

La modificación del artículo 107 del Código Civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo

M^a Dolores Adam Muñoz*

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN EL CONTENIDO OTORGADO POR LA LEY 30/1981 DE 7 JULIO.

La Ley 30/1981 de 7 de julio por la cual se introduce nuevamente el divorcio en nuestro país, establece una norma específica para la separación judicial y el divorcio en el ámbito del Derecho Internacional Privado la cual se contiene en el artículo 107 del C.c. Este precepto establecía como ley aplicable a estas situaciones en primer lugar la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda, en defecto de esta ley la de la residencia habitual común del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes estados, la ley española, siempre que los tribunales españoles resultaran competentes.

Los comentarios e interpretaciones vertidos en relación con esta norma fueron muy variados y de toda índole, destacando fundamentalmente los siguientes: en relación con la primera conexión se indicaba a favor de su consagración que fue un criterio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el corto período de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932, la cual no establecía normas de Derecho internacional privado en esta materia, además de ser fiel al art. 9.1 del Código civil que declara aplicable la ley nacional al estado civil y a los derechos y deberes de familia¹. Asimismo, se argumentaba que con esta conexión se respetaba el carácter multicultural de nuestra sociedad y que era sumamente eficaz y respetuoso con el principio de proximidad cuando los cónyuges se sen-

tían vinculados estrechamente con su Estado de origen, teniendo la intención de permanecer en nuestro Estado por un tiempo determinado, pero siempre poniendo sus miras en el futuro y pronto regreso a su Estado de procedencia; sin embargo, entre los inconvenientes se aducía, el llamado por J.D. González Campos efecto «bloqueante»², sobre la siguiente ley aplicable, cual era la residencia habitual del matrimonio, la cual podía constituir el centro de vida real de la pareja cuando aquella había configurado un proyecto de vida en común en nuestro territorio y más teniendo en cuenta la actual situación que nuestro país está viviendo al convertirse de un país exportador de emigrantes, en un Estado receptor de los mismos, de manera que a estas personas que tenían la intención de vivir de una forma estable en nuestro territorio se le imponía la aplicación de una ley que, a todas luces, resultaba ya ajena a su relación³.

La conexión de la residencia habitual fue generalmente bien aceptada y valorada por la doctrina, ya que, en defecto de nacionalidad común ha constituido una de las orientaciones recogidas en nuestro Código civil a partir de la reforma del Título Preliminar operada en 1974. Su aplicación en materia de separación judicial y divorcio se justificaba por constituir un criterio de regulación «neutral», al no preferir la ley personal de uno u otro cónyuge y, por tanto evitar cualquier discriminación por razón de sexo. Además nos situaba en el lugar en que los cónyuges tienen su centro de vida familiar al solicitar el divorcio, lo cual conllevaba a la obtención de un resultado fácilmente previsible⁴. No obstante, resultaba cuestionable que el pre-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado.

¹ ESPINAR VICENTE, J.M., «Normas de Derecho internacional privado», *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, 1984, p. 758.

² GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «Derecho de familia. El matrimonio». En AA.VV. *Derecho internacional privado*. Parte especial. Madrid, 1995. p. 322.

³ En relación con estas ventajas e inconvenientes, Vid. con carácter general, BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Crisis matrimoniales», Ob. col. *Derecho internacional privado*, Vol. II, Granada, 2003, p. 150. PALAU MORENO, G., «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», *Rev. Actualidad Civil*, num. 15, (2001), p. 559. ESPLUGUES MOTA, C. *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Valencia, 2003, p. 115. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley*. Estudio de Derecho internacional privado, Granada, 2000, pp. 188 y ss.

⁴ Vid, entre otros, AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., «La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1566, p. 2631. ABARCA JUNCO, P., «Separación matrimonial y disolución del matrimonio». *Derecho internacional privado*, Vol. II, Coord. por E. Pérez Vera, Madrid, 2001, p. 152.

cepto no concretara el momento de su apreciación por el aplicador del derecho, lo que dio lugar a varias interpretaciones, entre las que destacan, en primer lugar, aquella que mantenía que por analogía con la primera conexión utilizada, la residencia habitual común del matrimonio tenía que considerarse en el momento de la presentación de la demanda⁵ y, en segundo lugar la que sostenía que, habida cuenta de que no se especificaba la apreciación temporal de esta conexión, la misma se podría tener presente en cualquier momento de la vida del matrimonio⁶.

Por último la utilización de la ley española como *lex civilis fori* se justificaba desde el momento en que a falta de las conexiones anteriores y, dado que nuestros tribunales eran competentes, a tenor del art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguna ley mejor que la española para ser aplicada a la separación o al divorcio. El que la ley española recoja cuando ha de ser constatada la existencia de la ley aplicable, evitaba que por la voluntad unilateral de alguno de los cónyuges se alterara la ley aplicable a la separación o al divorcio⁷. No obstante y, a pesar de esta ventaja, esta solución fue criticada por su simplismo y porque en los últimos tiempos, a raíz de la entrada en vigor del Reglamento Comunitario 1347/2000 de 29 de mayo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁸ los foros de competencia judicial internacional en esta materia se habían ampliado considerablemente, de manera que la ley española resultaba aplicable a numerosos supuestos⁹.

