

**UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**FACULTAT DE DRET**

**DEPARTAMENT DE DRET I ECONOMIA INTERNACIONALS**

**ELS LITIGIS EN L'ÀMBIT DEL DRET DE FAMÍLIA  
QUAN INTERVENEN ELEMENTS D'ESTRANGERIA: EL  
CAS DELS MAGRIBINS**

Tesi doctoral presentada per  
ANNA M<sup>a</sup> VIDAL i CARDONA  
sota la direcció del Professor Doctor  
JOAQUIM-JOAN FORNER DELAYGUA

**Estudi a partir de la pràctica professional en el partit  
judicial de Mataró (1995-2005)**

# ÍNDIX

LLISTA D'ABREVIATURES .....	15
-----------------------------	----

INTRODUCCIÓ: La realitat social que fonamenta la necessitat de discussió d'aquesta problemàtica.....	16
--	----

<b>I - LA JUSTIFICACIÓ DE LA NECESSITAT D'ABORDAR DES D'UNA PERSPECIVA PRÀCTICA EL TRACTAMENT DELS LITIGIS DE FAMÍLIA ON INTERVENEN MAGRIBINS.</b>
--

1.- La valoració de les dades socials generals a partir de l'experiència pràctica del partit judicial de Mataró .....	26
---	----

A.- Les estadístiques de població com a substrat bàsic del gran abast social de la problemàtica. ....	27
---	----

a.1 <u>Presència magribina</u> .....	27
--------------------------------------	----

    Municipis amb menys de 7.000 habitants:

Teià, Órrius, Dosrius, Cabrera de Mar, Sant Vicenç de Montalt, Caldes d'Estrac, Cabrils.....	35
---	----

    Municipis d'entre 7.000 i 10.000 habitants:

Alella, Tiana, Vilassar de Dalt, Premià de Dalt, Sant Andreu de Llavaneres .....	37
---	----

    Municipis amb més de 10.000 habitants:

Vilassar de Mar, El Masnou, Premià de Mar.....	38
--	----

La ciutat de Mataró .....	40
---------------------------	----

a.2 <u>La radiografia social</u> .....	42
--	----

B.- Exemplificació de la realitat social: dades de processos judicials instats per magribins en el partit judicial de Mataró.....	48
---	----

C.- L'anàlisi de casos reals, valoracions generals i constatació sobre el terreny de les percepcions globals (1995-2005).....	54
---	----

a) Característiques personals i familiars dels litigants.....	56
---	----

b) Peticions jurídiques formulades.....	58
---	----

c) Cronologia: .....	59
----------------------	----

        • 1998-1999

        • 2000-2001

        • 2002-2003

        • 2004-2005

d) Utilització del dret d'assistència jurídica gratuïta.....	60
--	----

e) Propostes jurisprudencials .....	60
-------------------------------------	----

        Competència judicial

        Llei aplicable i acreditació del dret estranger.

f) Existència de procediments paral·lels als països d'origen.....	62
---	----

g) Sol·licitud d'execució de la sentència espanyola al país d'origen.....	62
---	----

<b>2.- La dificultat d'identificar els conceptes bàsics en el plantejament inicial dels litigis familiars en què intervenen magribinns. ....</b>	<b>63</b>
--	-----------

<b>II- PRINCIPALS PROBLEMÀTIQUES EN LA DETERMINACIÓ DELS TRIBUNALS COMPETENTS EN ELS LITIGIS DE FAMÍLIA EN QUÈ INTERVENEN MAGRIBINS.</b>
--

<b>1.- L'encaix del reglament comunitari 1347/2000 del consell de 29 de maig i del reglament comunitari 2201/2003 del consell de 27 de desembre de 2003, en el sistema normatiu de competència judicial.....</b>	<b>74</b>
--	-----------

<b>2.- La reformulació de les normes de competència judicial en el Reglament 2201/2003 del Consell de 27 de desembre de 2003. ....</b>	<b>80</b>
--	-----------

El manteniment de furs alternatius en el cas de divorci, separació judicial i nul·litat matrimonial .....	80
---	----

El nou enfocament normativa sobre competència judicial en la matèria de responsabilitat parental .....	81
--	----

<b>3.- El manteniment de l'aplicació del Reglament 44/2001 de 22 de desembre a les reclamacions d'aliments en el sí d'un trencament matrimonial.....</b>	<b>87</b>
--	-----------

<b>4.- Aplicabilitat dels Reglaments a les mesures prèvies i coetànies a la demanda i a les mesures cautelar .....</b>	<b>92</b>
--	-----------

<b>5.- Problemàtiques en la determinació de la competència dels tribunals espanyols a la llum dels reglaments comunitaris.....</b>	<b>94</b>
--	-----------

<b>A.</b> Litigis familiars mixtos: la presència de litigants comunitaris extracomunitaris en un mateix litigi. ....	94
--	----

<b>B.</b> Els supòsits dubtosos de l'atribució de la competència als tribunals espanyols per aplicació dels reglaments comunitaris: .....	103
---	-----

<b>b.1</b> <u>Domicili desconegut del demandat.</u> ....	103
--	-----

<b>b.2</b> <u>Supòsits de demandat no resident a Espanya</u> .....	109
--	-----

<b>6.- L'aportació dels convenis bilaterals amb els països magribins en la determinació de la competència dels tribunals espanyols.....</b>	<b>113</b>
---	------------

<b>A.</b> La inexistència de disposicions específiques sobre competència judicial en els convenis amb Marroc de 30-05-1997.....	113
---	-----

<b>B.</b> L'establiment de criteris més restrictius sobre competència judicial en el Conveni bilateral amb Tunísia de 24-09-2001 .....	114
--	-----

<b>C.</b> Breu referència al Conveni bilateral amb Algèria de 24-02-2005: la via intermèdia .....	120
---	-----

<b>7.- Necessitat d'una nova anàlisi de l'encaix i utilització de la Llei Orgànica del Poder Judicial (LOPJ) en el sistema de competència judicial internacional.....</b>	121
a) L'àmbit d'aplicació.....	121
b) Els furs generals de la LOPJ.....	121
c) Els furs especials de la LOPJ.....	123
<b>8.- Dificultats pràctiques en l'aplicació del sistema de competència judicial descrit: .....</b>	128
A. La poca activitat judicial dedicada a la comprovació d'ofici de la competència per part dels tribunals espanyols.....	128
B. La dificultat d'apreciació de supòsits de litispèndia internacional en els casos de procediments paral·lels instats per magribins als països d'origen.....	136
C. Les dificultats per a posar en pràctica les previsions sobre la substracció internacional de menors amb els litigants extracomunitaris com els magribin .....	151

<b>III.-PROBLEMÀTIQUES BÀSIQUES QUE ES          PRODUEIXEN EN L'ACCÈS DELS MAGRIBINS ALS          TRIBUNALS ESPANYOLS</b>
---

<b>1.- L'abast de l'ampliació de l'àmbit personal del dret d'assistència jurídica gratuïta als ciutadans magribins en situació de residència il·legal a Espanya. ....</b>	153
A. El dret a l'assistència jurídica gratuïta i la seva evolució en el reconeixement a favor dels estrangers.....	154
B. La qüestió de la constitucionalitat de l'article 2 a) de la llei 1/1996 de 10 de gener .....	156
<b>2. La insuficiència del contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta en els procediments de família on intervenen magribins .....</b>	159
<b>3.- Repercussions de les normes supranacionals i dels convenis internacionals d'accés a la justícia en el cas dels magribins residents a Espanya en l'àmbit d'un procediment de família. ....</b>	164
A. Menció a la Directiva comunitària 2002/8 CE del Consell de 27 de gener....	164
<b>a.1 Elements de la Directiva comunitària 2002/8:.....</b>	164
Àmbit d'aplicació personal del dret a la justícia gratuïta .....	164
Contingut material de dret de la justícia gratuïta .....	165
Procediment .....	165

<b>a.2</b> <u>Les modificacions que introdueix la llei 16/2005 de 18 juliol</u> .....	166
<b>B.</b> Règim convencional de l'assistència jurídica gratuïta .....	167
<b>b.1</b> <u>Convenis amb el Marroc de 30-05-1997</u> .....	174
<b>b.2</b> <u>Acords Internacionals amb Tunísia</u> .....	178
<b>b.2.1</b> Tractat d'amistat, bon veïnatge i cooperació amb la Comunitat Europea de 26-10-1995 (BOE de 9-1-1997) .....	179
<b>b.2.2</b> Conveni entre Espanya i Tunísia sobre assistència judicial en matèria civil i mercantil i reconeixement i execució de resolucions judicials de 24-09-2001 (BOE 1-03-2003) .....	179
<b>b.3</b> <u>Breu referència al conveni amb Algèria de 25-02-2005</u> .....	181
<b>4.- Les dificultats d'actuació pràctica dels professionals del torn d'ofici davant la necessitat d'especialització i de coneixements extrajurídics.....</b>	<b>182</b>

<p><b>IV.- PRINCIPALS PROBLEMÀTIQUES EN LA DETERMINACIO DE LA LLEI APLICABLE EN ELS LITIGIS DE FAMILIA EN ELS QUE INTERVENEN MAGRIBINS.</b></p>
---

<b>1.- El primer pas: anàlisi de la lleis magribines que poden resultar aplicables en els litigis de família. ....</b>	<b>199</b>
<b>A.- Necessitat d'una aproximació a l'anomenat dret islàmic.....</b>	<b>199</b>
<b>a.1</b> <u>El concepte de dret islàmic</u> .....	200
<b>a.2</b> <u>Les fonts del dret islàmic.</u> .....	203
<b>a.2.1</b> <b>Les fonts principals:</b> .....	204
<b>L'Alcorà</b> .....	204
<b>La Sunna</b> .....	207
<b>L'Ijmà</b> .....	208
<b>El Qiyàs</b> .....	208
<b>a.2.2</b> <b>Les fonts secundàries o espontànies</b> .....	209
<b>a.2.3</b> <b>El Quanoun</b> .....	210
<b>a.3</b> <u>L'evolució històrica i jurídica del dret islàmic.</u> .....	211
<b>a.4</b> <u>Les escoles jurídiques</u> .....	216
<b>L'escola Malikita</b> .....	216
<b>L'escola Hanafita</b> .....	217
<b>L'escola Xafiïta</b> .....	217
<b>L'escola hanbalita</b> .....	217
<b>a.5</b> <u>Els diferents "islams"</u> .....	218
<b>B) L'anàlisi del dret islàmic des de la perspectiva occidental.....</b>	<b>219</b>

