

LA MULTICULTURALIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2003 se aprobó la Ley orgánica 11/2003 sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y entró en vigor al día siguiente de su publicación¹. Se trata de una ley de carácter pluridisciplinar que introduce modificaciones en el Código Penal, en el Código civil y en la Ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Precisamente, el tratamiento conjunto de materias tan dispares y de semejante relevancia en una misma Ley, dio lugar a que se produjeran numerosas enmiendas durante el debate parlamentario dirigidas en favor de tratar los temas referidos de forma separada o en proyectos de leyes distintos². Igualmente, esta heterogeneidad así como el calado social de su temática hace que, sin embargo, haya pasado desapercibido para

¹ BOE de 30 de Septiembre de 2003.

² Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCG), 13 de mayo de 2003, núm. 136-8.

la mayoría de los grupos parlamentarios el apartado de la Ley 11/2003 relacionado con la modificación del Código Civil y apenas tiene trascendencia parlamentaria ni mediática.

A pesar de ello, se trata de una notable modificación que la doctrina internacional privatista venía aconsejando hace tiempo³ por lo que vamos a tratar de analizar la viabilidad de la reforma, sus potenciales problemas y sus beneficios más inmediatos.

El artículo tercero de la Ley orgánica 11/2003, modifica el artículo 9.2 y 107 del Código Civil relativo a la ley aplicable a la separación y al divorcio en los supuestos de tráfico externo. El cambio se realiza en un momento en el que cada vez nos son más conocidos los conflictos que surgen en razón de la convivencia entre personas pertenecientes a diferentes culturas. Efectivamente, la diversidad cultural constituye hoy día una característica de la realidad social más cotidiana y se manifiesta, con carácter especial, en todo aquello vinculado con las relaciones familiares. Las costumbres perduran con fuerza en el ámbito familiar que en ocasiones, se convierte en un fiel reflejo de los valores existentes en cada cultura. A través de los hábitos familiares resaltan, no solo las diferencias entre valores, sino la disparidad de los ordenamientos jurídicos que los regulan sobre todo cuando vienen marcados por principios de carácter religioso.

El fenómeno migratorio contribuye notablemente a la existencia de una creciente demanda de multiculturalidad. España se ha convertido en un Estado receptor de un importante movimiento de emigrantes⁴; su integración en la Unión Europea, sus

³ S. A. SANCHEZ LORENZO. "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado". REDI, vol. XLVI (1994), 2 P557-585, en especial p.575. A. QUIÑONES. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Fundación "la Caixa" 1999. P 33-35.

⁴ En la actualidad existen 1.647.011 extranjeros residiendo legalmente con papeles en España, en función del Balance del Departamento de extranjería del Ministerio de Interior presentado el 13 de enero de 2004. Los datos reflejan que se expulsaron a más de 90.000 inmigrantes y al menos otros 619.598 tienen tarjeta sanitaria para personas sin recursos. De los datos se desprende que el número podría verse duplicado si se tiene en cuenta a los extranjeros que de forma ilegal se encuentran en España.

caracteres culturales así como la especial situación de sus fronteras, lo convierten en un punto determinante de migración procedente de distintos y variados lugares. En el interior de las fronteras españolas nos encontramos con dos tipos fundamentales de inmigración: la *intracomunitaria* que conectada con el principio de libertad de circulación engloba a migraciones sobre todo de tipo laboral y generalmente por tiempo limitado, y la *extracomunitaria* que con carácter muy distinto, dada su procedencia de países más pobres, generalmente abarca a personas con intención de establecerse para un tiempo indeterminado o definitivo. Las cuestiones que vamos a plantear se manifiestan principalmente cuanto mayor son las diferencias, por lo que fundamentalmente aparecen en relación con las migraciones de carácter extracomunitario donde existe un significativo desencuentro cultural.

El incremento de la migración produce un consecuente aumento de las relaciones familiares con un elemento de extranjería y el Derecho Internacional Privado, como sector encargado de solucionar los conflictos derivados de situaciones privadas internacionales, se ve notablemente afectado.

Tras la segunda Guerra Mundial se refleja una progresiva materialización del Derecho marcada por el reconocimiento de los Derechos humanos con carácter universal y la aparición del Estado social que lo dotan de un contenido ético y objetivo de justicia. En el ámbito del Derecho de familia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, esto se traduce en la utilización de normas de conflicto orientadas a la aplicación de las concepciones del foro en protección de determinados valores fundamentales⁵.