2. INICIATIVA DE LA REFORMA LEGISLATIVA.

No obstante todos estos argumentos, la doctrina siempre manifestó la necesidad de que este precepto contemplara la posibilidad de que las partes se pudieran divorciar o separar con arreglo a la ley española cuando su ley nacional común no admitiera esta posibilidad, y así lo puso de relieve una enmienda realizada al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Comunista, por la que se proponía que se aplicara el derecho español en el caso en que el derecho extranjero designado por la norma de conflicto no contemplase el divorcio, si bien en casos conexados estrechamente con el Ordenamiento español, la cual no prosperó¹⁰; sin embargo, en ningún momento se ha observado por el legislador la necesidad de modificar la norma¹¹. Han sido los propios tribunales los que han tenido que valerse de ciertos recursos jurídicos para proceder a declarar el divorcio o la separación judicial de parejas cuya ley nacional común no admitía estas figuras sobre la base de la no alegación y prueba por las partes del derecho extranjero aplicable al fondo del asunto¹², de manera que, a la luz de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, ante tal situación deberá juzgarse y fallarse según el derecho material español¹³ como *lex fori*, pero nunca desestimar la demanda propiciando una *non liquet*¹⁴. Ello se deduce del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en sustitución del artículo 12.6 párrafo 2º del C.c.¹⁵, indica que "el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia", añadiendo que el juzgador podrá valerse de "cuantos medios de averiguación

⁵ AMORES CONRADI, M., "Artículo 107", en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1991, pp. 425 y ss.

⁶ BLANCO-MORALES LIMONES, P., *op. cit.*, p. 124.

⁷ ESPINAR VICENTE, J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1999, pp. 195 a 199.

⁸ DOCE L 160 de 30 de junio de 2000. En este mismo *Diario* existe un informe explicativo realizado por BARRÁS RODRIGUEZ, A. pp. 27 y ss.

⁹ ESPINAR VICENTE, J.M., "Normas de Derecho internacional privado", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Madrid, 1994, p. 759.

¹⁰ Esta enmienda rezaba del siguiente modo: "No obstante, si la ley extranjera aplicable conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, no admite la disolución de matrimonio por divorcio, se aplicará la ley española si uno de los cónyuges es español y tiene su residencia habitual en España". Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y ABARCA JUNCO, P., "Matrimonio y divorcio", *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, 1990, p. 910.

¹¹ Esta reforma operada al código civil por la Ley 13/1990 de 15 de octubre en materia de no discriminación por razón de sexo, este precepto no gozó de modificación alguna en el sentido apuntado a pesar de que la reforma operada en el art. 9.3 consagró la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable a sus capitulaciones matrimoniales. Vid. En torno a esta disfunción, ZABALO ESCUDERO, E. "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ob. col. dir. por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, Madrid, 2000, pp. 21-25.

¹² Pionera en seguir esta línea fue la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mieres de 28 de diciembre de 1981, en relación con dos cónyuges que eran de nacionalidad española y que, posteriormente y, al amparo del Convenio de doble nacionalidad de 28 de mayo de 1958, adquirieron la nacionalidad chilena y, tras volver a España, no inscribieron su domicilio en el Registro español, de manera que, a tenor del mencionado Convenio, subsistía la nacionalidad chilena como nacionalidad efectiva, de tal forma que, al no conocer el divorcio el Derecho chileno, ley aplicable por los tribunales como ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda de divorcio, tal divorcio debería ser denegado por el Juzgado de Primera Instancia. Ante tal situación, el órgano jurisdiccional declaró no probado por las partes el Derecho chileno y, aplicando el derecho sustantivo español decretó el divorcio de las partes. La Audiencia Territorial de Oviedo, en su sentencia de 20 de octubre de 1982 revocó la sentencia del Juzgado indicado que esta situación no se hubiera producido si se hubiera aceptado la enmienda al Proyecto de ley que proponía la aplicación del derecho español en el caso en que el derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto desconociera el divorcio.

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1984, 7 de septiembre de 1990 y 13 de diciembre de 2000.

¹⁴ Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de marzo de 2002 manifiesta que "...evidentemente el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha Ley (sea la británica, la ghanesa o cualquier otra distinta de la española) no ha sido acreditado por ninguna de las partes, como afirma el Tribunal de instancia, por lo que según esta Sala ha establecido reiteradamente (Sentencias de 7 de septiembre de 1990 y 11 de mayo de 1989, entre otras muchas y, más recientemente la de 13 de diciembre de 2000) procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico...".

¹⁵ Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BOE 8 de enero de 2000.

estime necesarios¹⁶. Así pues, ante la pregunta formulada a diversos magistrados acerca de si, se ha de desestimar la demanda en los procesos de separación y divorcio si la ley extranjera aplicable al caso no fuese alegada y probada por las partes, la práctica totalidad de los encuestados han contestado de forma negativa indicando que lejos de la desestimación lo correcto es la aplicación el derecho material español¹⁷. Esta solución es la que adopta la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de mayo de 2003 al considerar que el derecho marroquí, como ley nacional común de las partes aplicable al divorcio, no ha sido alegado ni probado por las partes, de manera que procede la aplicación del derecho español. A mayor abundamiento la esposa demandante expresa su consideración de que si se aplicara este derecho vulneraría el orden público internacional español al ser discriminatorio para la mujer. Así, la esposa alega el derecho extranjero, pero lo hace de una forma negativa al manifestar su oposición con el orden público internacional español¹⁸.

Otra de las posibles soluciones que se había mencionado por la doctrina es el posible reenvío que la ley nacional común, como ley rectora del divorcio, pudiera realizar a la norma española como ley del lugar de la residencia habitual del matrimonio¹⁹.

No obstante todas estas soluciones se han tomado de forma nada coordinada, dependiendo la resolución judicial a favor o no de la declaración de la separación o el divorcio del tribunal que conociera del asunto, lo cual conllevaba una gran inseguridad jurídica. Ha sido a raíz de una

recomendación elevada por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia cuando el artículo 107 del Código civil ha gozado de una modificación largamente esperada, ya que cuando este precepto vio la luz en el año 1981, España no tenía todavía el número de inmigrantes que tiene hoy ni, por lo tanto, se habían presentado ante nuestros tribunales las cuestiones que se están planteando hoy en día.

