltos de manera especial con un grado importante de flexibilidad y puede que, también, de inseguridad.

## **2. Reconocimiento del estatuto personal de base confesional: el caso actual de Mayotte y los conflictos interpersonales**

Puede resultar sorprendente que un país laico como es Francia no escape al fenómeno de los conflictos internos en su versión más exótica, la de los conflictos interpersonales. PARISOT<sup>62</sup> recuerda que existen dos tipos de conflictos internos claramente identificados en este país: los conflictos internos de naturaleza territorial y los que aquí interesan, los conflictos internos de tipo personal

Procedentes de la época colonial y con total validez en la actualidad, los nacionales franceses de antiguas colonias han conservado su propio estatuto personal. Es el caso de Nueva Caledonia o de Mayotte. Este último es especialmente interesante y presenta evidentes signos de identidad con lo que fue la organización de la Provincia Española del Sahara y que se ha tenido oportunidad de estudiar en el tercer apartado de este trabajo.

Mayotte, es una isla del archipiélago de las Comoras en el Océano Índico, Departamento de Ultramar Francés. La mayoría de la población es musulmana y gran parte de la misma disfruta del estatuto civil de Derecho local aplicable y no del estatuto de Derecho Civil Común francés. Así pues, se acepta la aplicación de un elenco de

---

<sup>59</sup> v. la composición y el procedimiento de estos Tribunales en BRIONES MARTÍNEZ I.M “El arbitraje islámico en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido” en *Foro, Nueva época*, vol. 17 n° 1(2014) p. 61 a 99 en concreto p. 84 a 86.

<sup>60</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

<sup>61</sup> FARROW T.C.W. “Re-framing the Sharia Arbitration Debate” en *Constitutional Forum Constitutionnel*, vol. 15, núm. 2, 2006 en especial p. 81-82

<sup>62</sup> PARISOT V. “Les classifications des conflits internes de lois à l’épreuve de leur solution” en *Rev. crit. DIP* 1013 (2) 2014 p. 469 a 512. En concreto p. 475

normas en atención a una categoría de personas, pudiendo generarse, por ende, conflictos interpersonales entre los nacionales franceses.

La norma que consagra esta interesante peculiaridad es la Constitución francesa. Su artículo 75 dispone que *Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun (...) conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé*. Conforme a lo dispuesto en este precepto, los ciudadanos de Mayotte tienen derecho a conservar su estatuto personal que era anterior a la colonización.

Tal y como señala RALSER<sup>63</sup> este peculiar estatuto civil se aplica a todo aquel que reúna cuatro condiciones: ser mayotense, de confesión musulmana, de nacionalidad francesa y no haber renunciado a su estatuto particular. Quedarán excluidos de este estatuto personal de Derecho local, las personas de nacionalidad extranjera, incluso si son musulmanas, los nacionales musulmanes no originarios de Mayotte y los nacionales mayotenses no musulmanes.

Como puede observarse, el margen dejado a la autonomía de la voluntad es amplio, pues si así lo desea, aquel que disfruta de este peculiar estatuto personal puede renunciar a él y acogerse el estatuto civil de Derecho Común<sup>64</sup>, siendo tal renuncia irrevocable. Así lo establece la Ordenanza n° 2010-590 de 3 de junio de 2010 en su artículo 3<sup>65</sup>:

*Toute personne de statut civil de droit local peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun.*

*La demande en renonciation doit émaner d'une personne majeure de dix-huit ans, capable, agissant en pleine connaissance de cause et se trouvant dans une situation juridique qui ne fasse pas obstacle à son accession au statut demandé. Elle est portée devant la juridiction civile de droit commun.*

La autonomía de la voluntad asume, además, un mayor protagonismo, ya que se permite a las personas que disfrutan de este peculiar estatuto, someter al Derecho Civil común toda la relación jurídica que devenga de aquel<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> RALSER E. "Le statut de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier" en *Rev. crit. DIP* 101 (4) p. 733 a 774. En especial 739.