En la actualidad, la diversidad cultural emergente pone de relieve la necesidad de adecuar el Derecho Internacional Privado a las nuevas necesidades sociales. La defensa de una sociedad multicultural reaviva el debate del relativismo cultural ante el

⁵ Vid. P. ABARCA JUNCO. "La regulación de la Sociedad Multicultural". En Estatuto Personal y multiculturalidad de la familia de A.L. Calvo Caravaca y J. L. Iriare Ángel (Edits). Madrid 2000.

universalismo jurídico.⁶ La existencia de una sociedad heterogénea nos lleva a plantearnos nuevas situaciones y a reconsiderar los elementos que la forman relativizando las soluciones y, en palabras de Sánchez Lorenzo “*integrando su complejidad*”.⁷

2. LA LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA ANTES DE LA REFORMA

El artículo 9 y el artículo 107 del Código civil, contienen la regulación del llamado “estatuto personal y familiar” de los extranjeros en España. Estos artículos conforman un sistema de normas de conflicto que nos remite principalmente a la nacionalidad como punto de conexión fundamental y determinante de la norma aplicable en los conflictos de leyes relacionados con el Derecho de familia. La nacionalidad establece el ordenamiento aplicable con carácter principal en materias como capacidad y estado civil de las personas (artículo 9.1 Cc), efectos del matrimonio (artículos 9.2 y 9.3 CC), relaciones paterno-filiales (9.4 Cc), sucesiones (9.8 Cc) y en la materia que nos ocupa: la separación y el divorcio (artículo 107 Cc).

El artículo 107.1 del Cc dispone la ley aplicable a toda institución relativa a la “*disolución ínter vivos del matrimonio*” en aquellos supuestos de tráfico externo.

Las modificaciones que introduce la nueva Ley no cambian la estructura básica del precepto compuesto por una norma de conflicto con varios puntos de conexión, subsidiarios y ordenados jerárquicamente de tal manera que se aplican gradualmente y *en cascada*.

⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO. “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado”, Revista de Derecho Privado, julio-agosto, 1998.

⁷ S.A. SÁNCHEZ LORENZO. “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, REDI, Vol. XLVI (1994), 2.pg. 557-585 especialmente pg. 560.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALÉZ. Derecho de familia internacional. pg. 145 y ss.: “Toda institución extranjera que desarrolla la función de disolver ínter vivos el matrimonio debe ser regulada para decidir su ley aplicable por el artículo 107Cc.”

Con anterioridad a la modificación contenida en la Ley orgánica 11/2003, el artículo 107.1 Cc establecía que la separación y el divorcio se regían por: a) la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; b) a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y c) si la residencia de los cónyuges estuviera en diferentes Estados se establece una cláusula de cierre a favor de la lex fori, es decir la ley española, siempre que los Tribunales españoles sean competentes.

La norma regulaba por tanto tres supuestos distintos a tener en cuenta: que los cónyuges posean la misma nacionalidad, que tengan distinta nacionalidad pero residencia habitual común y por último, cónyuges con distinta nacionalidad y distinta residencia habitual.

a) La nacionalidad como punto de conexión principal

En primer lugar observamos como la nacionalidad común de los cónyuges con anterioridad a la reforma que analizamos, se caracterizaba por ser un punto de conexión que determinaba la ley aplicable a la separación o al divorcio de manera exclusiva, es decir, en aquellos casos en los que los cónyuges poseían nacionalidad común, no se podía acudir a ningún otro punto de conexión para establecer la ley aplicable a las crisis matrimoniales, salvo en situaciones contrarias al orden público del foro (12.3 Cc).

La nacionalidad común como punto de conexión primordial procede del principio de soberanía estatal. En función del mismo, a los nacionales de un Estado se les aplica la ley de su país con independencia del lugar donde se encuentren. Mediante la localización de las relaciones jurídicas en el país de la nacionalidad se protege la idea de cimentar la unidad nacional, la idiosincrasia y la tutela sobre los inmigrantes⁹.

⁹ A. QUIÑONES. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Fundación la Caixa. 1999. pg. 34.

El criterio de nacionalidad común para disponer el ordenamiento aplicable en las crisis matrimoniales, responde a una idea básica dirigida a garantizar el respeto a la identidad nacional y cultural del extranjero permitiéndole aplicar su ley nacional a su estatuto personal y así mantener las costumbres de su país de origen¹⁰.

Salvo bajo la posible existencia de casos con doble nacionalidad,¹¹ parece una solución simple y a primera vista positiva ya que además, proporciona un tratamiento unitario de las cuestiones de Derecho da familia que pueden acompañar al litigio¹². Así mismo, resulta un criterio adecuado cuando la ley nacional sea realmente la más cercana a los cónyuges y con la que presentan vínculos más estrechos, lo que se produce generalmente en aquellas migraciones de carácter temporal. En estos casos, la aplicación de la ley nacional común facilitará el reconocimiento del divorcio o la separación en el país de origen y el acogimiento en el momento del regreso al no producirse ruptura alguna con el vínculo cultural de los cónyuges pero será problemática en otros supuestos

En la actualidad las circunstancias que rodean al fenómeno migratorio han cambiado notablemente. Las particularidades que orientaron la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio en nuestro país, lógicamente no coinciden con los caracteres de la presente sociedad. España se ha convertido en un país receptor de emigrantes caracterizado por la variabilidad y heterogeneidad de estas migraciones y la nacionalidad común como punto de conexión, resulta poco adecuada y anticuada en

¹⁰ E. JAYME. "Identité culturelle e integration: le droit international privé post-moderne". R. des C. 1995-II, Tomo 251, pg. 9 y ss.