<b>2.- El necessari tractament multidisciplinar en l'estudi de les relacions familiars entre ciutadans provinents del Magrib.</b> .....	225
<b>A. La realitat social dels països d'origen i la seva lenta transformació</b> .....	225
<b>Algèria.</b> .....	226
<b>El Marroc.</b> .....	229
<b>Tunísia.</b> .....	234
<b>B. El manteniment del concepte de família tradicional entre els magribins com a substrat de fons dels procediments de família.</b> .....	238
<b>b.1 <u>La classificació de les dones en funció del seu estat civil:</u></b> .....	244
<b>Les solteres</b> .....	244
<b>Les casades</b> .....	250
<b>Les divorciades</b> .....	257
<b>b.2 <u>El paper de la religió.</u></b> .....	264
<b>b.3 <u>El matrimoni alcorànic i els seus elements constitutius</u></b> .....	268
<b>L'habilitat dels contraents</b> .....	269
<b>El consentiment matrimonial</b> .....	270
<b>La forma de prestar el consentiment</b> .....	271
<b>El dot</b> .....	271
<b>b.4 <u>Les relacions familiars tradicionals recollides legalment.</u></b> .....	
<b>b.5 <u>Els efectes econòmics del matrimoni tradicional</u></b> .....	274
<b>b.6 <u>Les causes tradicionals de dissolució del matrimoni alcorànic</u></b> .....	274
<b>b.7 <u>La filiació</u></b> .....	277
<b>b.8 <u>Els drets i deures envers els fills :</u></b> .....	278
<b>La hadanna</b> .....	278
<b>La tutela</b> .....	278
<b>C. Anàlisi evolutiva de les legislacions en matèria de dret de família als països del Magrib:</b> .....	279
<b>c.1 <u>Exemples de recolzament legal al concepte tradicional de família en les legislacions magribines:</u></b> .....	282
<b>c.1.1 La regulació del matrimoni i la família dins el Codi Civil d'Algèria</b> .....	282
<b>c.1.2 La regulació de matrimoni i la família dintre del codi de l'estatut personal marroquí (la Mudawana), anterior a la reforma del 2004 ....</b>	283
<b>c.2 <u>Anàlisi detallada i comparativa de les normatives tradicionals del Marroc i Algèria:</u></b> .....	285
<b>c.2.1 La figura del matrimoni</b> .....	285
<b><u>Formació del vincle conjugal</u></b> .....	285
<b>L'edat mínima per contraure matrimoni.</b> .....	286

La incapacitat de la dona per concloure ella sola el matrimoni i la figura del <i>wali</i> .	287
Els impediments per contraure matrimoni:	290
<u>El parentesc i l'alletament.</u>	290
<u>L'impediment per disparitat de culta referit només a la dona</u>	291
<u>El manteniment de la poligàmia.</u>	293
El dot	295
La possibilitat d'introduir clàusules especials en el moment de contraure matrimoni	296
La necessitat d'igualtat entre els contraents	297
<b><u>La relació entre els cònjuges durant la vida matrimonial</u></b>	297
Les relacions personals.	297
Les relacions econòmiques.	300
<b><u>La ruptura del vincle matrimonial</u></b>	301
Les causes de dissolució del vincle.	302
<u>El repudi.</u>	302
<u>El repudi per compensació.</u>	304
<u>El divorci judicial: per malaltia incurable, per violació de l'obligació de manutenció per part del marit, per sevícia, per absència del marit, per jurament de continència.</u>	304
<u>El divorci consensual</u>	307
Els efectes de la dissolució del vincle.	307
<b>c.2.2 Anàlisi detallada i comparativa d'altres institucions lligades al dret de família.</b>	310
La filiació	310
La guarda i custòdia.	310
El règim de visites	314
La tutela.	314
El dret d'aliments entre parents.	315
<b><u>c.3 La incorporació de canvis legals en els codis magribins que recullen el dret de família.</u></b>	316
<b>c.3.1</b> El nou text de la Mudawana, recollit a la Llei núm. 03-70 promulgada per Dahir núm. 1-04-22 de 3 de febrer de 2004.	317
<b>c.3.2.</b> La regulació de matrimoni dintre del codi de l'estatut personal de Tunísia.	318
<b>c.3.3</b> Semblances i/o diferències entre la reformada Mudawana marroquí i el Codi d'Estatut Personal de Tunísia.	318
<b>c.3.3.1</b> Anàlisi detallada i comparativa de la figura del matrimoni.	319
<b><u>La formació del vincle conjugal.</u></b>	319
L'edat mínima dels contraents	319



Supressió de la obligatorietat del <i>wali</i> com a tutor matrimonial de la dona.....	320
Els impediments.....	321
<u>La disparitat de culte com a impediment per casar-se.....</u>	321
<u>Limitació estricta de la poligàmia al Marroc i la seva prohibició a Tunísia.....</u>	321
La dot.....	325
Necessitat d'igualtat entre contraents.....	326
La possibilitat d'introduir clàusules especials en el moment de contraure.....	326
Facilitats pels matrimonis de marroquins que se celebrin a l'estranger.....	327
<b><u>La relació dels cònjuges durant la vida matrimonial.</u></b> .....	329
Responsabilitat compartida de la família.....	329
El règim econòmic matrimonial.....	331
<b><u>La ruptura del vincle matrimonial.</u></b> .....	333
Les causes de dissolució del vincle matrimonial al nou text de la Mudawana.....	334
El repudi a la nova Mudawana.....	334
El repudi de la dona per delegació del marit. ....	336
Supressió del repudi com a dret unilateral del marit en el Codi de Tunísia.....	337
<i>Khol</i> o repudi per compensació a la nova Mudawana.....	337
El divorci que recull la nova Mudawana.....	339
<u>Divorci per perjudici o sevícies</u> .....	339
<u>Divorci per falta de manutenció</u> .....	340
<u>Divorci per absència del marit</u> .....	340
<u>Divorci per vici redhibitori</u> .....	340
<u>Divorci per jurament de continència del marit.</u> .....	341
La possibilitat de divorci consensual a la nova Mudawana .....	342
Les causes de divorci al Codi de Tunísia.....	342
Qüestions processals .....	343
Efectes del divorci. ....	345
Els efectes de les sentència de dissolució del matrimoni dictades a l'estranger que recull la Mudawana .....	346
<b>c.3.3.2 Anàlisi comparativa d'altres institucions lligades al dret de família</b> .....	347
La filiació .....	347
Les relacions paternofilials. ....	348
<u>La guarda i custòdia</u> .....	349
Aliments entre parents.....	352
La tutela.....	353
<b><u>c.3.4 Les modificacions introduïdes al Codi de Família d'Algèria l'any 2005</u></b> .....	354
La formació del vincle matrimonial i les relacions dels esposos.....	354
El trencament del vincle matrimonial. ....	355

D. La valoració de la nova Mudawana en l'ordenament jurídic espanyol a partir del seu text legal i la seva incidència en la societat marroquina.....	355
d.1 <u>L'aplicació de la Mudawana en la pràctica diària del Marroc</u> .....	355
d.2 <u>La compatibilitat amb l'ordre públic espanyol</u> .....	357
<b>3.- La determinació de la llei aplicable com a eix principal en els processos de família en els que intervenen magribins.....</b>	<b>361</b>
A. Evolució de la jurisprudència espanyola a partir de l'experiència pràctica al partit judicial de Mataró.....	361
a.1 <u>Aplicació del dret espanyol sense una anàlisi acurada dels supòsits de fet. (principis dels anys 90 i fins l'any 2000)</u> .....	361
a.2 <u>Supòsits de desestimació de la demanda. (2000-2001)</u> .....	372
a.3 <u>Estimació de les pretensions en base a criteris i interpretacions jurídiques amplis. (2001 en endavant)</u> .....	387
B. Anàlisi crítica dels possibles criteris a utilitzar per a la determinació de la llei aplicable i la seva incidència en la pràctica diària.....	397
b.1 <u>La manca de resposta real del criteri tradicional de la nacionalitat de les parts que es plasma en la pràctica diària</u> .....	398
b.2 <u>La manca d'alternativa suficient del criteri de la residència habitual com a resposta pràctica a tots els supòsits</u> .....	408
b.3 <u>La introducció d'opcions per a no aplicar la llei que determina la norma de conflicte</u> .....	410
<b>Excepcions d'ordre públic i la seva dificultat de determinació per part dels tribunals. Anàlisi de la jurisprudència recent a partir dels exemples reals</b> .....	410
<b>Les clàusules especials d'ordre públic com a aplicació pràctica de l'excepció general d'ordre públic</b> .....	421
b.4 <u>La proposta innovadora d'introduir criteris extrajurídics mantenint la normade conflicte i la seva dificultat de dur a terme en el nostre sistema judicial</u> .....	422
b.5 <u>La idoneïtat d'introduir la possibilitat d'elecció de la llei aplicable</u> ....	425
b.6 <u>La proposta de creació d'un Codi musulmà europeu</u> .....	428
C. Sufficiència i adequació de les darreres reformes normatives en el cas espanyol.....	430
c.1 <u>Valoració dels sistema conflictual espanyol</u> .....	430
c.2 <u>Anàlisi i suficiència de la normativa continguda en el Codi Civil</u> .....	431
c.3 <u>L'article 107 del CC. i les seves dificultats d'aplicació abans i després de la reforma de setembre de 2003</u> .....	433

<b>Les demandes de mutu acord sense possibilitat d'escollir la llei aplicable.....</b>	437
<b>La clàusula especial d'excepció d'ordre públic com a suposada resposta en el cas dels litigis amb magribins. ....</b>	442
<b>4.- Necessitat d'adequació de tot el funcionament de la prova del dret estranger en el cas dels litigis de família amb elements d'estrangeria. ....</b>	451
<b>A. Valoració dels diferents mitjans de prova utilitzables .....</b>	461
<b>a.1 <u>La utilització dels criteris tradicionals ja no vàlids en els actuals litigis de família amb elements d'estrangeria.</u> ....</b>	466
<b>a.2 <u>Remissió als mitjans de prova generals per a la prova del dret estranger a la LEC 1/2000 i les seva utilitat pràctica.</u>.....</b>	466
<b>L'interrogatori de les parts.....</b>	466
<b>La prova documental.....</b>	467
<b>Els mecanismes existents en els Convenis Internacionals dels que Espanya és part. ....</b>	470
<b>El dictamen pericial.....</b>	471
<b>La referència a les noves tecnologies.....</b>	475
<b>B. El moment processal oportú per a la prova del dret estranger i la preclusió de la fase probatòria en els litigis de família a partir de la LEC 1/2000.....</b>	477
<b>C. Poca utilització de la capacitat d'actuació de l'òrgan jurisdiccional en detriment dels justiciables .....</b>	480
<b>D. La incidència en la pràctica diària de la doctrina del Tribunal Constitucional en la temàtica de la prova del dret estranger.....</b>	485
<b>E. La incidència en la resolució del cas concret dels diferents criteris que determinen les conseqüències de no haver-se provat el dret estranger.....</b>	494
<b>Diferents solucions possibles davant d'una prova defectuosa del dret estranger. ....</b>	494
1.- Plantejament de la demanda i/o contestació ignorant l'element d'estrangeria i, en conseqüència, fonamentant-la únicament i exclusivament en el dret espanyol. ....	494
2.- Les parts al·leguen en la demanda i/o contestació el dret estranger però no el proven. ....	497
<b>Propostes a la pràctica per a aconseguir una resolució de fons en el cas concret. ....</b>	501