<sup>64</sup> Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître Version consolidée au 08 novembre 2015 disponible en [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BDEC59C1D65AE3305BF26A6A6BDDDED8F.tpdila09v\\_1?cidTexte=JORFTEXT000022298497&dateTexte=20151108](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BDEC59C1D65AE3305BF26A6A6BDDDED8F.tpdila09v_1?cidTexte=JORFTEXT000022298497&dateTexte=20151108)

<sup>65</sup> Este precepto establece, también, lo siguiente:

La demande en renonciation au bénéfice d'un mineur est faite par toute personne exerçant dans les faits l'autorité parentale.

Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée.

La procédure suivie en matière de renonciation au statut civil de droit local est déterminée par décret en Conseil d'Etat.

Cette renonciation est irrévocable après que la décision la constatant est passée en force de chose jugée.

<sup>66</sup> Art. 1.4

La concepción del estatuto civil de Derecho local es ciertamente amplia, y coincide, por lo demás, con la concepción que mantienen los diferentes Derechos de inspiración islámica. Tal y como dispone el artículo 1 de la ordenanza, rige el estado y capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales, las sucesiones y las liberalidades. Este interesante sistema viene a dar solución a los problemas que se generarían en el supuesto de insuficiencia o silencio del estatuto civil de Derecho local. En estos supuestos, será de aplicación el Derecho civil común, otorgándole por tanto, un carácter supletorio (artículo 1).

Las señas de identidad a las que antes me refería con la situación de España y la provincia española del Sahara, se manifiestan entre otros aspectos, en que al igual que en tierra española se ha permitido la poligamia y el repudio, exactamente igual en territorio francés se ha permitido el ejercicio de estas instituciones islámicas, en tiempos mucho más próximos.

Quizás, esta realidad pueda causar sorpresa, máxime siendo tan reciente y procediendo de un país como Francia, lo cual no deja de ser un tanto paradójico. Extremadamente interesante, resulta el hecho de que al igual que ocurría en España, estas figuras no podían desencadenar la activación de la excepción del orden público internacional como ya se ha tenido ocasión de analizar anteriormente.

En la actualidad la poligamia está prohibida<sup>67</sup> y así se dispone que *on ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents mariages*<sup>68</sup>. Si bien, esta prescripción procede del *programme pour l'outre-mer* de 21 de julio de 2003 y la mencionada modificación no se aplica *qu'aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au janvier 2005*. Esto es, que la supresión de la poligamia a partir de entonces, no hace monógamos a los que eran polígamos a la hora de la entrada en vigor de esta disposición y no lo olvidemos, se trata de nacionales franceses<sup>69</sup>. Por su parte, el repudio también resultó finalmente prohibido, aceptándose la disolución del matrimonio por fallecimiento o divorcio y desapareciendo la posibilidad del repudio<sup>70</sup>.

Este sistema estaría incompleto si no previese la solución a los problemas que generaría las relaciones jurídicas mixtas y que conformarían conflictos internos de carácter interpersonal. La solución es acorde con el carácter supletorio del estatuto civil del Derecho Civil francés, al que antes se hacía referencia. Así el artículo 5 establece que:

*Dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local, le droit commun s'applique.*

---

<sup>67</sup> v. GUILLAUMONT O. "La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte" en *JCP* 2003

<sup>68</sup> Art. 9.1° L'article 147 est ainsi rédigé :

« On ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents mariages

<sup>69</sup> v. sobre la contrariedad del estatuto civil de derecho local al orden public RALSER p. 761 a 765.

<sup>70</sup> art. 11 Les dispositions du titre VI du livre Ier du code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local à l'exception de l'article 256, de la dernière phrase de l'article 257 et des articles 285-1 et 286.

También se prevé la solución a otro de los conflictos que se podrían generar *dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire* (art. 5.3) La situación que se describe es prácticamente hipotética en la realidad actual francesa, pero obsérvese el juego que tendría si su ámbito de aplicación no fuera el de resolver un conflicto de leyes interno sino un conflicto de leyes internacional.

Pues bien, de esta manera el Derecho francés gestiona la diversidad que existe dentro de Francia pero referida únicamente a nacionales franceses. No deja de llamar la atención el que se acepten estatutos civiles diferentes, con el consiguiente planteamiento de conflictos internos de tipo personal. Las soluciones que han ido cuajándose tratan de lograr un equilibrio entre el respeto a los principios fundamentales y el respeto a la diferencia.