¹¹ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT. "Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español". La Multiculturalidad especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial 2002. Pg. 70 y 71.

¹² G. PALAO MORENO "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto a la identidad cultural". Actualidad Civil. Núm. 15 del 9 al 15 de abril de 2001. pg. 529.576.

numerosas ocasiones¹³. Esta variedad se refleja por un lado, en las distintas causas que mueven a la migración, que además marcan su voluntad de permanencia, y por otro, en la multitud de países de procedencia y diferentes costumbres.

Efectivamente, además de la movilidad intraeuropea que suele tener un carácter básicamente laboral y la mayoría de las veces temporal así como, unas costumbres similares, se nos presenta en mayor medida, una migración procedente principalmente de países iberoamericanos, asiáticos y africanos en busca de “un mundo mejor”. Este colectivo de emigrantes se establece frecuentemente para un largo periodo de tiempo de carácter indeterminado o de manera definitiva y con el tiempo procuran traer a sus familias que se reagrupan con el trabajador. En estos casos la aplicación de la ley de nacional con la consecuente identificación automática de estas personas con su ley de origen, incluso por encima del largo periodo de residencia que pueden llevar en nuestro país, resulta a menudo contrario a su voluntad de integración¹⁴.

Una muestra de ello es que la conservación de la nacionalidad del país de origen o la adquisición de la nacionalidad del país de recepción, en ocasiones responde a motivos ajenos a una identificación cultural real del extranjero con el país de su nacionalidad o a su deseo de integración. La adquisición de la nacionalidad puede corresponder a razones políticas o económicas y su no adquisición, a las dificultades encontradas en la materia

¹³ En el balance anual referente al 2003 realizado por el Departamento de extranjería del Ministerio de interior español, se refleja que el porcentaje de inmigrantes comunitarios es de un 34,7%: el 6,4% procede del Reino Unido, el 4,1% de Alemania, el 3,6% de Italia, el 3% de Francia y el 2,8 % de Portugal; y de inmigrantes no comunitarios de un 65,3%. De los extracomunitarios, un 2,2% proceden de la República Dominicana, un 6,5 % de Colombia, un 10,6% de Ecuador, un 3,5% de Perú, un 2,6 % de Argentina, un 1,7 % de Cuba, un 1,5 de Bulgaria, un 3.3% de Rumania, un 20,3% de Marruecos, un 3,4% de China. J. YVES CARLIER. “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad.” Estatuto personal y multiculturalidad de la familia. Edits. A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel. Colex 2000.

¹⁴ Vid. G. PALAU MORENO. “La separación y el divorcio de extranjeros en España...” op. cit. pg. 559. A. QUIÑONES. El repudio... Op. cit. pg. 29-30. P. ABARCA JUNCO. “La regulación de la sociedad multicultural” I. Op. cit. pg. 167.

en la política legislativa del país de recepción¹⁵. Para solucionar las dificultades que producen que la relación nacionalidad–identidad cultural no sea efectiva, se debería facilitar la adquisición de la nacionalidad de los emigrantes en los casos de residencia tal y como propone el Comité Económico y Social de la Unión Europea en el Dictamen sobre el documento “*La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada*”:

“El acceso a la nacionalidad y a la ciudadanía del Estado en el que la persona inmigrada reside es la plena equiparación de derechos y obligaciones. Por lo tanto, es muy importante que las leyes nacionales favorezcan la concesión de la nacionalidad y la ciudadanía para los inmigrantes que lo soliciten y que los procedimientos sean transparentes. En la última década algunos países han dado pasos en esta dirección, pero en la mayoría de los Estados miembros los plazos para obtenerlos son demasiado largos y las dificultades burocráticas excesivas. (punto 5.4)”

Debemos resaltar que en función de las leyes españolas el plazo establecido para adquirir la nacionalidad por residencia es de diez años de residencia legal continuada, cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio y dos para los nacionales entre otros, de origen de países iberoamericanos, (artículo 22 del Código civil). Constituye un plazo de tiempo a nuestro parecer excesivo e innecesario, en nuestro país se observa una integración de los extranjeros en la comunidad del Estado de recepción con carácter general, en un plazo mucho más breve¹⁶.

¹⁵ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT. “Tráfico externo, derecho de familia...” Op. cit. P.70.

¹⁶ Los Grupos Parlamentarios socialista y de Izquierda Unida presentaron sendas proposiciones de leyes para la modificación de este artículo y la reducción a la mitad del plazo establecido en el mismo que no fueron aprobadas. De la misma manera, se plantearon para paliar los problemas mencionados, Proposiciones de leyes dirigidas a incorporar al artículo 17.1.b del Cc una norma en virtud de la cual serían españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros siempre que, al menos, uno de ellos residiera habitualmente en España (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCG), VII Legislatura, serie B de 9 de marzo de 2001, nº 115-1, y 26 de octubre nº 168-1, respectivamente) que tampoco fueron aprobadas (BOCG, VII Legislatura, serie B, 16 de mayo de 2002, nº 241-1)

Otra situación a tener en cuenta cuando hablamos de la nacionalidad como punto de conexión determinante de la ley aplicable a situaciones de separación y divorcio de extranjeros en nuestro país, acontece ante la potencial aparición de un choque de civilizaciones o conflicto cultural.