- F. Necessitat de criteris diferents o no, per a l'acreditació del dret estranger per a demanar-ne la seva no aplicació per vulneració de l'ordre públic intern ..... 506
- G. L'experiència concreta en la pràctica del partit judicial de Mataró en matèria de prova de dret estranger en l'àmbit dels litigis de família..... 509

**V.- PROBLEMÀTIQUES BÀSIQUES QUE ES PRODUEIXEN EN L'EXECUCIÓ RECÍPROCA DE SENTÈNCIES EN MATÈRIA DE DRET DE FAMÍLIA**

**1.- Necessitat de delimitació de conceptes. .... 521**

Els efectes constitutius i la inscripció registral. .... 521

L'efecte de cosa jutjada i l'execució dels efectes paternofilials o patrimonials d'una sentència de divorci i/o separació matrimonial..... 524

La sentència estrangera com a document públic..... 527

**2.- Viabilitat pràctica d'execució recíproca de sentències en matèria de família d'acord amb convenis amb Marroc de 30-05-1997. .... 532**

L'execució de les resolucions sobre dret de custòdia i visites: la manca de repercussió real..... 533

Les característiques i mancances del reconeixement i execució de resolucions en matèria de família amb caràcter general ..... 536

Propostes a partir de la pràctica en el reconeixement i execució de les sentències marroquines a Espanya. .... 543

**3.- Anàlisi del Conveni bilateral amb Tunísia de 24-09-2001: facilitat o empitjorament de les condicions per a l'execució recíproca de les sentències en matèria de família?..... 550**

**4.- Les possibilitats d'execució recíproca de les sentències en matèria de família amb Algèria davant la manca de conveni bilateral: ..... 556**

La imprescindible fermesa de la resolució..... 557

La valoració del requisit de l'acció personal i les regles de competència en l'àmbit de les sentències de separació i divorci. .... 558

La rebel·lia i la protecció de les garanties processals: necessitat de criteris restrictius o flexibles. .... 558

Necessitat de controlar la licitud de la obligació i l'ordre públic ..... 561

Els controls formals imprescindibles: l'autenticitat i altres requisits formals..... 561

La desaparició de l'exigència del control de la llei aplicable ..... 563

La comprovació necessària dels respectius processos oberts: la no contradicció de la sentència estrangera amb una sentència espanyola o amb un procés obert a Espanya sobre el mateix. .... 564

**5.- El canvi de situació respecte de les resolucions algerianes a partir del Conveni bilateral 24-02-2005..... 565**

<b>6.- Les sentències de països membres de la Unió Europea en matèria de família que afecten a magribins: aplicació del sistema previst als reglaments comunitaris.</b>	567
Requisits i característiques bàsiques dels Reglaments 1347/2000 i 2202/2003 i el seu funcionament quan els subjectes són magribins.	568
<b>El reconeixement immediat i la força executiva</b>	568
El reconeixement directe	569
La força executiva directe	569
<b>La documentació necessària</b>	570
<b>Traducció i legalització</b>	571
<b>Causas de denegació del reconeixement. 571</b>	
L'excepció d'ordre públic	571
El respecte pels drets de defensa de les parts.	572
Les resolucions inconciliables.	572
<b>Supòsits de denegació específics en els casos de responsabilitat parental</b>	573
<b>L'autoritat competent</b>	573
<b>El Règim transitori dels Reglaments comunitaris</b>	574
Especialitats del Reglament comunitari 44/2001 (Reglament Brussel·les I) aplicable a les resolucions judicials que continguin resolucions sobre aliments, quan afecte als magribins.	579
<b>7.- Possibilitat de que siguin aplicables altres convenis bilaterals o multilaterals.</b>	579
Breu referència al Conveni de la Haia de 1996 en matèria de protecció de menors	580
<b>8.- La especial problemàtica de l'eficàcia a Espanya de figures pròpies del dret de família dels països magribins.</b>	581
<b>A. Els efectes de la poligàmia.</b>	582
<b>B. El reconeixement dels repudis pronunciats a l'estranger.</b>	587
<b>Comprovació de l'autoritat que recull l'acte al país d'origen</b>	588
<b>El respecte de l'ordre públic.</b>	589

## VI.- CONSIDERACIONS FINALS

<b>CONCLUSIONS</b>	592
<b>1.- Increment de magribins residents, organitzats en una estructura familiar.</b>	592
<b>2.- Insuficiència de respostes per part de les solucions tradicionals del Dret Internacional Privat.</b>	593

<b>3.- Necessitat de tractament multidisciplinar.....</b>	<b>593</b>
<b>4.- Respostes i mancances de la legislació actual en matèria de competència judicial internacional. ....</b>	<b>594</b>
Incidència de la normativa comunitària en l'àmbit de la competència judicial internacional.....	594
Coexistència de diferents nivells de producció normativa.....	595
La idoneïtat de la utilització de diferents furs alternatius i de l'ús del criteri de la residència habitual per a la determinació de la competència judicial internacional.....	597
La manca encara d'una bona resposta a les parelles de fet.....	600
Les dificultats derivades de l'apreciació de litispendència i l'efecte de cosa jutjada.....	601
<b>5.- Respostes i mancances de la legislació actual sobre les qüestions de llei aplicable.</b>	
Respecte pels drets i deures de tots els ciutadans, tan els nacionals com els estranger.....	604
El tractament de la llei espanyola com a ordenament jurídic plurilegislatiu .....	604
Flexibilitat, analogia i sentit comú.....	604
Dispersió normativa.....	605
El manteniment de la nacionalitat com a criteri bàsic.....	605
L'anàlisi de les llei materials magribines: consideracions sobre la seva aplicació.....	606
• Qualificació de les figures foranes.....	606
Necessitat detallada de l'apreciació de la vulneració de l'ordre públic espanyol.....	609
• La necessitat d'existència d'una clàusula especial d'ordre públic.....	609
• Figures contràries al nostre ordre públic.....	609
• La possibilitat d'aplicació parcial de la normativa estrangera .....	611
La dificultat de determinar la llei aplicable a les parelles de fet.....	612
<b>6.- Respostes i mancances de la legislació actual en matèria d'acreditació i prova del dret estranger. ....</b>	<b>613</b>
• Els mitjans de prova del dret estranger que s'utilitzen.....	613
• La càrrega de la prova.....	614
• La manca de prova .....	614
<b>7.- Necessitat d'ampliar el contingut material del dret d'assistència jurídica gratuïta per possibilitar una tutela efectiva real amb la legislació vigent. ....</b>	<b>614</b>

<b>8.- Conclusions en matèria de reconeixement i execució de sentències. ....</b>	<b>615</b>
• Cal una bona distinció doctrinal i jurisprudencial del que són els efectes constitutius, els efectes executius i l'efecte de cosa jutjada i l'efecte sobre terceres relacions jurídiques.....	615
a) Requisits necessaris per a fer valer l'excepció de cosa jutjada.....	616
• Necessitat de reconeixement previ d'una sentència d'un país magribí que s'al·lega com a excepció de cosa jutjada en el procediment matrimonial instat a Espanya.....	616
• Possibilitat de reconèixer aquesta sentència en un mateix procediment matrimonial insta a Espanya.....	616
• El control de les actuacions fraudulentés ha de ser contundent i minuciós.....	616
• S'ha d'assegurar sempre i en qualsevol cas l'autenticitat de la resolució i en aquest punt só que s'ha de ser estricte. ....	617
b) Facilitat pel reconeixement i execució de sentències estrangeres quan no es demana com a excepció de cosa jutjada. ....	617
c) Conclusions concretes respecte al reconeixement i execució de resolucions en matèria de responsabilitat parental i aliments.....	619
<b>PROPOSTES DE FUTUR. ....</b>	<b>621</b>
<b>1.- Necessitat de tractament global de les normes de competència judicial i necessitat de posar fi a la dispersió jurisdiccional.....</b>	<b>621</b>
<b>2.- Propostes normatives en l'àmbit de la competència judicial internacional.....</b>	<b>625</b>
<b>3.- Necessitat de l'establiment d'una normativa clara en matèria de litispèndència internacional. ....</b>	<b>625</b>
<b>4.- Criteris orientadors de les propostes normatives en l'àmbit de la llei aplicable .....</b>	<b>626</b>
<b>5.- Propostes concretes de canvis legislatius respecte de la llei aplicable a les separacions o divorcis i altres figures que suposin la dissolució del vincle o la separació legal dels esposos.....</b>	<b>628</b>
Llei aplicable a la separació o dissolució matrimonial que es produeix de mutu acord.....	628
Llei aplicable a la separació o dissolució matrimonial contenciosa .....	629
Llei aplicable a les mesures prèvies urgents i a les coetànies.....	633
La llei aplicable als efectes de la separació o dissolució matrimonial.....	633
Llei aplicable als litigis de família derivats del trencament de parelles de fet.....	634
La necessitat d'introducció de criteris extrajurídics com a tancament del sistema de determinació de la llei aplicable proposat. ....	635

<b>6.- El més necessari: un canvi en el tractament legal i pràctic de la prova del dret estranger. ....</b>	<b>637</b>
Necessitat d'introduir canvis legislatius en la càrrega de la prova .....	637
La creació de nous instruments de prova del dret estranger .....	638
La creació d'un organisme consultiu que aglutinés la prova del dret estranger.....	639
Admetre mitjans de prova amplis per a determinar l'aplicació del text legal estranger en la realitat social .....	640
<b>7.- Necessitat d'aplicar el contingut material del dret d'assistència jurídica gratuïta per a possibilitar una tutela judicial efectiva.....</b>	<b>641</b>
a) Necessitat de sistemes de traducció de documentació a cost reduït.....	641
b) Necessitat de mecanismes sota el dret d'assistència jurídica gratuïta per a aportar al plet la prova del dret estranger .....	642
<b>8.- Propostes necessàries en l'àmbit del reconeixement i execució. ....</b>	<b>643</b>
<b>9.- Actuació analògica i imaginativa necessària dels operadors jurídics sense produir-se canvis legislatius.....</b>	<b>644</b>
<b>10.- Qüestions generals necessàries d'abordar respecte dels procediments familiars entre magribins .....</b>	<b>645</b>
Presència d'aquestes idees a l'hora d'elaborar normativa comunitària i en la subscripció de convenis internacionals. ....	645
Propostes a la pràctica.....	646
•Necessitat de la creació de torns especials dintre del torn matrimonial amb coordinació del torn de violència domèstica.....	646
•Formació continuada dels professionals i operadors jurídics.....	647
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>648</b>
<b>ANNEXOS .....</b>	<b>690</b>
<b>ANNEX 1: GRÀFICS:</b>	
Gràfics de població.....	691
Gràfics del Torn d'ofici.....	711
Gràfics dels casos pràctics.....	712
<b>ANNEX 2: QUADRE DE CASOS PRÀCTICS ANALITZATS .....</b>	<b>713</b>
<b>ANNEX 3:RECUILL DE JURISPRUDÈNCI(presentada en format CD adjunt) ....</b>	<b>727</b>