Su ensayo, bien podría abrirse a relaciones en las que existieran elementos de heterogeneidad del mismo tipo que se acompañasen de elementos de extranjería. El reconocimiento de un estatuto personal propio como ya existe, podría servir de cauce para resolver los mismos problemas cuando los protagonistas no fueran musulmanes mayotenses, sino por ejemplo, musulmanes argelinos o marroquíes.

## **V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO POSIBLE HERRAMIENTA SUPERADORA DE LOS CONFLICTOS OCULTOS**

El Derecho continental presenta una reacción mucho más pausada a estos problemas que dan lugar a una realidad que ya no se puede ocultar. El debate sobre la incidencia de la multiculturalidad en la determinación de la ley aplicable al estatuto personal y al ámbito matrimonial, parece que se ha quedado congelado en la introducción de la autonomía de la voluntad limitada a dos opciones: ley de la nacionalidad o ley de la residencia habitual<sup>71</sup>, cuando esta solución, como se ha expuesto, ya no es totalmente satisfactoria. De hecho se ha quedado “corta” para integrar una respuesta jurídica idónea a las situaciones heterogéneas que un gran número de particulares vive en Europa y cuya heterogeneidad no deriva de la existencia de una nacionalidad o una residencia diferente a la del país en el que han establecido su centro de vida.

Pues bien, quizás sea el momento de “descongelar” el debate y permitir un avance más decidido de la autonomía de la voluntad<sup>72</sup>, como ya ha ocurrido en materia de obligaciones. El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones

---

<sup>71</sup> El avance de la autonomía de la voluntad en las diferentes normas es muy positivo, pero sigue siendo limitado v. ZABALO ESCUDERO E. “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos” en AAVV *Autonomía de la voluntad en Derecho Privado. T.V Derecho Internacional Privado e interregional*, Madrid 2012 en concreto p. 428-429.

<sup>72</sup> Para un acercamiento a las ventajas de la autonomía de la voluntad desde una perspectiva multicultural v. CALVO CARAVACA, A-L., “El Derecho Internacional Privado multicultural y el *revival* de la ley personal”, *Diario La Ley*, núm. 7847, 27 de abril de 2012, p. 1-8.

contractuales<sup>73</sup>, permite la internacionalización de las relaciones jurídicas internas a través, únicamente, de la elección de la ley aplicable a la mismas. Se establecen, eso sí, precauciones ante tales situaciones, de manera que se dispone que esa elección no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país (con el que está conectada la relación) que no puedan excluirse mediante acuerdo (artículo 3.3).

Del mismo modo el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>74</sup> dispone que “cuando en el momento que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no puede excluirse mediante acuerdo (art. 14.2).

Siguiendo estos mismos ejemplos, podría permitirse a los cónyuges la elección de un ordenamiento jurídico de un Estado islámico, acorde con su confesión y con el pasado de su propia estirpe. Obsérvese que la elección no sería caprichosa, por cuanto existirían vínculos palpables con tal ordenamiento. Lo novedoso sería permitir la internacionalización de esa relación que por circunstancias diversas, ya no presenta los elementos de extranjería que provocarían la inmediata aplicación del Derecho Internacional Privado.

La voluntad, tiene el poder de visibilizar los conflictos de leyes y en concreto, aquellos conflictos que pasan desapercibidos pero que cada vez, con más fuerza, reclaman soluciones. La voluntad individual, desde esta perspectiva, podría ser apta para heterogeneizar las relaciones jurídicas<sup>75</sup>. Se produciría, entonces, una inmediata atracción del Derecho Internacional Privado como vía de superación de tales conflictos.

La inclusión, por otro lado, de otras conexiones que permitieran elegir Derechos de base personal, e incluso incorporar por referencia Derecho no estatal<sup>76</sup>, reforzaría el papel de la voluntad individual de los cónyuges. Se les devolvería así, el pleno ejercicio de su Derecho personal, en muchas ocasiones, indebidamente intervenido por el Estado.