Las diferencias entre culturas surgen con mayor intensidad cuando entran en juego nacionales de ordenamientos jurídicos defensores de principios completamente distintos a los occidentales y en la mayoría de los casos fundamentados en bases de carácter religioso, como es el musulmán¹⁷. La frecuente contradicción entre los valores culturales y tradicionales de los países islámicos y los valores europeos, pone de relieve la controversia entre la integración del inmigrante y el mantenimiento de su identidad cultural e incluso, su libertad religiosa. Surgen los denominados “*conflictos ocultos*” con un carácter híbrido entre los conflictos interpersonales y los conflictos internacionales, y una entidad propia basada en peculiaridades culturales que pueden llegar a influir en la determinación de la legislación aplicable¹⁸.

La remisión a la ley nacional en estos supuestos, nos lleva habitualmente a aplicar leyes procedentes de países con culturas que entran en grave contradicción con los principios básicos del

¹⁷ Al respecto: A. BORRAS y S. MERSINNI. El Islam jurídico y Europa. Barcelona, 1998. A. QUIÑONES. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Fundación “La Caixa” 1999.VVAA. La multiculturalidad, especial referencia al Islam. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2002. A. RODRÍGUEZ BENOT. El Estatuto Personal común. Primer encuentro judicial hispano marroquí entre el Consejo del Poder Judicial y la Corte Suprema. Rabat, 27 a 29 de Junio de 2001. Rabat. 2001. M^o P. DIAGO DIAGO. “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado”. AequAlitas, núm. 6, Junio 2001 y “La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du droit international privé espagnol”. Annales de droit de Louvain. Vol. 61 4/2001.

¹⁸ A. BORRÁS. Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel. R. des. C, T.249, 1994V, p. 225 y ss. y El Islam Jurídico y Europa. Barcelona 1988, pp. 163-165.

ordenamiento jurídico del foro. Con frecuencia, en el ámbito del Derecho de familia de corte islámica, encontramos preceptos alusivos a la inferioridad de la mujer¹⁹ e instituciones discriminatorias como el repudio o *talaq*, el *rachat*²⁰ o la poligamia que resultan incompatibles con el principio a la igualdad entre el hombre y la mujer tanto durante el matrimonio como en su disolución²¹.

En aquellos casos en los que en función de la ley nacional de los cónyuges, resulten aplicables en nuestro país instituciones contrarias a valores y principios fundamentales para nuestro ordenamiento se viene utilizando la excepción de orden público (artículo 12.3 Cc) y en consecuencia, la aplicación de la ley del foro.

La excepción de orden público igualmente se suele aplicar cuando la nacionalidad de los cónyuges nos remita a una ley que no admite la separación o el divorcio. En estos supuestos, se considera el principio a favor del divorcio (*favor divortii*) como principio esencial del Derecho matrimonial español y por lo tanto, las leyes que no prevean el divorcio se entenderán contrarias a nuestro ordenamiento; pero no toda la doctrina es unánime en este sentido.

Dada la creciente diversidad cultural existente en la actualidad, la excepción de orden público termina siendo esgrimida con excesiva frecuencia y el recurso a una aplicación desmedida de la *lex fori* conlleva a una integración en ocasiones forzosa para el inmigrante y caracterizada por una rigidez que en palabras de A.

¹⁹ Como establece el Corán, 4.34: “Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan”.

²⁰ El repudio es una disolución extrajudicial del matrimonio que puede ser realizada por el marido mediante un acto unilateral y discrecional, y el *rachat*, permite a la mujer la disolución del matrimonio tras largas negociaciones con el marido y pago de compensación. Vid. P.DIAGO DIAGO. *La concepción islámica...* op.cit. p.3 y A. QUINÓNEZ, *Derecho e inmigración...* op.cit. 109 y ss.

²¹ Convenio relativo a la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979. (BOE de 21 de marzo de 1984). Vid. artículo 16.

Borras, “*resulta injusta desde un punto de vista material*”²². El difícil equilibrio entre el respeto a la identidad cultural y la imposibilidad del Estado de recepción de aplicar normas contrarias a valores fundamentales de su ordenamiento, exige matizar la acepción de orden público y aplicarla de manera restrictiva o atenuada.²³

En este sentido, la jurisprudencia española comienza a tomar cada vez un mayor número de medidas tendentes a adaptar el contenido de la excepción de orden público considerando las circunstancias concretas de cada supuesto. Así, existe jurisprudencia que reconoce el repudio con el consentimiento de la mujer o, en aquellos casos en los que a pesar de tratarse de una figura basada en principios discriminatorios, sea la propia mujer la que solicite su reconocimiento en nuestro país. Prevalece el derecho a recuperar la libertad matrimonial frente el aludido Derecho a la igualdad que desaparece ante la ponderación de los principios e intereses materiales defendibles en la situación concreta.