## LLISTA D'ABREVIATURES

AAP	Auto de l'Audiència Provincial
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AP	Audiència Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Suprem
Az.	Aranzadi (repertori de jurisprudència)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CARIM	Consortio Euromediterráneo para la Investigación Aplicada sobre la Migración Internacional
CC.	Codi Civil espanyol
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOCE	Diari Oficial de la Comunitat Europea
DOUE	Diari Oficial de la Unió Europea
DRGN	Dirección General de los Registros y Notariado
Ed.	editorial
ICAB	Il.ustre Col.legi d'Advocats de Barcelona
IEMed	Institut Europeu de la Mediterrània
J.D.I.	Journal del Droit International
LEC	Llei d'Enjudiciament Civil
LO	Llei Orgànica
LOPJ	Llei Orgànica del Poder Judicial
pàg.	pàgina
PPU	Publicacions Universitarias
RDGRN	resolució de la Direcció General dels Registres i Notariat.
ref.	referència
Rev.	revue
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé
SAP	Sentència de l'Audiència Provincial
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
STS	Sentència del Tribunal Suprem
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
UE	Unió Europea
Vol.	volum
VV.AA.	varis autors

## INTRODUCCIÓ:

### **La realitat social que fonamenta la necessitat de discussió d'aquesta problemàtica.**

En la darrera dècada la radiografia de la població espanyola ha variat sensiblement amb la incorporació de ciutadans estrangers que s'han instal·lat a viure de manera permanent al nostre país. Aquest canvi de la població ha comportat alhora un canvi de la societat espanyola, que ha acabat per enterrar aquella societat tancada que ens havia deixat els anys de la dictadura. Catalunya també ha patit aquesta transformació, per bé que tradicionalment hagi estat una terra d'encreuaments i que, al llarg dels anys, hagi viscut diferents immigracions foranes que han acabat de configurar la nostra població tal i com és. Potser per aquest motiu ja Cervantes en el seu *Quijote* es referia a Barcelona com *albergue de los extranjeros*<sup>1</sup> i el model de creixement demogràfic català establert per Anna Cabré<sup>2</sup> es basa precisament en la incorporació constant de ciutadans forans.

Malgrat aquesta certa experiència catalana en la recepció de la immigració, el cert és que els *altres catalans*<sup>3</sup> que ara truquen a les nostres portes porten un bagatge cultural diferent del nostre, que ha fet aflorar les reaccions més visceralment de rebuig i, de manera més generalitzada, una sensació de desconfiança al desconegut. Sovint aquesta diferència cultural aflora en les qüestions més personals, com la religió o la família, perquè, a més, en un món globalitzat com el nostre aquests espais són els que es veuen com a últim reducte de la identitat personal i sovint també nacional. Així, ja en els països d'origen es considera que s'ha de mantenir l'estructura tradicional de la família, mentre conviuen amb els productes multinacionals i fins i tot els assimilen i somien amb abastar el desenvolupament tecnològic i el consum desmesurat que després troben a la societat d'acollida. La caiguda del mur de Berlín, la desaparició del bloc socialista i el triomf del capitalisme, fa que el sistema econòmic rara vegada sigui ja motiu

---

<sup>1</sup> Miguel de Cervantes. *Don Quijote de la Mancha*. Edició de Martín de Riquer. Editorial Planeta 1980. Pag 1124.

<sup>2</sup> CABRE, A. *El sistema català de reproducció*. Col. La mirada social; sèrie Mare Nostrum. Editorial Proa. 1999.

<sup>3</sup> Utilitzant la terminologia de Francesc Candel per a referir-se a les onades d'immigració que ha rebut Catalunya i especialment a la viscuda des de finals dels anys cinquanta i seixanta del segle passat. CANDEL, F. *Els altres catalans*. Col·lecció A l'abast. 13. Primera edició març de 1964. Sobre aquest mateix tema i referint-se a les noves onades d'immigració estrangera s'ha fet una nova revisió del tema l'any 2001 per part del mateix autor acompanyat per Josep Maria Cuenca que ha donat com a resultat el llibre: *Els altres catalans del segle XXI*, CANDEL, F. CUENCA, J. M. Editorial Planeta 2001.

d'enfrontament i, en canvi, s'hagin potenciat les confrontacions sota els estàndards de la religió i la preservació de la pròpia identitat, per mantenir així l'existència d'un enemic del que cal defensar-se.<sup>4</sup>

L'àmbit del dret no és aliè aquesta transformació de la societat i paral·lelament a l'increment de població estrangera s'ha constatat la necessitat de donar resposta jurídica als nous problemes que sorgien amb la incorporació d'aquests nous ciutadans. En el cas espanyol aquesta resposta legal ha estat força prolífica en la branca del dret d'estrangeria on s'han succeït des de 1985, diferents lleis i reglaments. Unes normes que s'aproven i al cap d'uns mesos es modifiquen total o parcialment, produint una legislació extensa i molt canviant que és massa complexa, fins i tot pels propis operadors jurídics. Més enllà d'aquesta normativa relativa a una qüestió bàsicament administrativa i de política d'immigració, s'ha posat també de manifest en aquest darrers anys la gran quantitat de relacions personals que sorgien entre els nous ciutadans, nacionals d'altres estats, als que cal donar resposta amb les normes de Dret Internacional Privat, que normalment estaven oblidades en el calaix. En aquest àmbit, sobretot, l'activitat legislativa i jurisprudencial en molts casos ha arribat tard i no ha sabut donar la resposta adequada. Evidentment, aquesta desincronització entre les demandes de la societat i la reacció jurídica és pràcticament inherent al dret, que sempre va a remolc dels canvis socials. Si això és així amb caràcter general, en la disciplina de Dret Internacional Privat encara es nota més, ja que aquesta matèria ha estat durant molts anys en el nostre país una branca del dret amb molt poca utilitat pràctica i a la que en general molt pocs operadors jurídics hi feien referència, potser també com a conseqüència d'aquella societat tancada que va ser l'espanyola durant molts anys.

Durant anys en la pràctica diària rares vegades es tenia la necessitat de comprovar la ratificació i vigència a Espanya d'un determinat conveni i fins fa poc ni els òrgans jurisdiccionals, ni els advocats ni la resta d'operadors jurídics, tenien ni tan sols en compte la normativa comunitària. Sempre ha costat que la jurisprudència assimilés la normativa internacional. Sovint, malgrat haver entrat en vigor un determinat conveni, les sentències resolien com si aquest no existís, aplicant directament dret

---

<sup>4</sup> Aquesta visió és la que fonamenta la teoria del conflicte de civilitzacions que ha desenvolupat Samuel P. Huntington i que ha servit de referent filosòfic per les postures més conservadores. La seva teoria es va donar a conèixer l'any 1993, amb la publicació d'un article del mateix autor *The clash of civilizations?*, a la revista *Foreign Affairs*. Després el mateix autor ha continuat aprofundint en el tema amb la realització de tot un estudi monogràfic que va donar lloc a l'aparició del llibre l'any 1996 *The clash of civilizations and the remarkong of world order*, publicat en anglès per Simon & Schuster, a Nova York. La versió consultada en aquest treball ha estat *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. HUNTINGTON, S. P. Ediciones Paidós Ibérica SA. 1997.

intern. D'altres vegades ni tan sols s'apreciava l'element d'estrangeria que feia que aquella relació privada que havia arribat a litigi necessités d'una anàlisi sota la perspectiva del Dret Internacional Privat.

Aquest desinterès generalitzat de tots els operadors jurídics venia motivat per la tradició que s'arrossegava i pel fet que realment en la nostra societat no hi havia hagut durant anys la necessitat global d'abordar aquestes temes. Els conflictes en Dret Internacional Privat eren molt pocs. Durant anys, els mateixos espanyols sortien poc l'estranger, les empreses petites rares vegades tenien relacions comercials a l'exterior, els estrangers que s'instal·laven al nostre territori eren pocs. Tot això feia que poques vegades en els relacions jurídiques quotidianes existissin elements d'estrangeria que convertissin aquestes relacions en internacionals. Alguns casos existien, evidentment, però eren limitats a les classes benestants.

Fa tan sols trenta anys eren estranys els matrimonis amb persones estrangeres, les relacions comercials amb l'exterior i ni tan sols els viatges a l'estranger per plaer. Els que tenien aquestes activitats eren ja d'una esfera social adinerada o persones amb un interès més que especial per les relacions internacionals.

Això també feia que els professionals del dret en termes generals no tinguessin necessitat d'abordar aquestes problemàtiques que quedaven circumscrites a una part molt petita de la població. Només els grans despatxos de les capitals eren els que tractaven temes de Dret Internacional Privat amb unes minuts elevades, que els seus clients podien pagar perfectament.

En aquest trenta anys la societat espanyola ha canviat molt en aquest sentit, però fins fa realment molt pocs anys sempre s'ha mantingut aquesta espècie de sensació que l'exterior no ens afecta. Aquesta percepció, potser en menys mesura, també s'ha produït a Catalunya. Això s'ha vist en una jurisprudència molt poc sensible a aquestes qüestions i també en el col·lectiu d'advocats que van oblidar les nocions de Dret Internacional Privat en sortir de la Universitat, que no les havien necessitat mai i que no han estat mai pendents de les novetats en aquest camp, ni de l'existència d'instruments normatius internacionals que, a vegades, fan variar sensiblement les solucions legislatives internes. No s'han preocupat d'aquesta disciplina, com tampoc s'han preocupat de dominar amb naturalitat un idioma estranger.

Als canvis socials interns que s'han produït de manera més gradual amb l'evolució de la democràcia al llarg d'aquests trenta anys, s'hi ha d'afegir en un període molt més breu de temps, que amb prou feines arriba als 15 anys, l'increment de

població estrangera que s'ha instal·lat a viure de manera permanent al nostre país. Una població estrangera que es nodreix, per una banda, de ciutadans comunitaris o de països no comunitaris però amb un bon nivell de desenvolupament, que busquen en les nostres terres un clima més suau i als que cada vegada se'ls veu menys com a estrangers i, per una altra banda, aquells ciutadans de països més desfavorits, que busquen dintre d'Europa una millora de la seva situació econòmica. Són aquests darrers, amb bagatges socials, religiosos i culturals diferents i amb una situació econòmica força precària, els que anomenem immigrants.

Els nou ciutadans estrangers establerts a la societat d'acollida tenen de manera inherent a la persona humana tota una esfera de relacions personals i socials que despleguen conseqüències jurídiques: es casen, tenen fills, adquireixen o lloguen l'habitatge familiar, es separen, es divorcien i, en conseqüència, han de regular la guarda i custòdia i les visites als fills, així com la contribució als aliments d'aquests i un llarg llistat de qüestions més, totes molt quotidianes i habituals en el conjunt de la població.