El respeto a la libre voluntad disiparía las dudas a cerca de cual es el “mejor Derecho”. Los cónyuges son, sin margen de error, los que se encuentran en mejor situación para elegir el ordenamiento rector de sus relaciones matrimoniales, y en su caso, el ordenamiento rector de su crisis matrimonial. Este ordenamiento será, por definición, aquel con el que se encuentren más identificadas, que conocen (se encuentra en su esfera de dominio legal) y respecto al cual van a ajustar su comportamiento.

---

<sup>73</sup> DO n° L 177 de 4 de julio de 2008.

<sup>74</sup> DO n° L 199 de 31 de julio de 2007.

<sup>75</sup> V. BOUREAU D. “L’ influence de la volonté individuelle sur les conflicts de lois” en AAVV *Mélanges F. Terré*, Paris 1999 p. 285 a 305 v. en especial p. 291- 293 y la advertencia de la autora de que la extensión irresistible del papel de la voluntad, puede ser un factor del progreso del Derecho Internacional Privado, pero “... pourrait n’être que l’un des signes de son prochain déclin” p. 305.

<sup>76</sup> Lo que ya ha sido previsto en el Reglamento Roma I en el ámbito de las relaciones contractuales. V. (Considerando 13). Bien entendido que se trataría en todo caso de una “*Sharia compatible*”.



De esta forma se está dando solución a todo tipo de situaciones, sea cual sea la variabilidad que presenten los movimientos migratorios, o la evolución que experimente la multiculturalidad en un futuro. La certidumbre jurídica, además, estaría garantizada pues la elección de ley debería realizarse en documento auténtico (otorgado ante funcionario público, generalmente notario); y lo que es muy importante, no se excluirá la posibilidad de elección de una ley que rijan una relación heterogénea, cuando dicha heterogeneidad no entre en los parámetros clásicos del Derecho Internacional Privado. En definitiva, como señala BÜCHER se concedería autonomía a las personas para decidir su Derecho aplicable<sup>77</sup> y esta sería la vía de solución.

Valga como muestra de esta posible mayor apertura de la autonomía conflictual los siguientes supuestos relativos al ámbito matrimonial: efectos del matrimonio y crisis matrimoniales:

1. Dos marroquíes musulmanes nacionalizados españoles, que han celebrado su matrimonio en España conforme a la forma dispuesta por la Ley islámica<sup>78</sup> y con residencia habitual en España, podrían elegir el Derecho de base confesional marroquí (como ordenamiento que presenta vínculos con su relación matrimonial), lográndose así el respeto a su identidad religiosa, con el límite del orden público internacional.

Esta situación, en realidad, resultaría coherente con el mismo reconocimiento de su estatuto religioso por el Derecho material español. En España en el ámbito matrimonial, ya existen claros precedentes de “reconocimiento de la diferencia” al margen del origen extranjero o no, del o de los contrayentes. El acuerdo de Cooperación del Estado con la Comunidad islámica de España<sup>79</sup> es un ejemplo de ello. Tal y como dispone su art. 7 se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración. Ello con independencia de cual sea la nacionalidad de los cónyuges.

---

<sup>77</sup> BÜCHER A. *Islamic Law in Europe. Legal Pluralism and its limits in European Family Laws*, Aldershot, Ashgate, 2011, en concreto p. 38-39.

<sup>78</sup> v. Sobre el fenómeno religioso y la celebración del matrimonio en España ADAM MUÑOZ M. D. “El fenómeno religioso y su impacto en algunos aspectos del matrimonio celebrado en España: Una perspectiva desde el Derecho internacional privado español” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, num. 11, 3ª época. Granada 2008, p. 155-181.

<sup>79</sup> Ley 25/1992 B.O.E nº 277 de 12 de noviembre de 1992 y Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción voluntaria B.O.E de 3 de julio de 2015 que establece a lo que aquí interesa que:

Al matrimonio religioso islámico le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la CIE, salvo el apartado 3 del artículo 7 en la redacción dada por la Disposición transitoria quinta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (vigente desde el día 23 de julio de 2015), que establece que “una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.