La respuesta a los inconvenientes surgidos en razón de la aplicación de la conexión nacionalidad debe ir dirigida hacia la consecución de un objetivo de integración flexible²⁴ que atienda a la multiplicidad de situaciones, marcado por la diversidad de los valores culturales y limitado en todo caso, por el respeto de los derechos humanos.

b) La aplicación de la residencia en defecto de nacionalidad común

En segundo lugar se aplica la ley de residencia habitual del matrimonio cuando los cónyuges no posean nacionalidad común. La conexión de residencia responde en mayor medida a situaciones caracterizadas por la voluntad de integración del extranjero en el Estado de recepción. Al igual que observábamos en relación a la nacionalidad común, esta conexión tiene cosas positivas y negativas.

²² A. BORRAS. El Islam jurídico y Europa... op.cit p.164.

²³ SAP Barcelona, de 6 de abril de 2000.

²⁴ P. ABARCA. “La regulación de la sociedad multicultural” op.cit. pg. 178-179.

En un primer momento parece una disposición restrictiva al presumir la voluntad integradora del matrimonio emigrante por el sólo hecho de no poseer la misma nacionalidad. Sin embargo, en relación a una migración asentada y establecida en el país de acogida, resultará una conexión positiva que consecuentemente prevalece en las legislaciones de países con migraciones homogéneas y estables con voluntad integradora²⁵.

Por otro lado, la excesiva aplicación de la residencia habitual evita tomar en consideración las circunstancias al caso concreto y dificulta la posibilidad de opción del matrimonio por lo que, dada la heterogeneidad de la migración existente en nuestro país, resultará contraria a la voluntad de aquellos extranjeros que quieran volver a su lugar de origen y mantener la continuidad de su estatuto personal.

Por último, se debe resaltar que en el contenido del artículo no se insta a tener en cuenta para determinar la residencia habitual del matrimonio a diferencia del precepto anterior relativo a la ley nacional común de los cónyuges que sí establecía su determinación al “*momento de presentación de la demanda*”. La omisión de tal concreción puede dar lugar a dificultades para determinar la ley aplicable ante la aparición de conflictos relacionados con el cambio de residencia de la pareja durante el período de vida conyugal (conflicto móvil). Parte de la doctrina parece preferir la ausencia de tal criterio, dado que podría interpretarse que bastará con que en algún momento del matrimonio los cónyuges hubieran disfrutado de una residencia habitual común para localizar en dicho ordenamiento la ley aplicable, dotando de cierta flexibilidad al precepto²⁶.

De esta manera, los inconvenientes de esta opción se manifiestan ante la probabilidad de cambios en las circunstancias personales del matrimonio desde la residencia común hasta el

²⁵ Alemania o Suiza

²⁶ G. PALAO MOREMO. La separación y el divorcio... op. cit. pg. 561.

momento de presentación de la demanda así como, ante la falta de previsibilidad que desencadenaría la posibilidad de que los cónyuges hubieran vivido durante el matrimonio conjuntamente en varios países²⁷. La previsión de una residencia común en el momento citado, responde a un criterio con un grado superior de proximidad que supone la mayoría de las veces, la aplicación de la ley del foro.

c) La aplicación de la ley del foro en ausencia de conexiones anteriores.

En caso de que los cónyuges no ostenten ni nacionalidad común ni residencia habitual común se prevé, como cláusula de cierre, la aplicación de nuestro ordenamiento en los casos de crisis matrimoniales²⁸. Se trata de una propuesta que presupone una integración forzosa del matrimonio y prescinde de la voluntad de los cónyuges a favor de la comodidad de nuestros Tribunales.

3. LA LEY ORGÁNICA 11/2003 Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL

En el contexto analizado apareció la reforma del artículo 107 del Código civil que examinamos a continuación, veremos si garantiza efectivamente soluciones adecuadas a las nuevas necesidades demandadas en aras a conseguir una sociedad multicultural, y si soluciona algunos de los problemas que observábamos con la anterior redacción del precepto.

La modificación del artículo 107 del Código civil respondía a una petición realizada al Ministerio de Justicia por el Defensor del Pueblo Enrique Múgica en junio de 2001. La solicitud se basaba en una queja presentada por una mujer de origen marroquí residente en España y casada con un nacional marroquí, en referencia a la discriminación que suponía la aplicación de su ley nacional contra su deseo de separación y divorcio. La ley

²⁷ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ. Derecho de familia Internacional, vid. op. cit. pg. 171.

²⁸ A. CALVO CARAVACA. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho de familia... op. cit. pg. 152.

marroquí no admite la separación, ni permite a la mujer repudiar al esposo y cuando la mujer pretende el divorcio de manera unilateral con la oposición de su marido, debe litigar durante un largo periodo de tiempo que incluso puede llegar a durar cinco años. Por el contrario, en el caso de que sea el marido el que pretende el divorcio de manera unilateral podrá conseguirlo en un plazo nada comparable de doce días. Incluso, cuando la mujer alega malos tratos como causa de divorcio deberá acompañar a la solicitud no sólo de los oportunos certificados médicos sino el testimonio de incluso doce personas.