En l'àmbit del dret intern de qualsevol estat aquestes qüestions jurídiques privades troben una resposta jurídica més o menys adequada. Quan els subjectes d'aquestes relacions jurídiques ja no són exclusivament ciutadans nacionals del propi estat, apareix amb més facilitat un element d'estrangeria en aquella relació, al que la legislació material interna segurament no hi parerà esment, havent de recórrer llavors a la disciplina de Dret Internacional Privat.

Davant aquestes relacions jurídiques que en molts casos arribaran a ser litigioses, tots els operadors jurídics s'han d'implicar i posar-se el dia en aquella matèria oblidada, perquè ara aquestes qüestions no només afecten a les classes benestants, sinó a tots els estrats socials, fins i tot els més desfavorits econòmicament i que, en conseqüència, no es poden permetre pagar els honoraris d'un gran despatx ni a vegades tan sols els de l'advocat més econòmic, havent de recórrer al torn d'ofici.

Ara, de manera habitual i quotidiana, els jutges, els fiscals i els advocats s'han de plantejar l'existència d'un element d'estrangeria per poder actuar-hi en conseqüència. Aquesta necessitat ja s'albirava al principi de la dècada dels noranta, però la llarga tradició ja comentada d'ignorar senzillament aquestes qüestions ha fet que no sigui fins fa poc, als voltants de l'any 2000, que els operadors jurídics s'han adonat d'aquesta necessitat i han començat a actuar, però de manera lenta i poc adequada.

En aquesta situació s'han fet més general la necessitat de determinar la competència dels tribunals espanyols i la llei aplicable al fons d'aquestes relacions jurídiques privades. La utilització dels mecanismes tradicionals dedicats a aquestes qüestions ha posat de relleu que sovint no estan adequats als nous temps, ni a les necessitats reals de la societat. En l'àmbit de les normes de competència judicial i cooperació judicial internacional, en els darrers anys també han proliferat els instruments comunitaris i internacionals pel que fa referència a aquestes qüestions, amb l'elaboració de reglaments comunitaris que incideixen en les normes de competència judicial i amb la signatura de convenis bilaterals que aborden també aquestes qüestions en més o menys mesura.<sup>5</sup> El legislador espanyol també ha començat a moure's i a tenir en compte aquesta internacionalització de les relacions jurídiques en diferents reformes legislatives. Exemples d'aquesta incipient activitat els podem veure a la Llei d'Enjudiciament Civil 1/2000 de 7 de gener, en la que per primera vegada s'introdueixen normes sobre la prova del dret estranger en la normativa processal més enllà de les normes contingudes respecte a l'acceptació i validesa de documents estrangers<sup>6</sup>, o la referència explícita als convenis internacionals o la nova regulació sobre a l'examen d'ofici de la competència dels propis tribunals i on fins i tot es promet l'elaboració d'una llei de cooperació jurídica internacional en matèria civil, que gairebé cinc anys després encara no ha arribat<sup>7</sup>. També en la reforma de la LOPJ de 23 de desembre de 2003, que treu la competència del Tribunal Suprem per conèixer els procediments per determinar l'exequàtur de sentències estrangeres.<sup>8</sup>

En l'àmbit de la llei aplicable, les iniciatives han estat més minses però s'han concretat, per exemple, en la reforma de l'article 107 del CC, referit a la nul·litat matrimonial, a la separació i al divorci.<sup>9</sup>

Malgrat aquestes recents reformes el legislador tampoc ha abordat encara d'una manera coherent les necessitats que la realitat social demana.

---

<sup>5</sup> Cal tenir per exemple presents tots els convenis sobre reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria civil que sovint fixen normes de competència encara que sigui de manera indirecta.

<sup>6</sup> Articles 600, següents i concordants de la LEC de 1881.

<sup>7</sup> Així cal tenir present els següents articles Article 38 (respecte d'apreciació d'ofici de la competència internacional i de jurisdicció). Articles 281 i 282 (respecte la prova del dret estranger) i disposició final vintena, que determinava clarament que en el termini de sis mesos el govern havia de remetre a les Corts Generals un projecte de llei sobre cooperació jurídica internacional en matèria civil.

<sup>8</sup> La Llei Orgànica 19/2003 de 23 de desembre, de modificació de la LOPJ 6/1985 de 1 de julio, modifica l'article 85 de l'esmentada LOPJ de 1985 i ara recull que els tribunals de primera instància coneixeran en l'ordre civil de les sol·licituds de reconeixement i execució de sentències i altres resolucions judicials i arbitrals estrangeres, a no ser que per normes internacionals o tractats s'atribueixi a un altre jutjat o tribunal.

<sup>9</sup> Reforma de la redacció de l'article 107 del CC amb la LO 11/2003 de 29 de setembre.

La doctrina jurídica especialitzada ha començat a prendre importància davant la necessitat de solucions i respostes que durant molt de temps no s'havien buscat per la resta d'operadors jurídics, però els plantejaments doctrinals en aquest sentit també estant imbuïts del que ha estat el Dret Internacional Privat en el nostre país durant molts anys i proposen solucions jurídicament impecables en molts casos, però que no són pràctiques i que no poden ser assumides per una població que no necessita grans teories jurídiques sinó solucions als problemes quotidians i a un cost econòmic assequible.

Tots aquests problemes es compliquen o s'amplien quan entren en joc amb el nostre ordenament normes estrangeres, a vegades de països amb un sistema jurídic, cultural i social molt diferent al nostre. Aquesta problemàtica encara s'agreuja més quan l'element d'estrangeria es produeix en aquelles relacions privades de caràcter familiar, perquè és en aquests elements personals, més que en les relacions comercials o laborals, on es creu que resideix la pròpia identitat i on, en conseqüència, les diferents culturals esmentades es concretaran més.

Els criteris tradicionalment utilitzats per determinar quins són els tribunals competents i quina és la llei aplicable quan hi ha un litigi amb un element d'estrangeria han estat la nacionalitat dels subjectes implicats i/o la seva residència habitual. Aquests dos criteris evidencien que entren en conflicte dues legislacions, la del país de residència i la del país de la nacionalitat i la possible competència també entre els tribunals dels dos països.

Quan les legislacions en joc comparteixen uns principis jurídics generals les divergències que poden tenir comporten una incidència pràctica i conseqüències econòmiques i personals pels implicats, però el rerafons cultural i social no difereix gaire, ajudant en certa manera a disminuir el conflicte de fons. El problema es complica quan el que estan en joc són legislacions que amaguen un concepte de societat, de família i d'ordenament jurídic totalment diferent. Aquesta situació és la que es planteja amb els ciutadans nacionals de països islàmics, perquè les normes que regulen en els seus països aquestes qüestions personals continuen íntimament lligades a la religió i a la tradició i recullen formes jurídiques com per exemple el repudi o la poligàmia, que poden comportar, a més, un problema d'acceptació en els ordenaments jurídics europeus. Sorgeixen un munt de preguntes que ja han estat analitzades per una part de la doctrina en relació a la seva acceptació o no en el nostre ordenament. També cal, però, preguntar-se per la incidència pràctica d'aquestes figures foranes que apareixen en els textos legislatius estrangers, perquè potser els problemes vindrà per altres qüestions que

hi estan relacionades. Potser caldrà preguntar-se primer si realment els marits utilitzen la fórmula clàssica del repudi o si la poligàmia es pràctica de manera extensa per després analitzar les conseqüències jurídiques d'aquestes actuacions. Sovint, el que preocupa més als litigants, a diferència dels estudiosos, no és la figura del repudi o la poligàmia, sinó els drets que tenen. Les situacions concretes que es presenten en un procediment de família, tenen una resposta adequada en les legislacions dels països d'origen perquè pugui ser admesa en el nostre ordenament? Pot una dona divorciar-se amb igualtat de condicions que el seu marit? Els fills menors tenen una protecció jurídica adequada en les legislacions d'origen? Té dret o no la dona a una pensió alimentària o compensatòria en cas de divorci? Té dret a l'ús de l'habitatge familiar? Manté la guarda i custòdia dels fills en cas de divorci? Els tribunals del país d'origen donen una protecció adequada a tota la família?

La resposta a aquestes preguntes i a moltes d'altres preguntes similars, a partir d'una anàlisi acurada de la realitat jurídica i social dels països d'origen, és la que ens haurà d'orientar a l'hora de trobar respostes als interrogants que es presenten avui en dia el Dret Internacional Privat. S'ha de donar prevalència a la llei de la residència o la de la nacionalitat? Fins a quin punt es pot utilitzar l'excepció d'ordre públic per impedir l'aplicació en el nostre territori de normes d'origen islàmic? S'han de reconèixer les sentències estrangeres que dissolen el matrimoni d'acord amb legislacions d'inspiració islàmica? Com s'acredita de manera pràctica i àgil i a baix cost econòmic el dret estranger davant dels tribunals competents? Les solucions tradicionals donen resposta real i pràctica a aquests conflictes?

Espanya tampoc té gaire experiència en aquest àmbit, i l'actuació de la jurisprudència, la doctrina i els altres operadors jurídics tampoc ha anat molt ben encaminada en aquest sentit. En aquests litigis és on ha quedat més palès tot el que ja constatava a nivell més general respecte del tractament de les qüestions de Dret Internacional Privat. No hi ha hagut en els primers temps interès en el tema, s'ha abordat de passada i malament, i quan s'ha vist que era una necessitat social, s'ha tendit, com sempre, a buscar la resposta legislativa, no gaire acurada, basada en els mateixos plantejaments tradicionals, i sense aportar les noves solucions que la societat actual necessita. En aquest sentit, la reforma de l'article 107 del CC, ha estat insuficient i gairebé inútil, perquè no s'ha acompanyat d'una anàlisi acurada de la situació, ha volgut fugir de manera obsessiva d'una possible entrada en joc de l'autonomia de la voluntat i



no s'ha acompanyat de reformes en matèries paral·leles del tot necessàries perquè tingui utilitat el nou redactat, com és el cas de la prova del dret estranger.

El dia a dia en el tractament d'afers de família amb elements estrangers en els diferents tribunals, a més de constatar aquesta manca de preparació i predisposició fins fa poc de tots els operadors jurídics, fa perdre consciència de molts altres aspectes. El que més preocupa no és una o altra qualificació jurídica, si aquesta no es concreta en una aplicació pràctica. Hi ha la necessitat de tenir una bona atenció judicial i tutela judicial efectiva sense necessitat de gastar-se molts diners en la minuta d'un advocat. Existeix tot un bagatge cultural al darrera de cada un d'aquests problemes familiars, que no es pot enquadrar únicament en institucions jurídiques. Ens trobem en definitiva davant de famílies senceres, que sovint estan entre dues cultures, que necessiten una resposta jurídica pràctica als seus problemes. Les solucions tradicionals ja no serveixen, doncs, a aquests nous subjectes de Dret Internacional Privat.