La recomendación del Defensor del Pueblo mencionada, tiene su base en una queja formulada por una nacional marroquí residente legal en España casada con un marroquí y con un hijo de siete años habido del matrimonio, la cual tuvo que abandonar el domicilio conyugal con su hijo, debido a las desavenencias y a los malos tratos propiciados por su marido. La interesada solicitó la adopción de medidas provisionales ante el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, las cuales fueron aprobadas mediante auto de 21 de diciembre de 2001, en el cual se señalaba que las mismas quedarían sin efecto si en el plazo de 30 días no se presentaba la oportuna demanda ante el juez o tribunal competente²⁰. El abogado de la interesada se puso en contacto con el Defensor del Pueblo para manifestarle que, de acuerdo con el artículo 107 del Código civil, la separación y el divorcio se regirían por la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda, dándose el caso de que la ley marroquí, como ley nacional común, no contempla la figura legal de la separación, sino solo el divorcio y el repudio por voluntad unilateral del marido²¹. De acuerdo con esta ley, la mujer no puede repudiar al marido y para obtener el divorcio en contra de la voluntad del marido,

¹⁶ La interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado de este precepto (art. 12.6 pfo. 2º) en su sentencia 10/2000 de 17 de enero es que las partes han de introducir en el proceso el derecho extranjero, pero no cabe la pasividad del juzgador en cuanto a la investigación y determinación de su vigencia. De esta forma, el Alto Tribunal mantiene que a la luz del artículo 24 de la Constitución "... la decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del Derecho extranjero resulta debida por la imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio. En efecto, en supuestos como éste y, teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que indudablemente es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios".

¹⁷ Vid encuesta realizada por P. GONZÁLEZ VICENTE en *Revista Sepin-Familia*, núm. 28 (2003), pp. 9 a 23.

¹⁸ Vid. El interesante comentario realizado a esta sentencia por RODRIGUEZ RODRIGO, J. "Crisis matrimoniales foro de necesidad en relación con la sentencia num. 166/2003" en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Ob. col. dir. por A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, 2004, pp. 705 a 721.

¹⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. "Derecho de familia. El matrimonio", en AA.VV., *Derecho internacional privado*. Ob. cit. p. 323

²⁰ La Ley 27/2003 de 31 de julio regula la orden y protección de las víctimas de la violencia doméstica (*BOE* núm. 183 de 1 de agosto de 2003), por medio de la cual, el juez adoptará las medidas precisas de carácter penal y civil con la finalidad de proteger a la víctima, las cuales tendrán una duración de treinta días, quedando sin efecto si la solicitante no interpone en este periodo de tiempo la oportuna demanda.

²¹ El procedimiento para repudiar a la esposa es simple y, relativamente rápido, aunque en un primer momento el mismo se complique a consecuencia de su carácter revocable, exigiendo algunos ordenamientos islámicos la existencia de un acto previo de conciliación. En el Derecho marroquí el repudio ha de ser firmado por dos notarios (adultes) bajo la jurisdicción del juez del domicilio conyugal. Será registrado en presencia de ambas partes tras la autorización del juez. Si la esposa no comparece no es motivo para no seguir adelante con el repudio si el marido permanece en su actitud. Sin embargo, para dar publicidad al acto del repudio se prevé que el juez informe a la mujer de su nueva situación desde que se pronuncie el repudio y le haga llegar el acta original del mismo cuya propiedad ostentará, en un plazo no superior a quince días, mientras que al marido se le entregará una copia de la misma. Las formalidades del repudio se establecen en los artículos 80 y 81 del Código marroquí, señalando a tal efecto que en el acta ha de constar si es el primer, segundo o tercer repudio. Este requisito es de suma importancia, ya que indicará si el repudio es revocable o no, de manera que en el acta constará la disolución definitiva del matrimonio. Ello es así, desde el momento en que en los sistemas islámicos por regla general admiten dos tipos de repudio: el revocable y el irrevocable. El primero tiene lugar cuando es temporal o limitado en el tiempo, afín de que el esposo reflexione acerca de la decisión que ha tomado, debiendo de quedar la mujer en ese periodo de tiempo en una situación de retiro legal (*idda*), el cual dura tres meses, o se amplía a diez si está embarazada, a fin de que no existan dudas acerca de la paternidad del marido, de manera que el matrimonio subsiste a todos los efectos legales (art. 58 y 60 del Código argelino). Es el marido el que decide donde va a cumplir la mujer su retiro legal, no teniendose en cuenta para nada la opinión de ésta, de manera que si la misma no cumple con esta obligación del retiro se considera que ha abandonado el domicilio conyugal. Si el marido se retracta de su decisión antes de que transcurra el plazo de la *idda*, el matrimonio reanuda su vida conyugal sin que la esposa tenga que mostrar su conformidad. Si esta situación tiene lugar, el marido tiene el privilegio de pronunciar un segundo repudio, así hasta tres veces, momento en el cual el repudio se transforma en irrevocable. También adquiere esta cualidad cuando el marido deja pasar el periodo de la *idda* sin deponer su actitud. Nótese que, en ningún caso se tiene en cuenta para nada la opinión de la mujer, la cual está sujeta en todo momento a la voluntad de su marido. En cuanto a los efectos del repudio los mismos también son bastante discriminatorios en relación con la mujer, ya que ésta aunque conserva la guarda y custodia de los hijos (*hadana*), hasta

deberá litigar por un periodo de tiempo excesivamente amplio, unos cinco años como mínimo, mientras que si es el marido el que lo solicita el tiempo en el que se dicta la resolución se reduce considerablemente, unos quince días²². Así las cosas el Defensor del Pueblo se informa de la veracidad de la situación y de que la práctica de nuestros tribunales es confusa, de manera que, para evitar estas situaciones claramente discriminatorias para la mujer, recomienda al Ministerio de Justicia que modifique el artículo 107 del Código civil de tal manera que contemple la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación o el divorcio puedan registrarse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común de los cónyuges cuando ambos residan en España²³.