El Defensor del Pueblo ponía de relieve la situación discriminatoria de esta realidad creciente en nuestro país que vulnera principios básicos recogidos en la Constitución y en los Convenios Internacionales ratificados por España. La recomendación realizada, iba dirigida a la introducción de un mecanismo de determinación del ordenamiento aplicable a la separación y al divorcio de extranjeros en España que incorporara un grado mínimo de autonomía de la voluntad de las partes en dicho ámbito y así, poder suavizar el efecto “bloqueante” que la nacionalidad como punto de conexión principal venía estableciendo.

Finalmente, a partir del 30 de septiembre tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 11/2003, el artículo 107. 2 del Código Civil queda redactado de la siguiente manera:

“La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges si uno de los cónyuges reside habitualmente en ese Estado.

En todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) *Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*

b) Si en la demanda presentada ante el Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.”

El precepto sigue siendo una norma plural con varias conexiones de carácter subsidiario y aplicables gradualmente pero se introducen novedades en la conexión principal y matizaciones que complican aún más las situaciones conflictivas así como la redacción final del precepto.

En primer lugar observamos que se aplicará la ley española a la separación y al divorcio cuando se trate de una petición realizada de mutuo acuerdo y uno de los cónyuges sea español o al menos uno de ellos resida en nuestro país.

En segundo lugar la separación y el divorcio se rigen por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda. La conexión nacionalidad abandona su carácter principal y es puntualizada por una cláusula adicional que se incorpora en la parte final del precepto que establece que si la ley extranjera aplicable a la crisis no contempla la separación o el divorcio se aplicará la Ley española siempre que uno de los cónyuges sea español o resida en España. De la misma manera, cuando la ley extranjera aplicable a la crisis matrimonial regulase la separación o el divorcio de manera discriminatoria o contraria a orden público se aplicará igualmente, la Ley española.

Con estas especificidades introducidas se pretende ajustar la respuesta a los problemas que surgían en los casos en los que los Tribunales españoles dada la primacía de la ley nacional común aplicaban leyes contrarias a valores y principios fundamentales del foro y en ocasiones discriminatorios.

La primera excepción, se trata de un principio *favor divortii* que con anterioridad ya habíamos observado como se

venía aplicando por la jurisprudencia en algunos casos acudiendo a la excepción de orden público. El principio a favor del divorcio no se aceptaba de manera unilateral en nuestro país por toda la doctrina ni jurisprudencia por considerar que era un principio que no aparecía ni en la Constitución, ni en los Convenios internacionales sobre Derechos humanos vigentes en España²⁹. Tras la modificación, mediante la introducción de la cláusula adicional, se despejan las dudas acerca de la aplicación de la ley del foro en situaciones en las que la ley aplicable al supuesto no contempla la figura de la separación o el divorcio.

La segunda excepción supone la aplicación de ley española en todos aquellos casos en los que la ley resultante por las conexiones establecidas, regulase las figuras de separación o divorcio de manera discriminatoria. Este precepto dirigido fundamentalmente a resolver las potenciales situaciones de conflictos surgidas con ocasión de la inmigración presente procedente de países musulmanes, tal y como establece la Exposición de Motivos³⁰, ajusta el contenido del artículo 12.3 del Código civil pero no incorpora elemento de innovación al ser un artículo que venía efectivamente siendo utilizado en estos casos. El legislador en busca de un criterio acertado de defensa del derecho a la igualdad³¹, introduce una medida que ante la ausencia de una mínima autonomía de la voluntad de las partes, supone finalmente una mayor rigidez en la utilización de la excepción de orden público.

²⁹ SAT Oviedo de 20 octubre de 1982 declara no proceder el divorcio de dos chilenos por no preverse en su ley nacional.

³⁰ Apartado IV, punto 4º: *“(...) En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.”*

³¹ Vid. Exposición de Motivos, Apartado IV, punto 4º., en defensa de que el interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de la autonomía de la voluntad debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional.

La necesidad de flexibilizar los puntos de conexión de la norma para evitar un uso abusivo del orden público y un excesivo *le geforismo* que sea contrario a la voluntad integradora del extranjero así como el derecho a la identidad cultural que veníamos observando, parece pasar desapercibida para el legislador. Reiteramos que la aplicación de la ley del foro será positiva en aquellos casos en los que ninguno de los miembros de la pareja se plantee regresar a su país de origen pero resultara negativa cuando si exista esa posibilidad de retorno.