Pues bien, en estos momentos se produce la situación un tanto paradójica. Se pueda celebrar matrimonio conforme a la ley islámica, pero estos mismos cónyuges no puedan elegir la ley que regulará los efectos del matrimonio ni tampoco pueden elegir, sin límites, la ley que regulará su crisis matrimonial<sup>80</sup> y ello aún cuando sea manifiesta su vinculación a la ley islámica, máxime cuando se trata de nacionales marroquíes de origen.

La penetración decidida de la autonomía de la voluntad como herramienta apta para la solución de los conflictos ocultos abordaría también otros supuestos no ligados a la gestión de la diversidad religiosa. Así, por ejemplo, dos nacionales británicos con residencia habitual en España, podrían elegir la ley española como rectora de los efectos de su matrimonio si así lo consideran conveniente; rompiéndose, en estos casos, la limitación impuesta por el artículo 9.2 del Código Civil español que sólo lo permitirá si los cónyuges tienen diferente nacionalidad.

2. Por otro lado, dos nacionales musulmanes belgas (argelinos de segunda o posterior generación, que mantienen fuertes lazos de unión con su país de origen) que contrajeron matrimonio en Argelia conforme al Derecho islámico, durante el periodo de vacaciones, podrían elegir como ley aplicable a su divorcio la del lugar de celebración: Derecho argelino. Lo mismo ocurriría con la pareja cuyos cónyuges, una vez rota la relación, establecen su residencia en diferentes Estados. La ley de cualquiera de ellos podría ser seleccionada, por voluntad de ambos, como rectora del divorcio o la separación conyugal. Posibilidades que no son contempladas en el Reglamento 1259 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Las relaciones matrimoniales forman parte de la intimidad de los cónyuges y no debería haber inconveniente en que éstos pudieran organizarlas, (o llegado el caso, ponerles fin) como tuvieran a bien, eligiendo para ello la norma que considerarán más conveniente<sup>81</sup>. Siempre, claro está, que no se “pisasen” las líneas rojas del orden público internacional. En este sentido resulta significativa la afirmación de LERNER “No cabe oponer objeciones serias a la aplicación del Derecho Islámico respecto a las responsabilidades y Derechos en materia de familia, siempre y cuando quede garantizada la voluntariedad de su aplicación”<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> V. Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial DO nº L343 de 29 de diciembre de 2010.

<sup>81</sup> V. fundamentación de este argumento en DIAGO DIAGO M<sup>a</sup> P. “Las relaciones entre cónyuges y sus crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual” en *REDI* 2014 p. 49 a 79. En el mismo sentido y a favor de una autonomía de la voluntad amplia modulada por los vínculos más estrechos v. ADAM MUÑOZ, M.A D., “¿Integración *versus* derecho a la identidad cultural? un análisis desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, en VVAA, *La integración de los extranjeros. Un análisis trasversal desde Andalucía*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2009, p. 143.

<sup>82</sup> LERNER, N. “Group Rights and Legal Pluralism” en *Emory International Law Review*, vol. 25, no. 2, 2011, pp. 829-851. V. respecto del “cambio de mentalidad” PALOMINO R. “La Sharia aplicada en Gran Bretaña” en *acepresa* 29 de mayo de 2013 p. 1 a 4 en especial p. 3.

En la misma línea cabe recordar las coordenadas que da el Parlamento Europeo en su informe titulado “El Islam en la Unión Europea ¿qué nos depara el futuro?”<sup>83</sup>. Aquellas avanzan que la presencia de comunidades musulmanes en Europa no confirma la hipótesis de que el Islam sea incompatible con la democracia y el Estado laico. Los retos derivados de su presencia pueden, y deben, abordarse sin violentar los sistemas jurídicos europeos. Ahora bien, esto no significa que aquellos no deban procurar los cambios imprescindibles, en aras a un ajuste necesario<sup>84</sup>.

Con la inclusión en la norma de conflicto de la autonomía conflictual, despojada de límites artificiales, y hábil para la generación de conflictos de leyes, la lógica del subjetivismo se impone. Aquel debe emerger, como sugiere VRELLIS cuando el objetivismo tradicional fracasa al ser imposible designar, en abstracto, la norma más estrechamente vinculada a la relación de que se trate<sup>85</sup>. Se evitarían, además, situaciones claudicantes y la creación de sistemas jurídicos alternativos que tan lejos están de nuestra propia cultura jurídica.