3. LA RESPUESTA LEGISLATIVA A LA DEMANDA REALIZADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

No obstante la concreta indicación realizada en la recomendación por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia, el legislador ha efectuado una reforma mucho más

amplia, e incluso distinta, que la recomendada por el Defensor del Pueblo, la cual se circunscribía a que la Ley posibilitara el ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes (en concreto la parte demandante) limitada a elección, bien de la ley de la nacionalidad común o bien de la residencia habitual común cuando ésta radicara en España²⁴, de manera que así se propiciaba que los cónyuges pudieran aplicar, tanto la ley del país de acogida (ley española), en el caso en que desearan su integración, como la ley del Estado de origen, en el supuesto en que su proyecto se dirigiera a regresar al mismo conservando la tradición de su país²⁵.

La reforma ha sido operada por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros²⁶, lo cual ha sido criticado por cierto sector doctrinal entendiendo que este no era el lugar más adecuado para efectuar la modificación, toda vez que la Ley Orgánica aborda fundamentalmente medidas de carácter penal de manera que no resulta adecuada la asociación que la Ley establece entre el Plan de Lucha contra la Delincuencia y las medidas necesarias para la integración social de los

que éstos adquieren cierta edad dependiendo del sexo, la patria potestad la ostenta el padre con todos los privilegios que ello conlleva. La *hadana* se pierde, entre otras causas, si la mujer contrae nuevas nupcias, o si fija su residencia en un lugar no permitido por el padre o si educa a los hijos en una religión que no sea la musulmana, independientemente de que la madre la profese o no. En relación con los efectos económicos, recientemente se ha articulado en algunos países, Marruecos entre ellos, que se establezca una compensación económica para la mujer por los perjuicios ocasionados, si bien en la práctica, la misma suele ser de escasa cuantía, todo depende de la posición social que hubiera tenido el matrimonio. Aunque la mujer conserve la guarda de los hijos no tiene derecho a permanecer en el domicilio conyugal, a no ser que sea de su propiedad. Como consecuencia del repudio el marido ha de abonar la parte de dote correspondiente según se pactara en el contrato matrimonial.

²² En relación con el repudio, Vid. con carácter general, ADAM MUNOZ, M.D., *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*. Córdoba 2001. ADROER BIOSCA, S., «Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español». En AA.VV. *Hominum causa omne ius constitutum est*. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. J.M. Díaz Moreno. Madrid, 2000, pp. 889-890. PALAU MORENO, G. «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural». *Rev. Actualidad Civil*, (2001), num. 15, p. 559. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., «Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad». En *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*. ed. I. García Rodríguez, Alcalá de Henares, 2001, p. 333. AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en DIP». en *Cuestiones actuales de derecho comparado*, ob. col. dir. por G. Morán García, La Coruña, 2003, pp. 235 y ss. CARLIER, J.Y. «La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc». *Journal des Tribunaux* (1985), pp. 102-115. Id. «Volonté ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger». *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991 (II), p. 165-172. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales y dispersión del pleito». En Ob. col. *Globalización y derecho*. Ob. col. Dir. Por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, Madrid 2003, IBIB. *Matrimonio y elección de ley estudio de Derecho internacional privado*, Granada, 2000. esp. pp. 40-120. DEPREEZ, J. «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnels». *Recueil des Cours*, t. 211, (1988/IV), pp. 200-216. IBIB. «Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de Droit international privé», en *Familles-Islam-Europe*, dir. por M.C. Foblets, París 1996, pp. 94-98. *Ibid.* «Droit international privé et conflits de civilisation». ESPLUGUES MOTA, C. *El divorcio internacional jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, Valencia, 2003, pp. 90-94. FADL ALI AH I. «Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?». *Revue Critique de droit international*, (1981), pp. 17-34. FOGLETTEZ, M.C. «Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle?». *Annales de Droit de Louvain* (1999), pp. 66-68. HAMME, P. «Effets en France des répudiations musulmanes; fraude et ordre public». En *Droit de l'enfance et de la famille*, 1996, pp. 106-112. LAGARDE, P. «La théorie de l'ordre public internationale face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», en *Nouveaux itinéraires en droit. Homenaje a F. Rigau*, Bruselas, 1993, p. 276. MERNISSI, S. «El estatuto de la mujer en Marruecos», en *el Islam jurídico y Europa*, ob. col. dir. por A. Borrás Rodríguez y S. Mernissi, Barcelona, 1997, pp. 106-107. MONÉGER, F. «Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?». *Journal Clunet de droit international*, (1992), pp. 347-355. QUINONES ESCAMEZ, A. «Limitaciones infundadas al ius nubendi: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil», en *Derecho registral internacional. Homenaje al Prof. R. Arroyo Montero*. Madrid 2003. IBIB. «La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho judicial VIII*, (2002), pp. 280-281. IBIB. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000.

²³ Agradezco muy sinceramente la información facilitada por la Oficina del Defensor del Pueblo y el envío de la mencionada recomendación. En particular al asesor de «Justicia y Violencia doméstica».

²⁴ Textualmente la recomendación indica que: "...ese Ministerio de Justicia pueda promover las reformas legislativas necesarias tendentes a la modificación del artículo 107 del Código civil, de tal manera que contemple la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación o el divorcio pueda registrarse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común cuando ambos cónyuges residan habitualmente en España».

²⁵ Estos extremos han sido puestos de manifiesto por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales», *Derecho internacional privado*, Granada, 1998, p. 157.

²⁶ BOE num. 234 de 30 de septiembre de 2003. El 21 de marzo de 2003 fue publicado en el BOGCD el proyecto de Ley Orgánica de esta Ley, la cual se ha sometido a una tramitación muy urgente, de manera que el texto fue aprobado en el Senado el 18 de septiembre sin que sufiera modificación alguna sobre el original, ya que no aceptaron ninguna de las enmiendas realizadas al texto.

extranjeros en España²⁷. Por otra parte, se ha argumentado que la ubicación de esta norma no es la más adecuada, ya que hubiera sido preferible colocarla al final del artículo 9.2 del C.C. cuando el mismo hace referencia al artículo 107. De esta forma se hubiera reubicado junto al resto de los preceptos de Derecho internacional privado dedicados a los efectos del matrimonio, lográndose así una más lógica ordenación legislativa²⁸.