Els diferents treballs i assaigs que han anat apareixent en aquests darrers anys han oblidat tota aquesta implicació pràctica i, sovint, multidisciplinària. A vegades cal complementar l'anàlisi jurídica amb una anàlisi social més pròpia d'altres disciplines, però aquesta obertura de mires no ha tingut cabuda ni en les recents reformes legislatives, ni en la jurisprudència, ni en el munt d'assaigs sobre el tema.

Per donar resposta a tots aquestes elements, el present treball pretén fer propostes de futur a partir d'una anàlisi concreta detallada i pràctica. Per aconseguir aquests objectius es delimita l'àmbit dels litigis de família als procediments de separació i/o divorci i totes les qüestions que s'hi relacionen, i als procediments de reclamació d'aliments entre cònjuges i respecte als fills. Evidentment, així queden fora un munt de institucions de dret de família, que s'exclouen conscientment i que només seran analitzades de manera circumstancial.

Igualment, es delimita l'àmbit personal, i es limita l'anàlisi al cas dels magribins, bàsicament per dos motius. En primer lloc, perquè són un dels col·lectius d'estrangers provinents de països de tradició islàmica més nombrós al nostre país i en certa manera més proper històricament. En segon lloc, perquè aquests ciutadans tenen un bagatge cultural diferent del nostre.

Malgrat referir-se als magribins el present treball es circumscriu només a Algèria Marroc i Tunísia. També es delimita a aquests països per una qüestió de presència a Espanya, essent els marroquins el grup amb més població que hi resideix, i també perquè aquests tres països permeten veure la diferent evolució de les normes de

dret de família, des de les postures més tancades fins a les més obertes com la tunisiana, passant per les diferents reformes que ha experimentat el Marroc en aquests darrers anys i que culminen amb la recent reforma de la Mudawana de l'any 2004.

Per aprofundir en la necessitat de resposta pràctica s'ha partit de l'exercici diari en els litigis de família durant els darrers deu anys a la comarca del Maresme, en concret el partit judicial de Mataró, agafant els diferents casos tractats com a treball de camp. La tria d'aquest espai geogràfic tan delimitat obeeix també a diferents motius. La comarca del Maresme, des de ja fa dècades ha acollit un bon nombre d'immigrants. La Població estrangera en els darrers anys ha incrementat força, essent un grup estable, on els magribins en són un tant per cent important, sobretot en alguns nuclis de població i en alguns barris en concret. Es tracta d'un partit judicial d'un àrea molt poblada però que no correspon a una gran ciutat com pot ser Barcelona, posant de relleu també molts problemes dels jutjats petits que, a vegades, fins i tot en els canvis legislatius es desatenen.

Sense ser un treball sociològic ni antropològic es vol donar algunes pinzellades a partir de l'anàlisi de diferents autors i sobretot utilitzant una tècnica narrativa més propera a aquests disciplines que no pas a la tradicional tècnica jurídica, precisament per donar cabuda a una orientació diferent i més pràctica i útil. En aquest sentit, l'exercici diari també permet comprovar i analitzar els comportaments de les persones i les seves famílies, les seves explicacions i els seus raonaments i adonar-se de tot el bagatge cultural que porten a sobre, que sovint els textos legals per la seva pròpia naturalesa no recullen de manera explícita.

Aquest esperit d'obertura a altres disciplines i d'anàlisi de l'experiència pràctica inspira tot el treball, que no deixa de centrar-se en tres grans blocs jurídics, plantejats també de manera pràctica a partir del guió que necessàriament s'ha de seguir, ni que sigui mentalment, quan un professional del dret aborda un litigi familiar amb elements d'estrangeria, introduint a més qüestions relatives a l'accés real als tribunals per part dels estrangers. Així, el present treball, després de fer un gran anàlisi sobre la realitat social que el justifica, s'endinsa en les problemàtiques en la determinació dels tribunals competents, analitzant la incidència dels reglaments comunitaris i l'aplicació pràctica de tot el sistema. A continuació es dedica una part a les dificultats d'accés als tribunals amb especial importància de la normativa en matèria de justícia gratuïta, perquè la majoria dels litigants magribins i, per extrapolació també d'altres nacionalitats, necessiten recórrer al torn d'ofici.

En l'apartat dedicat a les problemàtiques relatives a la determinació de la llei aplicable s'analitza amb detall les legislacions dels tres països magribins esmentats, però també la realitat social que hi ha al darrera de cada un d'ells i que no queda reflectida en els textos legals, després de fer una introducció en relació al dret islàmic. L'anàlisi pràctica que inspira tot el treball es concreta en aquest apartat en una evolució de la jurisprudència espanyola a partir de la pràctica del partit judicial de Mataró, fent especial incidència en el gran problema que suposa la prova del dret estranger. El treball no es podria acabar sense fer també una visió de la realitat de les execucions recíproques de sentències estrangeres.

# **1- LA JUSTIFICACIÓ DE LA NECESSITAT D'ABORDAR DES D'UNA PERSPECTIVA PRÀCTICA EL TRACTAMENT DELS LITIGIS DE FAMÍLIA ON INTERVENEN MAGRIBINS.**

## **1.1 - La valoració de les dades socials generals a partir de l'experiència pràctica del partit judicial de Mataró.**

El partit judicial de Mataró engloba, a part de la capital del Maresme, els municipis de Tiana, Alella, Teià, El Masnou, Premià de Mar, Premià de Dalt, Dosrius, Órrius, Argentona, Cabrils, Vilassar de Dalt, Vilassar de Mar, Sant Andreu de Llavaneres, Caldes d'Estrac i Sant Vicenç de Montalt.

El gruix de població magribina en aquesta àrea es concentra a Mataró, Premià de Mar, Vilassar de Mar i El Masnou.

Aquesta zona geogràfica permet veure l'evolució que s'ha patit en els darrers anys pel que fa a la presència de ciutadans estrangers, i com aquest fet ha tingut també una plasmació en la pràctica diària dels jutjats de primera instància de Mataró, on en poc temps s'han incrementat els procediments de família amb subjectes estrangers i majoritàriament magribins.

Això ha comportat una necessitat de nous serveis, com per exemple en el camp dels intèrprets, on s'ha passat de tenir dificultats per trobar un traductor, a utilitzar pràcticament a diari els serveis d'aquest professional en les diferents actuacions judicials, que alhora, des de la reforma de la LEC, s'han tornat més presencials i més orals.

Aquesta nova situació també ha comportat una necessitat d'especialització de tots els operadors jurídics, a la que encara no s'ha sabut donar resposta.

També s'ha constatat un nombre més gran de peticions d'advocat d'ofici per part de ciutadans estrangers, i en concret de magribins, fet que demostra que aquests nous usuaris de la justícia no tenen una capacitat econòmica suficient per afrontar el cost d'un litigi.

Les dades que analitzo a continuació donen recolzament fàctic a aquesta situació tot just esbossada i suposen el substrat de fons real a l'estudi jurídic.

## **A- Les estadístiques de població com a substrat bàsic del gran abast social de la problemàtica.**

A nivell de Catalunya en general l'increment de població estrangera ha estat força evident en els darrers anys i de manera molt ràpida, arribant en molts casos els percentatges d'altres països europeus i, fins i tot, superant la mitja europea. Els mitjans de comunicació s'han fet ressò en diverses vegades d'aquest increment, amb la publicació de xifres i dades extrets de diferents estudis.<sup>10</sup> Les dades de l'Institut Nacional d'Estadística basades en les dades del padró confirmen aquesta ràpida progressió. Així, a 1-05-1996, la població estrangera era tant sols l'1,36% del global de la població espanyola<sup>11</sup> i en l'actualitat, com després concretaré està ja al 8,46%. L'increment, doncs, en menys de deu anys és força considerable<sup>12</sup>. Si comparem les xifres des del 2004, veurem que es constata un creixement d'any per any, encara que per part d'alguns experts apunta a una certa desaceleració i per part de manifestacions polítiques s'afirmi que els números no són del tot exactes perquè es parteix de les dades del padró municipal que ara es revisarà i farà baixar, per tant, el nombre d'estrangers inscrits.<sup>13</sup> Respecte d'aquestes darreres manifestacions cal també matisar que no tots els estrangers estan empadronats i que, per tant, si bé es cert que les dades del padró s'acosten més a la realitat que les dades sobre estrangers amb residència legal, aquestes dades no recullen tots els estrangers residents a Espanya.

---

<sup>10</sup> La publicació de dades de població estrangera s'han succeït en les darrers anys. A títol d'exemple se citen notícies aparegudes en la premsa des de 2003: *España y Alemania se reparten casi la mitad de los inmigrantes que llegan a Europa*, a EL PAIS 11-01-2003; *El nombre d'inmigrantes es triplica a Catalunya en 5 anys*, a EL PERIODICO 15-02-2003; *La población extranjera aumenta un 22% en Catalunya por la reagrupación familiar*, a LA VANGUARDIA 15-02-2003; *Cataluña alcanza a Europa en inmigración*, a EL PAIS 10-05-2003; *La población de España ya supera los 43 millones de habitantes*, a EL PAIS 14-10-2004 (on cita dades de l'INE); *La población marroquí aumenta en Cataluña el 500% en 12 años*, a EL PAIS 3-03-2005, on cita les dades de l'*Atlas 2004 de la inmigración marroquí en España*; *El número de extranjeros residentes en España crece un 23% en un año*, a EL PAIS 17-01-2006. Aquesta també ha estat un tema tractat pels mitjans audiovisuals, que també s'ha fet ressò d'aquestes dades (veure l'informe *Presència i imatges del Sud als informatius de les televisions de Catalunya*, editat pel Gabinet de Relacions Internacionals de la Diputació de Barcelona).

<sup>11</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística referides a 1-05-1996 i extretes de la mateixa web d'aquest organisme ([www.ine.es](http://www.ine.es)) el 29-05-2005.

<sup>12</sup> Ja el 10-05-2003 la premsa es feia ressò del gran increment en menys de deu anys de la població estrangera no comunitària, arribant ja en aquella data el 5,05% de la població catalana, davant del 5% de mitjana europea (veure EL PAÍS de 10-05-2003).

<sup>13</sup> Veure les notícies aparegudes en premsa en aquest sentit, com per exemple: *La revisión del padron rebajará la cifra de inmigrantes*. EL PAÍS 15-01-2006.