El artículo 107 del Cc se transforma en un precepto no sólo reiterativo e innecesariamente repetitivo³², sino que además deja poco margen de discrecionalidad a los Tribunales que no podrán ponderar las particularidades de cada caso ni garantizar una solución adecuada a la libertad individual de los extranjeros. Pensemos en una mujer marroquí que a fin de recuperar su libertad matrimonial solicita el reconocimiento del repudio en nuestro país, la aplicación de la cláusula adicional introducida tras la modificación no permitirá la aplicación de su ley nacional por resultar discriminatoria y se aplicará obligatoriamente la ley del foro rompiendo el vínculo cultural de la misma que deberá solicitar la separación y el divorcio de acuerdo a las leyes españolas; en el caso de volver a su país de origen, no sólo no verá reconocida su sentencia de divorcio si no que será considerada una traidora a sus costumbres. En ocasiones se debería resaltar no tanto el principio contrario al ordenamiento del foro o la vinculación con dicho ordenamiento sino el resultado que se produce en cada caso concreto³³.

En tercer lugar se aplica la ley de la residencia común siempre que no concurren las circunstancias anteriores de forma similar a la redacción anterior pero con una pequeña modificación. Se incluye, de manera acertada, que la residencia común será tenida en cuenta en el momento de presentación de la demanda a fin de evitar un posible conflicto móvil. Con anterioridad no se especificaba en lo que respecta a la residencia común

³² Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ. Derecho de familia. Op. cit. pg. 178.

³³ A. QUIÑONES. El repudio... op. cit. pg. 63

del matrimonio, el tiempo de determinación de la misma aunque con frecuencia se entendía extensible el criterio establecido respecto a la nacionalidad común³⁴.

A continuación se introduce una ampliación del precepto en materia de residencia al marcar la posibilidad de que en el momento de la presentación de la demanda los cónyuges no posean la misma residencia habitual. Teniendo en cuenta que hablamos de situaciones en exclusión de la nacionalidad común, resulta normal que uno de los cónyuges cambie de residencia ante las desavenencias conyugales (en ocasiones volviendo a su país de origen) y que por tanto, no tengan residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. Se determina la aplicación de la ley de la última residencia común del matrimonio siempre que uno de los miembros de la pareja resida todavía allí. Este requisito viene a exigir un determinado vínculo de proximidad del matrimonio con la ley que resultaría aplicable.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIALES EN ESPAÑA

Los cambios incorporados con la Ley orgánica 11/2003 no parecen solucionar los inconvenientes básicos característicos del ámbito familiar en relación con la disolución del matrimonio en los supuestos de tráfico externo de nuestro país. Se ha introducido una mayor remisión a la *lex fori* positiva en determinadas situaciones pero que ante la heterogeneidad de la inmigración existente en España resulta en otras muchas, contraria a la continuación del estatuto personal y a la identidad cultural del extranjero de paso

Tal y como señalaba el fundamento de la demanda del Defensor del Pueblo y aboga parte de la doctrina internacional privatista³⁵ se requiere ampliar la autonomía de la voluntad en estos supuestos con el fin de responder a una sociedad verdade-

³⁴ J. GONZALEZ CAMPOS. Derecho Internacional Privado. Op.cit. pg. 321. SAP Bilbao, 24 de mayo 1993 y SAP Madrid de 16 de enero de 1996.

³⁵ P. GANNAGÉ. "La pénétration de l' autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille". Rev.crit. DiPr. 1992, pg. 425-454.

ramente multicultural y así permitir que los propios cónyuges determinen en función de su voluntad integradora, la ley reguladora de su disolución matrimonial. La justificación de la extensión de la autonomía de la voluntad a los supuestos de crisis matrimoniales se convierte en un reflejo del principio de libertad³⁶. La libre elección de la Ley aplicable al divorcio comporta, tal y como resalta Calvo Caravaca, multitud de ventajas:

- a) Seguridad y facilidad en la determinación de la Ley aplicable.
- b) Elección de una ley en función de su contenido material
- c) Posibilidad de aplicar tanto la Ley del país de acogida del emigrante, para aquellos que adoptan los patrones de vida del estado receptor, como la Ley del país de origen, para los que desean conservar las tradiciones jurídicas de su país.

Se debe matizar el concepto que se toma de la autonomía de la voluntad que no se aplicaría obviamente de manera absoluta sino limitando la elección de los cónyuges a los ordenamientos jurídicos con los que presenten cierta proximidad el matrimonio, determinados bien por la ley de cualquiera de sus nacionalidades, bien la ley de residencia habitual en el momento de presentación de la demanda de cualquiera de los cónyuges o la *lex fori*³⁷.

Esta solución se adecua con mayor acierto a los problemas relacionados con la heterogeneidad de las migraciones y a su vez, permite una adaptación en el tiempo que resolverá los casos de movilidad y cambios de residencia.

Cierto grado de autonomía permitirá a los extranjeros sujetos a una fuerte movilidad, la posibilidad de acogerse a la ley de su país de origen evitando romper con su identidad cultural así

³⁶ Vid. S.A. SANCHEZ LORENZO. Postmodernismo y Derecho Internacional privado. Op. cit. pg. 572-576.

³⁷ De la misma manera: G. PALAO MORENO. La separación y... op.cit. p565. J.-Y CARLIER. Estatuto personal y ...op.cit.p.35. S.A. SANCHEZ LORENZO. Postmodernismo... op.cit.. pg. 575

como, con la unidad y continuidad de las leyes que rigen su estatuto personal. A su vez, los extranjeros con un mayor grado de estabilidad en el país de recepción, podrán optar por la ley de su residencia y así satisfacer su propio deseo de integración o de igualdad en los casos discriminatorios.