4. CONTENIDO DE LA REFORMA LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 107.

El párrafo segundo del artículo 107 establece la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio, pudiéndose observar que el mismo se divide en dos partes bien diferenciadas: la primera de ellas constituye una norma de conflicto bilateral en la que se establecen diversos puntos de conexión en cascada o de forma jerarquizada que determinan la ley aplicable a estas dos instituciones y, en segundo lugar, nos encontramos con una norma de extensión, la cual aplica la ley española a la separación judicial y al divorcio en aquellos supuestos que en los que la relación está estrechamente vinculada con el Ordenamiento español, como sucede en los casos en que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, si bien, no establece el momento en el que el aplicador del derecho ha de tener en cuenta estas circunstancias, de manera que, siguiendo un criterio interpretativo analógico con el párrafo primero, podemos concluir que las mismas habrán de ser observadas en el momento de la interposición de la demanda. En las líneas que siguen vamos a proceder al análisis de estos dos párrafos:

1º) La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última ley de la residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

Como podemos comprobar, se sigue manteniendo la aplicación de la ley nacional común del matrimonio concretada en el momento de la presentación de la demanda, de manera que a través de la aplicación de esta ley se posibilita el respeto a la identidad cultural de aquellas personas que residen de forma temporal en España y que no se encuentran arraigados plenamente en nuestro Estado, sino que su intención es regresar algún día a su país de origen. Con la aplicación de esta ley se asegura que los implicados no van a tener excesivas dificultades en que la resolución dictada

por los tribunales españoles sea reconocida en su país de origen.

El momento de la determinación de la ley nacional común, a mi juicio, también resulta adecuado, toda vez que, en numerosas ocasiones en el tráfico externo los matrimonios cuando se celebran suelen ser mixtos; es decir, las partes tiene diferente nacionalidad, prueba de lo cual es que nuestro sistema establece un periodo de residencia legal y continuada en España sensiblemente inferior a la vía ordinaria para que la persona extranjera que esté casado con español o española pueda adquirir la nacionalidad española²⁹. Así pues, si la nacionalidad diferente de las partes es normal al comienzo del matrimonio, sucede en bastantes casos que en el momento de la disolución es la misma.

Asimismo, se sigue manteniendo el criterio de la residencia habitual común del matrimonio, si bien, el legislador ya si establece el momento en que la misma ha de ser apreciada; el cual es el momento de la interposición de la demanda, criterio que anteriormente se seguía por analogía con la determinación del momento en el que el precepto establecía que se había de apreciar la ley nacional común del matrimonio.

Por último, el precepto abandona la aplicación de la ley española como *lex civilis fori* y establece la conexión de la última ley de la residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges, da igual que sea el demandante o el demandado, aún reside habitualmente en dicho Estado. La intención que subyace en el establecimiento de este criterio es la de aplicar una ley con la que el matrimonio haya estado vinculado, corrigiendo aquellas situaciones en las que el matrimonio de distinta nacionalidad, pero con residencia habitual común en un Estado determinado se ha roto o está en vías de ruptura, dando lugar a que las partes se separen de hecho y que una de ellas abandone el país en el que el matrimonio ha tenido su última residencia habitual común. En el momento de la interposición de la demanda, habida cuenta de que ha existido una separación de hecho, las partes no tendrían una residencia habitual común, de manera que sería imposible aplicar esta ley a la separación o al divorcio. Así pues, el legislador ha considerado que esta ley refleja fielmente la proximidad que el matrimonio ha poseído con un determinado Ordenamiento, de manera que, para poder aplicar la misma ha mantenido el criterio de la residencia habitual de, al menos uno de los cónyuges, en el lugar en el que el matrimonio tuvo su última residencia habitual común.

Lógicamente esta ley no tendrá porque coincidir con la ley española, ya que puede darse el caso, por ejemplo, de que el cónyuge español que residía habitualmente en Francia ante la ruptura de hecho de su matrimonio ha podido

²⁷ CAMPUZANO DÍAZ, B., "Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil" en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. ob. col. dir. por A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, 2004, pp. 183 y 184.

²⁸ DIAGO DIAGO, M.P. "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad". En *El derecho de familia...*, p.p. 277 y 278.

²⁹ El artículo 22.2 d) del Código civil señala que bastará el tiempo de residencia en España de un año para solicitar la nacionalidad española el que en el momento de la solicitud estuviere casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho, mientras que, en todos los demás casos se requiere que el tiempo de residencia haya sido por un periodo de diez años, o de cinco en los supuestos en los que se haya obtenido asilo o refugio o de dos cuando se trate de nacionales de origen iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o de sefardíes.

regresar a España e interponer ante nuestros tribunales la demanda de divorcio, de manera que, ya que su cónyuge reside de manera habitual en Francia y éste ha sido el lugar de la última residencia habitual del matrimonio, podrá ser ésta la ley aplicable al fondo del divorcio y, lo indico en términos hipotéticos porque este supuesto hemos de conectarlo con lo que establece el párrafo segundo del artículo 107, el cual manifiesta que será de aplicación la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, si bien la aplicación de esta ley queda sometida a diversas circunstancias, las cuales vamos a pasar a examinar seguidamente:

2º) Independientemente de las leyes establecidas en el párrafo primero, las cuales se siguen aplicando de forma jerarquizada o en cascada, será de aplicación la ley española siempre que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en los siguientes casos: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y c) si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Los criterios utilizados por el legislador español para proceder, en todo caso, a la aplicación de la ley española son los mismos que se establecen en el Reglamento Comunitario 1347/2000 de 29 de mayo³⁰; es decir la aplicación de la normativa española se sustenta sobre la base de la residencia habitual en España o de la nacionalidad española de alguno de los cónyuges, de manera que nuestra normativa regirá la separación o el divorcio en no pocas ocasiones. Ahora bien, estos extremos se tendrán en cuenta de forma acumulativa con los supuestos establecidos a continuación, si bien, los mismos juegan de una forma alternativa; es decir, basta con que se de uno de ellos para que la ley española sea de aplicación.