El respeto a la libre voluntad ya se ha impuesto, con éxito, en materia de obligaciones contractuales a través del Reglamento Roma I y Roma II y no tiene por qué producir resultados diferentes en esta materia, que encontrará, por supuesto, su límite en el respeto al orden público internacional. Esta cláusula desplegará, cuando sea menester, los efectos que le son propios, como método corrector, garante de los Derechos fundamentales en la versión occidental.

Los conflictos ocultos encontrarían una posible vía de solución. La heterogeneidad en ellos es patente y la imposibilidad de identificarlos con conflictos internacionales deriva de la desaparición del elemento de extranjería; pese a que existan vínculos identitarios evidentes con legislaciones extranjeras, por encima y al margen, de lo que establezca la concreta norma de conflicto. El elemento de extranjería puede ser fácilmente reintroducido cuando así, lo pactasen los cónyuges, al elegir como aplicable un ordenamiento que presenta vínculos con la vida matrimonial, pero que pasa desapercibido porque el legislador no ha previsto esta otra realidad que parece imparable.

---

<sup>83</sup> PE 369.031.

<sup>84</sup> En concreto el informe señala que “el hecho de que los retos planteados por la presencia de musulmanes en Europa puedan abordarse sin violentar los sistemas jurídicos europeos no significa que éstos no deban sufrir cambios por la presión de las demandas islámicas. El ajuste no es tarea fácil, ya que altera el equilibrio, establecido desde hace mucho tiempo, de derechos y privilegios asignados a las diversas comunidades religiosas: no obstante, no cabe duda de que se encuentra dentro de los límites de un proceso de transformación fisiológica” p. 3.

<sup>85</sup> V. las reflexiones de VRELLIS S. relativas al Respect de la libre volonté en “Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n’est pas xénophobe ni impérialiste” *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice*”, *Recueil des Cours* 2007, t. 328, pp. 188 a 474.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha tenido ocasión de exponer en este estudio, la mayor ductilidad de los sistemas jurídicos anglosajones, les ha permitido afrontar los retos que generan estos conflictos ocultos, a través de la creación de Tribunales de *Sharia* y de Tribunales de arbitraje. EEUU continua impulsándolos con el precedente de los Tribunales judíos.

En esta línea se encuadra, como ya se avanzaba, la creación recientemente de un Tribunal islámico en Anversa (Bélgica) por parte del grupo musulmán *Sharia4Belgium*. El objetivo último trazado con ello, es generar un sistema judicial de tipo islámico para resolver los litigios, precisamente, en materia de familia: matrimonio, divorcio, custodia y manutención de los hijos, así como, cuestiones hereditarias. Su funcionamiento no depende de la nacionalidad de los particulares, sino de su confesión religiosa. Este hecho ha generado cierta alerta, como demuestra el que se han suscitado preguntas relacionadas con él y con el intento de imponer la Ley coránica en Londres, en el seno del Parlamento Europeo<sup>86</sup>.

Adoptar un sistema de solución de conflictos ocultos a través de la creación de “Tribunales especiales” encaja, en principio, en el sistema de Derecho anglosajón, si bien no está exento, como se ha tenido ocasión de exponer, de dificultades<sup>87</sup>. Pero nótese que con tal articulación de la justicia, se perpetua la multiculturalidad “jurídica”; entendida, en esta esfera, como la coexistencia de varias “jurisdicciones paralelas”, por mucho que, finalmente, desemboquen en una sola. Este sistema puede incluso llegar a cuestionar la laicidad del Derecho y, es de recibo, afirmar que es extraño a nuestra propia tradición jurídica.