L'any 2004 el total d'estrangers a Catalunya era el 9,43%. Aquestes dades però van referides estrictament a la nacionalitat. Si tenim en compte no exclusivament la nacionalitat, sinó el lloc de naixement, aquest mateix any 2004 la població de Catalunya no nascuda a Espanya era del 10,64%.<sup>14</sup> En aquest percentatge, per tant, quedaran inclosos aquells magribins, que han adquirit la nacionalitat espanyola i que tot i no constar formalment com estrangers a les estadístiques, són ciutadans que tenen al seu darrera igualment un bagatge cultural de fons, propi i diferent del de la població autòctona. Cal tenir present, que essent tan complicat el sistema de renovació dels permisos de residència per estrangers no comunitaris, adquirir la nacionalitat espanyola, és una manera de recerca de la tranquil·litat administrativa per a la residència estable, que no sempre implica una més gran assimilació de la cultura del país d'acollida.<sup>15</sup> Per aquest fet les dades facilitades en diferents mitjans varien, ja que en alguns casos es prenen les dades del país de naixement i d'altres la nacionalitat i aquestes dues variables que no van sempre lligades donen xifres diferents. Cal tenir present que aquest mateix any 2004 el 9,30% dels estrangers nascuts al Marroc residents a Catalunya i el 12,18% dels nascuts a Algèria tenen la nacionalitat espanyola. Percentatge que confirma la tendència apuntada, encara que les estadístiques no indiquen si el total d'aquesta població ha adquirit la nacionalitat per naturalització o per altres vies.<sup>16</sup> En l'actualitat i tenint en compte les darreres dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística a 1 de gener de 2005, el conjunt de la població estrangera resident a Catalunya és ja de l'11,42%, i la població resident a Catalunya però nascuda fora d'Espanya arriba ja al 12,56% del total de la població.<sup>17</sup>

Aquestes dades són superiors a les generals de tot l'estat, tot i que la taxa catalana ja no és la més elevada i les comunitats amb un nombre d'estrangers més elevats, són ara Balears (amb una taxa del 15,89% l'any 2005), Madrid (amb el 13,10%), el litoral mediterrani com per exemple Múrcia i València amb una taxa de població estrangera l'any 2005 de 12,40 %.

---

<sup>14</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística referides al 2004 i extretes de la mateixa web d'aquest organisme ([www.ine.es](http://www.ine.es)) el 23-06-2005.

<sup>15</sup> Aquesta manca d'assimilació de la cultura de la societat d'acollida és el motiu que hi ha al darrera de les propostes de modificació de les legislacions europees en matèria d'adquisició de la nacionalitat on s'esta imposant la necessitat de superar qüestionaris sobre la societat d'acollida com en el cas de la Gran Bretanya o d'altres on es preveu preguntar sobre els criteris o idees personals dels individus com és el cas d'Alemania.

<sup>16</sup> En el sistema d'ús sanguini, com és el dret espanyol, poden haver-hi ciutadans espanyols d'origen, nascuts al Marroc o Algèria fills de pare o mare espanyols.

A Espanya l'any 2004 el tant per cent de població estrangera era del 7,02%, mentre que els ciutadans nascuts a l'estranger, incloent els tenen la nacionalitat espanyola eren el 8,55%.<sup>18</sup> Cal destacar també que entre els ciutadans nascuts al Marroc un 18,22% eren espanyols i entre els ciutadans nascuts a Algèria un 11,78%. A 1 de gener de 2005, aquestes dades han incrementat més d'un punt. El total d'estrangers residents a Espanya és del 8,46% i els ciutadans residents però nascuts fora del territori espanyol és ja del 9,96%. En canvi, cal destacar que han disminuït lleugerament el tant per cent de ciutadans de nacionalitat espanyola però nascuts al Marroc o Algèria. Així, només un 15,86% dels nascuts al Marroc eren espanyols i només un 10,27% dels nascuts a Algèria.<sup>19</sup>

L'anàlisi d'aquestes dades generals també ens permet veure la presència de magribins a Espanya. Les dades van referides a Marroquins i Algerians, perquè els tunisians són molt pocs en el conjunt general de la població i no apareixen pràcticament mai individualitzats a les estadístiques<sup>20</sup>. De fet, no hi ha amb prou feines estudis monogràfics sobre la immigració magribina no marroquina a Espanya. L'Atlas de la immigració magribí a Espanya<sup>21</sup> és un dels primers estudis que en fa una aproximació a la població mauritana i tunisiana amb dades des de 1991 fins a 2003. En aquest estudi es constata que a 31 de desembre de 2003 residien a Espanya 5.354 mauritans, que es concentraven bàsicament en tres comunitats, essent Catalunya la segona d'elles en nombre de residents, on al seu torn s'agrupaven majoritàriament a les províncies de Barcelona i Girona. Malgrat constatar aquest estudi que els mauritans eren l'any 2003 el setè col·lectiu africà en importància a España, es troba molt lluny de les xifres dels marroquins o, fins i tot, dels algerians i, de fet, la seva presència a España acostuma a passar inadvertida pel conjunt de la població. Tampoc estan individualitzats en termes generals magribins d'altres països com Tunísia o Líbia. Respecte de Tunísia el mateix Atlas de la immigració magribí a Espanya<sup>22</sup> constata que la seva immigració és gairebé

---

<sup>17</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística, referides al 2005, a partir de les dades del padró. Són consultables fàcilment a la pàgina web d'aquest organisme ([www.ine.es](http://www.ine.es)), que ha estat consultada amb data 23-05-2005.

<sup>18</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística referides referides al 2004 i extretes de la mateixa web d'aquest organisme ([www.ine.es](http://www.ine.es)) el 23-06-2005.

<sup>19</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística, referides al 2005, a partir de la dades del padró. Són consultables fàcilment a la pàgina web d'aquest organisme [www.ine.es](http://www.ine.es), que ha estat consultada amb data 01/02/2006.

<sup>20</sup> Apareixen dades referides a Tunísia a les dades de l'INE de 1-05-1996, que recullen tan sols 700 ciutadans d'aquest país residents a Espanya, cosa que no suposa ni un 0,1% de la població espanyola.

<sup>21</sup> LÓPEZ GARCÍA, BERNABÉ, BURRIANE, MOHAMED: *Atlas de la inmigración magrebí en España*. Taller de estudios internacionales mediterráneos. Ed. Universidad Autónoma de Madrid. 2004.

<sup>22</sup> Veure nota anterior.

testimonial (tradicionalment han emigrat a França o Itàlia)<sup>23</sup> comptabilitzant només 909 ciutadans de Tunísia en el padró municipal l'any 2003, concentrats sobretot a Madrid i Barcelona i que en molts casos són part del propi personal de l'ambaixada i consultats i en algunes zones de la costa en províncies com València o Girona. Aquesta poca presència d'altres comunitats magribines es confirma també durant el 2004. L'Anuari Med 2005, editat per IEMED i la Fundació CIDOB recull les dades de l'any 2004 i constata que els tunisians a Espanya l'any 2004 eren tan sols 771 davant dels 244.630 marroquins i 20.915 algerians <sup>24</sup>. Per altra banda, les poques dades que publica l'INE referides al 2004 on apareixen dades dels residents segons els país de naixement van referides a Mauritània i es constata que els nascuts en aquest país són el 0,016% de la població global i 0,23% dels estrangers residents<sup>25</sup>. L'any 2005 en les mateixes dades de l'INE ja apareixen Mauritània i Tunísia, i es constata que a d'1 de gener de 2005 els residents nascuts a Mauritània suposen tant sols un 0,020% de la població total i 0,24% dels estrangers residents, confirmant, doncs, la poca presència quantitativa d'aquests magribins. Respecte els tunisians aquestes mateixes dades de l'INE, recullen que a 1 de gener de 2005 els residents nascuts a Tunísia suposen un 0,004 del total de a població i un 0,06 dels estrangers residents. <sup>26</sup> En cap cas ni el 2004 ni el 2005 apareixen ni mauritans ni tunisians en les dades de l'INE per nacionalitats. Si que apareixen reflectits de manera autònoma en les dades que el Ministeri de Treball publica en relació als estrangers amb residència legal, que no correspon, doncs, amb tots els empadronats, ni tots els residents. Segons aquestes dades a 31 de març de 2005 el total de tunisians amb autorització de residència i treball a Espanya eren 1.017 en tot en Espanya i 283 a

---

<sup>23</sup> Les mateixes dades són les que facilita l'*Informe Migrations Méditerranéennes de 2005*, finançat pel programa MEDA de la Comissió Europea, i elaborat pel Carim consultat a la web [www.carim.org/publications/Annual.asp](http://www.carim.org/publications/Annual.asp). Igualment, dades més recents consultades a la mateixa pàgina constaten que entre 1999 i 2004 han sortit de Tunísia en direcció a Espanya un total de 294 persones (0,38% del total), per motius bàsicament laborals, mentre que el gruix dels tunisians que han marxat a l'estranger ho han fet a França (el 42%) i a Itàlia (el 22,40%).

<sup>24</sup> L'*Anuari Med 2005*, editat per l'IEMed i la fundació CIDOB recull les dades de l'any 2004 a partir de dades del Consorci Euromediterráneo para la Investigación Aplicada sobre la Migración Internacional (CARIM). Aquestes dades també demostren altres països europeus on la tendència immigratòria d'aquests ciutadans es més forta. Així l'any 2004 a França la tercera comunitat de residents provinents de països de la riba sud de la Mediterrània és la tunisiana, mentre la marroquina i l'algeriana ocupen el primer i el segon lloc respectivament però a molt poca distància. A Itàlia amb dades referides a l'any 2001 els tunisians són el col·lectiu més present només superat pels marroquins i per davant dels algerians.

<sup>25</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística referides al 2004 i extretes de la mateixa web d'aquest organisme ([www.ine.es](http://www.ine.es)) el 23-06-2005.

<sup>26</sup> Dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística, referides al 2005, a partir de la dades del padró. Són consultables fàcilment a la pàgina web d'aquest organisme [www.ine.es](http://www.ine.es), que ha estat consultada amb data 01-02-2006.



Catalunya. Mentre que els mauritans amb autorització de residència i treball eren 5.895 al global d'Espanya i 1275 a Catalunya.<sup>27</sup>

Líbia no surt individualitzat ni apareix en cap de les dades analitzades, encara que després veurem en analitzar les dades dels municipis del partit judicial de Mataró que hi ha algun ciutadà de Líbia. La seva presència a Espanya no deixa de ser testimonial.