El primer supuesto; es decir, en el apartado a), parece que establece el *favor divorcii*, ya que se aplicará la ley española si con arreglo a la norma de conflicto del párrafo primero no se puede obtener la separación o el divorcio. Es ahora cuando entiendo que se acepta la enmienda al Pro-

yecto de Ley que en su día se efectuó a la Ley 30/1981 de 7 de julio y ello porque se aplicará la ley española siempre y cuando la norma extranjera aplicable no reconozca o no regule la separación o el divorcio³¹, de manera que con este precepto el Ordenamiento español podría correr el riesgo de convertirse en un "paraíso del divorcio" y, ello si tenemos en cuenta además los criterios tan amplios de competencia judicial internacional de nuestros tribunales otorgados por el ya citado Reglamento Comunitario. Hemos de tener en cuenta además que, aunque el artículo 32 de la Constitución se refiera a la separación y disolución del matrimonio³², ello no significa que establezca un derecho al divorcio, sino que lo que en realidad está determinando es la posibilidad de que estos extremos se regulen por la ley³³, de manera que, a mi juicio, el legislador ha caído en el error de favorecer situaciones que no tienen cabida al amparo del espíritu que impregna nuestro sistema de Derecho internacional privado, toda vez que nos vamos a encontrar con decisiones judiciales claudicantes que no se justifican, por ejemplo, sobre la base de la observancia del orden público internacional español, del reconocimiento de los derechos fundamentales de las partes, etc.

Por otra parte y, como ha sido puesto de relieve por algunos autores³⁴, este precepto conlleva ciertas lagunas legales que no son resueltas por el mismo. Así, éste será el supuesto en el que los cónyuges tengan distinta nacionalidad, no siendo ninguna de ellas la de un Estado miembro y que residan habitualmente en España, pero comenzada la crisis matrimonial cada uno de ellos decide volver a su país de origen y de común acuerdo presentan la demanda de separación ante los tribunales españoles, al ser éste el último lugar de la residencia habitual común del matrimonio. Los tribunales españoles serán competentes a tenor de la sumisión expresa de las partes, foro de competencia que se contempla en el artículo 22.3 de la LOPJ, el cual será aplicable a tenor del artículo 8 del Reglamento Comunitario. Llegado el momento de determinar la ley aplicable al fondo del asunto, ya que las conexiones del párrafo primero del artículo 107 no resultan aplicables al no concurrir ninguna de ellas en el supuesto, al no residir en España ninguno de los cónyuges, ni tener tampoco ninguno de ellos la nacionalidad española, no procedería el pronunciamiento de nuestros tri-

³⁰ Sobre el Reglamento, vid. con carácter general RODRIGUEZ PINEAU, E. "El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental". *Rev. La Ley Unión Europea*, núm. 5944 (2004), pp. 1-7. CAMPUZANO DÍAZ, B. "El régimen comunitario de competencia judicial internacional", en *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*. ob. col. dir. por M. Aguilar Benítez de Lugo, Sevilla, 2002, pp. 77 y ss. PALAU MORENO, G. "La separación y el divorcio de extranjeros en España...ob. cit. pp. 550-553. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Crisis matrimoniales y dispersión del pleito", *Globalización y derecho*, ob. col. dir. por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, Madrid, 2002, pp. 219-222. JIMENEZ SANCHEZ, M.A. "Procesos civiles de divorcio en la U.E.: El nuevo reglamento comunitario 1347/2000, repercusión y nuestro actual sistema", *Mundialización y familia*, dir. por A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel, Madrid, 2001, pp. 241-293. GARAU SOBRINO, F. "Ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes", en *El derecho de familia*, pp. 399-409.

³¹ Vid. *supra*

³² El precepto establece en su párrafo segundo que: "La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

³³ Sobre esta cuestión vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., "La ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado español", *Boletín de Información de Ministerio de Justicia*, núm. 1566 (1990), pp. 2627-2641. ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, p. 238.

³⁴ Esta cuestión es puesta de relieve por DIAGO DIAGO, M.P. "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en *El derecho de familia...*, p. 287 y por CAMPUZANO DÍAZ, B., "Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil", en *El derecho de familia...*, p. 188, las cuales siguen a CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Crisis matrimoniales", en AA.VV., *Derecho internacional privado*, Vol. II, Madrid, 2003, p. 158.

bunales sobre la separación o el divorcio, ya que el precepto no establece la solución a adoptar.

En el segundo supuesto; esto es, en el apartado b), parece que la aplicación de la ley española se ha de hacer de forma automática cuando los cónyuges presenten la demanda de divorcio o separación ante los tribunales españoles de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro incluso, como apunta B. Campuzano Díaz, aún cuando no sea ésta la voluntad de los cónyuges³⁵, interpretación que no queda avalada por el objetivo de la reforma, pero que si lo está a tenor de su tramitación parlamentaria, toda vez que el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda poniendo de manifiesto este extremo y la misma no fue aceptada³⁶. Precisamente esta es la interpretación que realiza M.P. Diago Diago³⁷, al entender que este apartado constituye un espacio idóneo para que los cónyuges ejerciten la autonomía de la voluntad, ya que podrán elegir en su demanda la aplicación de la ley española y no la aplicación de la ley nacional común o de la residencia habitual común si presentan la demanda de mutuo acuerdo ante los tribunales españoles. No obstante esta interpretación, hemos de señalar que esta puntualización no fue aceptada en la tramitación de la ley³⁸, de manera que hemos de concluir que el precepto puede conducir a errores en cuanto a su aplicación, ya que el intérprete jurídico puede deducir de su tenor que la aplicación del derecho español es obligatoria en este supuesto y no queda a la elección de las partes.