Tampoco parece que sea posible para resolver estos conflictos, articular soluciones específicas para los que pueden generar el contacto con personas que disfrutan de un estatuto personal propio. Estas soluciones, que responden sólo a la configuración de conflictos internos, se plantean en Francia, en la actualidad, como reminiscencias de un pasado colonial, al igual que se plantearon en España con la provincia española del Sahara. Parten de la base del reconocimiento de un estatuto civil de Derecho local muy concreto, cuyas normas han logrado depurar para conseguir un equilibrio con los Derechos fundamentales. Depuración que no sería posible en una versión internacional privatista de los mismos conflictos.

El Derecho Internacional Privado puede utilizarse como una herramienta para resolver estos conflictos, que pasan desapercibidos, pero que pueden visibilizarse a través de la

---

<sup>86</sup> Pregunta sobre la Institución de un tribunal islámico en Anversa, basado en la ley de la *sharía* para litigios en materia de Derecho de familia: posible violación de la Carta de los Derechos Fundamentales. Pregunta de 20 de octubre de 2011 E-009450/2011 sobre el intento de imponer la ley coránica en Londres. Pregunta de 25 de agosto de 2011 E- 007763/2011 y sobre los límites de los derechos humanos por la *Sharia* v. Pregunta de 23 de febrero de 2011 E-001463/2011.

<sup>87</sup> v. sobre ellas y entre otros RAFEEQ M. “Rethinking Islamic law Arbitration Tribunals: Are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?” en *Wisconsin Int. Law Journ.*, 2010-2011, p. 100 y s.s.

consagración decidida de la autonomía de la voluntad en las normas de conflicto. El ámbito más propicio para ello, como se ha tenido ocasión de señalar, es el ámbito de las relaciones horizontales entre cónyuges: efectos del matrimonio y crisis matrimoniales.

La posibilidad abierta a la pareja de elegir una ley con la que su matrimonio presente vínculos estrechos, produciría un doble efecto en este campo de estudio: visibilizaría el conflicto a la vez que le ofrecería solución. Esta posibilidad deviene coherente con el hecho de que ya se ha aceptado en Derecho material español la diferencia religiosa para la celebración de matrimonios, al margen de la existencia o no de elementos de extranjería en aquellos.

Por otro lado, la elección de un Derecho de inspiración islámica concreto, ofrece seguridad jurídica, pues tales normas pueden ser conocidas, más allá de interpretaciones de Escuelas que no representan a un único Derecho Islámico. De hecho, nuestros Tribunales ya están familiarizados con la aplicación de Derechos como el marroquí, dado el número tan importante de estos nacionales que residen en nuestro país. El límite siempre lo impondrá la contrariedad del Derecho elegido con el orden público internacional, garante de los principios fundamentales y de los Derechos humanos en la perspectiva occidental.

La gestión de la diversidad religiosa es una cuestión altamente importante si se quiere lograr una pacífica cohesión social en la que la diferencia suma y no resta. Es el momento de plantearse qué tipo de sociedad queremos y buscar, en consecuencia, las soluciones jurídicas que más se adecuen al modelo que se quiere construir. La pasividad puede ser una opción, pero entonces, la realidad puede desbordar el sistema jurídico estatal al crearse, como ya está ocurriendo, Tribunales de *Charia* que obstaculizan la consecución de principios universales como la legalidad o la igualdad ante la ley.

Otorgar la libertad a los cónyuges de elegir la ley aplicable, es una solución conocida y viable desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado que no implica grandes distorsiones. Puede revelarse como una herramienta útil para la solución de los conflictos ocultos dentro de las limitaciones que se han expuesto en este trabajo y sin perjuicio del necesario estudio de otros cauces igualmente aptos para resolver los conflictos que plantea la nueva realidad<sup>88</sup>. La aplicación de la lógica conflictualista dibuja nuevos horizontes para una disciplina que siempre se encuentra en eclosión.

---

<sup>88</sup> La vía de convenios bilaterales, en el margen que permita la U.E, no debe ser olvidada, máxime cuando es posible aislar los problemas y sondear la voluntad de cooperación. V. sobre esta vía, en especial, RODRÍGUEZ BENOT A., “El estatuto personal de los marroquíes ante el ordenamiento español: consideraciones generales y propuestas de *lege ferenda*” en AAVV *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Valencia 2015 p. 19 a 39 en especial p. 37 y 38.