Esta solución basada en una elección de carácter múltiple viene reflejada en preceptos de nuestro ordenamiento como el artículo 9.3 del Código civil (en referencia a las capitulaciones matrimoniales) o el 9.2 del mismo cuerpo (relativo a los efectos del matrimonio)³⁸. Así mismo, comienza a ser una opción aceptada en legislaciones de Derecho Internacional Privado de otros países europeos en los que se observa una etapa de apertura en el que se incluye determinado grado de autonomía en diversos campos del Derecho de familia a la que debería acogerse el legislador español³⁹.

5. LA LEY APLICABLE A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Por último, hay que hacer una breve referencia a la modificación que se introduce en el nuevo artículo 107 Cc en relación con la nulidad del matrimonio. En la redacción anterior del Código civil, no aparecía ningún tipo de alusión a la ley aplicable para determinar la nulidad de un matrimonio en los casos de tráfico externo. En función de dicha ausencia, tal y como establecía J. González Campos, la solución venía por aplicar la ley reguladora de la validez del matrimonio en extensión a la nulidad del mismo interpretándola como el reverso de la validez del mismo. Es decir se declaraba la nulidad del vínculo en función del

³⁸ Este artículo fue reformado con ocasión de la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo por la Ley 15 de octubre de 1990.

³⁹ Vid. J.-Y. Estatuto personal...op.cit.p.36-38. El autor resalta el caso del apellido alemán, que al ser común para toda la familia y en atención al principio de igualdad introdujo diversas opciones de derecho internacional privado para la determinación de la ley aplicable. De igual manera en materia de efectos patrimoniales del matrimonio. La legislación de los Países Bajos introdujo la autonomía de la voluntad en 1981, permitiendo a las partes optar a favor del derecho neerlandés sea cual sea su nacionalidad o lugar de residencia. Criticas en A. QUIÑONES. El repudio...

artículo 9.1Cc en materia de capacidad y consentimiento, y de los artículos 49 y 50 Cc en materia de forma de acuerdo al ordenamiento español⁴⁰.

La Ley Orgánica 11/2003 introduce en el apartado primero del artículo 107 Cc, con anterioridad al establecimiento de la ley aplicable a la separación y al divorcio que se sitúa en el apartado segundo la ley reguladora a la nulidad matrimonial.

La nueva rúbrica del capítulo XI del Título IV del Libro I del Código civil queda redactada del siguiente modo: “*Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio*”; el segundo párrafo del apartado 2 el artículo 9 del Código civil establecerá que: “*La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*”; y por último el artículo 107.1 Cc determina que: “*La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.*”

Esta modificación sustituye el párrafo segundo de la redacción anterior del artículo 107 Cc relativo al reconocimiento que nos remitía a los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento civil que ha sido modificada recientemente por la Ley de acompañamiento a la Ley de presupuestos, medidas fiscales, administrativas y de orden social de diciembre de 2003⁴¹.

6. CONCLUSIONES

La modificación del artículo 107 del Código civil intenta adecuarse a las nuevas necesidades de una sociedad marcada por la convivencia entre culturas. España se ha convertido en uno de los países con mayor flujo migratorio y el número de inmigrantes que pasan por nuestras fronteras se ha incrementado produciendo un

⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZALÉZ. “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: practica del Tribunal Supremo”. VVAA Estatuto Personal y Multiculturalidad de la familia Edts. A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel. Colex. 2000. pg. 38-65

⁴¹ J. CARRASCOSA GONZALÉZ. “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: practica del Tribunal Supremo”. VVAA Estatuto Personal y Multiculturalidad de la familia Edts. A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel. Colex. 2000. pg. 38-65

crecimiento de las relaciones personales con un elemento de extranjería. La variabilidad y heterogeneidad que caracteriza a estas migraciones determina la necesidad de adoptar soluciones flexibles que permitan acomodarse a multitud de situaciones. El Derecho Internacional Privado español viene marcado por estos cambios que incrementan los supuestos de situaciones jurídicas de carácter privado en las que entran en juego multitud de ordenamientos potencialmente aplicables.

La modificación del Código civil en materia de ley aplicable a situaciones de disolución del matrimonio entre extranjeros deberá acomodarse a esta diversidad cultural en un ámbito en el que se resaltan con mayor intensidad las diferencias entre culturas.

La aplicación de medidas tendentes a la introducción de un cierto grado de autonomía de la voluntad en las conexiones determinantes de este ordenamiento facilitaría el equilibrio entre la integración del extranjero y su identidad cultural.

La posibilidad de elegir la ley nacional, la ley de residencia o la ley del foro de cualquiera de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda de divorcio, permitiría adecuar las soluciones a la voluntad integradora de los extranjeros en un grado limitado por el criterio de proximidad y de defensa de los Derechos humanos.

Nerea Magallón Elósegui