En el tercer supuesto; es decir, en el apartado c), se instituye, además del *favor divorci* nuevamente, la excepción de orden público internacional en su efecto positivo; es decir, se sustituye la ley extranjera que es discriminatoria o contraria al orden público internacional español, por la aplicación de la ley española. De manera que nos encontramos ante una «cláusula especial de orden público», las cuales obligan al aplicador del derecho a tener en consideración esta institución en una materia y circunstancias determinadas, ya que la excepción de orden público internacional presenta un carácter general, de forma que insta al juez a tener

la presente en estos supuestos en concreto³⁹. No obstante, el establecimiento de este supuesto ha sido duramente criticado por algunos autores⁴⁰ al entender que si, como describe el Defensor del Pueblo en su recomendación en nuestro sistema se aplican normas extranjeras contrarias al orden público, tal vez la atención del legislador se debería de centrar en el mecanismo del artículo 12.3 del C.c. y no abordar de forma individualizada cada uno de los ámbitos en los que esta excepción no es observada. A mayor abundamiento lo que verdaderamente resulta preocupante es que los jueces españoles muestren dudas respecto de los derechos fundamentales de la mujer. Si ello es así y nuestros juzgadores no conocen el contenido del orden público internacional en materia matrimonial, lo más lógico sería acudir al Tribunal Constitucional para que éste proceda a su delimitación.

Lo cierto es que, como ha sido constatado por el Defensor del Pueblo y así lo pone de manifiesto en su recomendación, es que la actuación de los tribunales españoles es muy variada en este sentido y que sus decisiones han lesionado en numerosas ocasiones los derechos fundamentales de las mujeres al aplicar una ley que es contraria a la excepción de orden público internacional español al ser discriminatoria para la mujer⁴¹, precisamente la aplicación de esta ley discriminatoria es lo que ha motivado que esta Institución se dirija al Ministro de Justicia.

A mi juicio, la reforma del artículo 107 del C.c. se ha basado en ciertas tendencias del Derecho internacional privado comparado, las cuales conducen a la aplicación de la *lex fori* cuando el derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto no reconoce el divorcio y la separación o lo hacen de una forma discriminatoria. Así, la Ley Suiza de Derecho internacional privado de 1987 establece que: "Mientras el Derecho nacional extranjero común no permita la disolución del matrimonio o lo someta a condiciones extraordinariamente severas, el derecho suizo es aplicable si uno de los esposos es igualmente suizo o si uno de ellos reside desde hace dos años en Suiza". En Francia existe una propuesta presentada ante la Asamblea Nacional para com-

³⁵ CAMPUZANO DÍAZ, B., Consideraciones acerca de la reforma del art. 107...ob. cit., p. 190.

³⁶ Esta enmienda (la num. 189), fue justificada por el Grupo Parlamentario Socialista indicando que «La letra b) del apartado 2 del texto del Proyecto lleva en realidad al absurdo de que a los cónyuges extranjeros que presenten solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo se les imponga el derecho español, lo que no tiene sentido, ni se justifica ni es congruente con el apartado 2 del artículo». *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A; Proyecto de ley 13 de mayo de 2003, Num. 136-8, Enmienda, p. 90.

³⁷ DIAGO DIAGO, M.P. «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad...ob. cit. p. 291. La autora indica que la aplicación de la ley española puede conducir a que el divorcio y la separación se rijan por una ley que ya nada tiene que ver con el matrimonio, como sería el supuesto de una pareja de italianos con residencia habitual en Italia y que tras la ruptura de la relación uno de los cónyuges se traslada a España y sitúa aquí su residencia habitual. Al cabo de un año deciden interponer de mutuo acuerdo la demanda de divorcio ante los tribunales españoles, dándose el caso de que se aplicará al fondo la ley española, ley con la cual no ha tenido ninguna vinculación el matrimonio.

³⁸ En la enmienda anteriormente comentada presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, se solicitaba que el texto indicara lo siguiente: «En todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en el momento de la presentación de la demanda si...b) Lo solicitan ambos cónyuges en la demanda presentada de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro».

³⁹ Vid. sobre este tipo de cláusula y su función, QUIRONES ESCÁMEZ, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, ob. cit. p. 55.

⁴⁰ JUAREZ PÉREZ, P. «Hacia un derecho internacional privado intercultural...ob. cit. pp. 341 y 342. En el mismo sentido DIAGO DIAGO, M.P. «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales...ob. cit. p. 288, la cual indica que la referencia al orden público debería ser suprimida porque no aporta nada nuevo y, sin embargo introduce una gran dosis de inseguridad.

⁴¹ En su recomendación el Defensor del Pueblo pone de manifiesto como algunos juzgados han rechazado la demanda de divorcio o separación de mujeres marroques al considerar que la ley nacional común aplicable por mandato del anterior artículo art. 107 del C.c. no posibilitaba su admisión, sin considerar siquiera si la aplicación de esta normativa era contraria al orden público internacional español. Lo cierto es que contamos con una jurisprudencia menor en la que la ignorancia del funcionamiento de esta excepción es generalizada; sin embargo su observancia por parte de la jurisprudencia mayor suele ser correcta. El inconveniente radica en que son los menos los casos que llegan ante estas instancias superiores, de manera que el perjuicio para la mujer es evidente y, habida cuenta de la lentitud de los procedimientos cuando los tribunales conocen de los recursos es probable que haya pasado demasiado tiempo desde que la mujer comenzó a litigar.

pletar el artículo 310 del C.c., la cual establece que se aplicará la ley francesa "...cuando la ley extranjera competente reserve la iniciativa del divorcio o la separación al cónyuge de sexo masculino o de manera general comporte disposiciones contrarias a la igualdad de los derechos entre los esposos y en sus relaciones con respecto de los hijos en la disolución del matrimonio"⁴².

Todas estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que hubiera sido suficiente para evitar las discriminaciones sufridas por la mujer, que el precepto en su reforma hubiera consagrado la autonomía de la voluntad tal y como había indicado el Defensor del Pueblo en su recomendación; eso sí, la norma tendría que haber dejado claro que la elección entre la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual tendría que efectuarse necesariamente por la parte demandante, la cual en la mayoría de los casos será la mujer, para evitar imposiciones del hombre, el cual es la parte más fuerte en este tipo de relaciones, si la elección la realizara el hombre y la ley elegida por el mismo fuera discriminatoria en relación con la mujer, bastaría su inaplicación por los tribunales españoles al ser contraria al orden público internacional español.

Esta había sido la reforma anteriormente reivindicado por la doctrina⁴³, siendo ésta además una de las orientaciones mantenidas por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, la cual se dirige a ofrecer una opción limitada de leyes a las partes y, en defecto de elección, una norma de conflicto con conexiones en cascada⁴⁴. Esta constituye también una tendencia de la regulación de la separación y el divorcio en Derecho internacional privado comparado. Así, en la reforma legislativa llevada a cabo en los Países Bajos en 1981 se introdujo la posibilidad de optar por la aplicación de la ley holandesa con independencia de la nacionalidad de las partes y del lugar de su residencia habitual⁴⁵.

Con la reforma del artículo 107 del Código civil se posibilita que las mujeres de religión musulmana se puedan divorciar o separar de acuerdo con la ley española; sin embargo, las críticas a esta modificación se centran también en la previsible existencia de resoluciones claudicantes desde el momento en que esta resolución dictada por los tribunales españoles no va a gozar de reconocimiento ni eficacia en el país de origen de la mujer, ya que, según la normativa de los Estados musulmanes, el estatuto personal se rige por la ley nacional de la persona, la cual es irrenunciable, considerándose que el no acatamiento de esta ley supone como una especie de apostasía, lo que desemboca en la negación

de la personalidad jurídica del individuo, o lo que es lo mismo, en una especie de muerte civil. La nacionalidad en los países del Magreb no se pierde nunca y sus ciudadanos han de actuar conforme a la misma. De esta forma nos vamos a encontrar con situaciones en las que una mujer musulmana va a estar divorciada desde la óptica de nuestro sistema jurídico, pero va a permanecer casada desde el punto de vista del Estado de su nacionalidad. No podemos negar la serie de inconvenientes que esta situación va a conllevar, pero sin embargo, tenemos que argumentar en su favor que cuando una mujer musulmana decide divorciarse según la ley española y recurrir ante nuestros tribunales es porque implícitamente está dispuesta a asumir este riesgo y, porque entre otras cosas, desea que su marido cumpla con las obligaciones que el Ordenamiento Jurídico español le impone como consecuencia del divorcio, (pensión de alimentos, asignación de la vivienda, guarda y custodia de los hijos comunes, pensión compensatoria etc.) aparte de la posibilidad que entraña el ser actora de una acción de separación o divorcio cuando la convivencia se hace insostenible como consecuencia del trato de primacía del que goza el hombre, malos tratos, sevicias, etc. La mujer musulmana que decide divorciarse de acuerdo con la ley española, por lo general, no tiene un proyecto de regreso a su país de origen, muy al contrario, en la mayoría de los casos su intención es permanecer en España reanudar aquí su vida; por lo tanto, poco le importa que este divorcio no se reconozca en su país de origen. Por otro lado, si la mujer cuenta con una sentencia de divorcio va a poder gozar de las ayudas y subvenciones que, tanto el Estado Central, como las Comunidades Autónomas tienen previstas para esta serie de situaciones, como prioridad en el acceso a puestos de trabajo, ayudas por hijos para guarderías, estudios, libros, etc. viviendas de alquiler de protección oficial, etc.

5. CONCLUSIONES

Este recorrido a través de la reforma del artículo 107 nos ha servido para poner de manifiesto que nuevamente el legislador español ha perdido la oportunidad de adecuar el sistema de Derecho internacional privado a las demandas realizadas por la sociedad y a las exigencias para atender los nuevos retos que se plantean en nuestro Estado como consecuencia de la formación de una sociedad multicultural, la cual reclama un respeto a su cultura de origen, derecho, tradiciones, etc. pero a la vez pretende la integración en nuestro sistema, lo cual se logra, entre otros medios, posibilitando la penetración de la autonomía de la

⁴² Esta propuesta no ha prosperado. Vid. Comentario por LESTREYRES, M-H. "Le divorce en Droit international privé français (article 310 de Code civil)", en *El derecho de familia...* pp. 531-546.

⁴³ ABARCA JUNCO, P., «La regulación de la sociedad multicultural», en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, coordinado por A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel, Madrid, 2000, p. 169. BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Crisis matrimoniales...» ob.cit. pp. 121 y ss.

⁴⁴ Vid. Resumen de la última reunión de este grupo realizada por J.D. González Campos y A. Borrás Rodríguez, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002/2, pp. 1066 a 1068, esp. p. 1068. Los trabajos de este Grupo también se pueden consultar en la pag. Web. <http://www.dr.ucl.ac.be/gedip>

⁴⁵ ENTZINGER, H., "L'immigrationaux Pays-Bas du pluriculturalisme à l'intégration", en *Racisme et modernité*, ed. por M. Wiewiorka, Paris, 1993, pp. 400-415.

⁴⁶ Con el establecimiento de la ley española como ley aplicable a la separación y al divorcio, "en todo caso" se puede llegar a fomentar el turismo divorcista, lo cual, entre otras cosas, está al alcance de muy pocos. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley*, Granada, 2000, pp. 218 y 219.