L'any 2004 segons dades referides únicament a la nacionalitat els marroquins residents a Catalunya eren el 2,10% del total de la població i un 22,30% respecte dels estrangers residents. Els algerians eren 0,09% del total de la població i un 0,93 dels estrangers residents. Un any després, l'1 de gener de 2005 Els marroquins residents a Catalunya són ja un 2,45% del global de la població i suposen el 21,43% dels estrangers residents. Els algerians suposen un 0,10% del total la població i un 0,90% del total dels estrangers.<sup>28</sup>

L'any 2005 apareixen individualitzats en les dades dels residents a Catalunya per nacionalitats els mauritans i els tunisians. Així, a 1-01-2005 els mauritans residents a Catalunya són el 0,03% del total de la població o el 0,23% dels estrangers. Els tunisians són el 0,01% de la població global de Catalunya i el 0,05% dels estrangers. Per tant, el total de magribins recollits a les estadístiques són el 22,62% dels estrangers i el 2,58% del global de la població. Els marroquins són el 94,72% dels magribins residents.<sup>29</sup>

Al conjunt d'Espanya aquestes xifres són lleugerament inferiors. L'any 2004 els ciutadans marroquins residents a Espanya eren el 0,97% del total de la població i el 13,86% dels estrangers (per sota, doncs, del 2,10% i del 22,30% a Catalunya). Pel que fa a Algèria, els nacionals algerians eren un 0,09% de la població global i el 1,30% dels estrangers.<sup>30</sup>

L'any 2005 aquestes xifres varien lleugerament, els ciutadans de nacionalitat marroquina residents a Espanya arriben a l'1,16% i els algerians al 0,10%. Per tan el cas del global d'Espanya malgrat que no hi ha dades individualitzades de tunisians i mauritans, es constata també que els marroquins són més del 90% dels magribins, en concret el 91,70%.

---

<sup>27</sup> Dades del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaria de estado de Inmigración. Boletines Estadísticos 2005. [www.extranjeros.mir.es](http://www.extranjeros.mir.es)

<sup>28</sup> Dades extretes de l'INE referides al 2004, consultades a la pàgina web d'aquest organisme, [www.ine.es](http://www.ine.es), el 23-05-2005.

<sup>29</sup> Dades extretes de l'INE referides al 2005, consultades a la pàgina web d'aquest organisme, [www.ine.es](http://www.ine.es), el 01-02-2006.

<sup>30</sup> Dades extretes de l'INE referides al 2004, consultades a la pàgina web d'aquest organisme, [www.ine.es](http://www.ine.es), el 23-05-2005.

En canvi, a diferència de les dades referides a Catalunya que es manté l'increment dintre dels estrangers, el col·lectiu dels magribins descendeix lleugerament respecte del global d'estrangers residents a Espanya <sup>31</sup> ja que en el cas dels marroquins són ara un 13,70% de la població estrangera i un 1,24% els algerians.<sup>32</sup> Aquesta lleugera baixada dels magribins dintre dels estrangers ve motivada per l'ascens d'estrangers residents d'altres nacionalitats com per exemple els romanesos que amb un 8,50% dels estrangers residents és ja la tercera nacionalitat més present a Espanya i que ha suposa l'increment d'un 52% d'aquest col·lectiu.<sup>33</sup>

Aquestes dades confirmen el que ja apuntàvem en un inici.: els marroquins són encara el col·lectiu majoritari dels estrangers i també els majoritaris entre els magribins. Els ciutadans d'altres països del Magrib tenen molt poca presència en el conjunt de la població.

La comarca del Maresme no és aliena aquesta situació i segons dades de l'observatori del Mercat laboral del Maresme del Consell Comarcal d'aquesta comarca a 1 de gener de 2004 en el global de la comarca els ciutadans estrangers ja eren el 9,6% de la població<sup>34</sup>. Dades per sobre de la mitja estatal i per sobre de la mitja catalana de l'any 2004 i més del doble de les dades de l'any 1996, en què el tant per cent d'estrangers a la comarca era tan sols del 4%, essent un de les taxes més elevades de Catalunya<sup>35</sup>.

Per tenir un abast més real de la població estrangera de la comarca, es parteix de les dades d'empadronament, que prescindeixen de legalitat o il·legalitat de la residència i, per tant, permetent ser més fidels a la realitat. L'anàlisi d'aquestes dades es centra en els municipis del partit judicial de Mataró, perquè després analitzarem els resultats dels

---

<sup>31</sup> Dades extretes de l'INE referides al 2005, consultades a la pàgina web d'aquest organisme, [www.ine.es](http://www.ine.es), el 01-02-2006.

<sup>32</sup> Segons dades del anuari MED. 2005 i a partir de dades del CARIM, aquestes xifres només són superades l'any 2004 per França que dobla la presència marroquina en aquell país i la situa al 41,71 %, mentre que segons aquestes dades la presència marroquina a Espanya en aquell mateix any estaria al 20,24%.

<sup>33</sup> Dades extretes de l'INE referides al 2005, consultades a la pàgina web d'aquest organisme, [www.ine.es](http://www.ine.es) el 01-02-2006

<sup>34</sup> Dades extretes de l'Observatori del Mercat Laboral del Maresme, consultades a la pàgina web del Consell Comarcal del Maresme el 23-05-2005 ([www.ccmaresme.es](http://www.ccmaresme.es)). Publicades al diari El Punt de 17-05-2005.

<sup>35</sup> Dades extretes del treball realitzat per la Caixa de Sabadell, VIDAL I CARDONA, Anna Maria: *Els magribins davant la legislació i la justícia espanyoles*. Premi "Estudi" d'investigació de la Caixa Sabadell 1998-1999. Cal tenir també present les dades publicades a la premsa (EL PAÍS de 10-05-2003) a partir de les dades del Institut d'Estadística de Catalunya i de la Secretaria per a la immigració.

jutjats de Mataró en concret i es bo saber en quin substrat social estant actuant i, per tant, qui són els litigants que els hi arriben.<sup>36</sup>

En un primer estudi realitzat l'any 1998<sup>37</sup> també a partir de les dades d'empadronament es constatava ja que alguns d'aquests municipis del baix Maresme, que formen part del partit judicial de Mataró tenien ja una presència magribina força elevada en relació de les dades espanyols i catalanes.

Així, a Alella amb una població de tan sols 7.889 habitants, tenia 139 habitants del Marroc i 1 de Tunísia, suposant un 2% de la població i en igual proporcions a Vilassar de Mar (371 habitants de Marroc, 1 de Tunísia i 1 de Algèria, en un municipi de 16.024 habitants), que també arribava a la taxa del 2% de ciutadans magribins. A Premià de Mar els magribins empadronats ja eren un 3% de la població (688 marroquins en un poble de 25.569 habitants, sense que apareguessin de cap altre país magribí) i a El Masnou la població magribina suposava el 1% de la població del municipi (210 marroquins, 10 algerians i cap ciutadà de Tunísia, sobre una població de 21.321 habitants)

Aquestes dades de 1998 són referides a estrangers empadronats abans de la regularització de 1999. Aquests procés especial perquè va permetre l'obtenció del permís de residència a molts immigrants, demanava una prova de la residència a Espanya i l'empadronament va ser el comprovant més acceptat. Més endavant l'empadronament va ser el requisit per tenir dret a la cobertura sanitària a càrrec de la Seguretat Social i va continuar sent un dels mitjans per acreditar la residència i l'arrelament a Espanya. Tots aquests fets van fer que l'empadronament dels estrangers es disparés a partir de l'any 1999. De fet, els estudis de l'Institut Nacional d'Estadística, confirmen que el nombre d'immigrants que s'empadronaven va créixer de manera molt ràpida i elevada fins el 2001, començant a relativitzar-se en els anys posteriors.<sup>38</sup>

L'exemple de Mataró ciutat deixa clara, aquesta evolució. L'Ajuntament de la ciutat va decidir l'any 2000 elaborar un Pla Municipal per a la convivència i per això va

---

<sup>36</sup> En el present treball no es té en compte les dades de les poblacions de l'Alt Maresme perquè estan fora del partit judicial de Mataró, però l'estudi sí que es va fer l'any 1998 pel treball premiat per la Caixa de Sabadell (veure nota anterior) i les dades en aquell moment no variaven gaire essent també els magribins l'1% i 2% de la població en municipis com Malgrat de Mar i Pineda de Mar respectivament, que aleshores també tenien una taxa de població estrangera del 4% i el 3%.

<sup>37</sup> VIDAL I CARDONA, Anna Maria: *Els magribins davant la legislació i la justícia espanyoles*. Premi "Estudi" d'investigació de la Caixa Sabadell 1998-1999.

<sup>38</sup> Així ho constatava la presidenta de l'Institut Nacional d'Estadística en una entrevista publicada a EL PAIS el 14-10-2004.

fer primer un estudi de població, comparant el padró de 1996 al del 2000.<sup>39</sup> Els resultats referits a l'any 2000 són els següents i posen de manifest l'increment d'empadronats respecte de l'any anterior.

A la ciutat de Mataró hi havia ja a 1-01-2000 un 4% de població immigrada, una taxa que estava ja per sobre en aquell moment de l'índex estatal de població immigrada que era del 2%, però al mateix percentatge d'altres poblacions properes com Premià de Mar, Badalona, Santa Coloma o Barcelona i a l'igual també que a Girona..

El grup més nombrós d'aquests estrangers empadronats a Mataró eren els magribins, un 67% de marroquins i un 1% d'altres països del Magrib, referits aquests percentatges al global de la població immigrada.

L'any 2001 el mateix Ajuntament de Mataró elabora un estudi de població<sup>40</sup> on es pot veure que en un any el nombre d'habitants estrangers arriba al 5,79%, xifres que com el propi informe municipal recull suposa en termes relatius un creixement del 32% respecte dels empadronats l'any anterior.<sup>41</sup>

Disposem ara de dades actualitzades a finals de l'any 2004 i en alguns casos fins el mes de maig del 2005. Aquesta anàlisi demostra que el nombre d'estrangers, malgrat certa ralentització que es comença a intuir, ha continuat incrementant. L'anàlisi del padró de cada municipi del partit judicial de Mataró l'evolució ha estat desigual, però també es constata que tret d'algunes excepcions el percentatge de població estrangera a cada un d'aquestes poblacions està entre el 4% i el 14%, en alguns casos per sobre de la mitjana catalana i espanyola.<sup>42</sup>

La generalització és difícil perquè la comarca del Maresme, la podríem diferenciar en tres grans zones, el baix Maresme, l'Alt Maresme i la zona de Mataró i rodalies. Cada una d'aquestes àrees presenta característiques diferents que es reflecteixen també en la seva població. La zona de l'Alt Maresme ha estat tradicionalment la més turística. En canvi el Baix Maresme és més una zona més residencial de l'àrea de Barcelona, bàsicament per proximitat geogràfica. L'àrea de

---

<sup>39</sup> Dades extretes dels documents del Pla per a la Nova Ciutadania de l'Ajuntament de Mataró, en el que vaig participar com a representat de Caritas Interparroquial de Mataró.

<sup>40</sup> Estudi de població. Mataró 1-01-2001. Elaborat per l'Àrea d'Estudis i Planificació econòmica, Institut Municipal de Promoció Econòmica de l'Ajuntament de Mataró.

<sup>41</sup> El mateix Atlas de la immigració magrebí en España (veure nota 21) ja recull que és una de les ciutats en les que més ha crescut la presència d'immigrants.

<sup>42</sup> En el conjunt de la comarca la població en general ha incrementat des del 2000, arribant a desembre de 2004 a tenir ja 386.573 habitants, el que suposa l'increment de prop del 5% de la població en quatre anys. Les causes d'aquest increment són múltiples i no només es pot atribuir a l'arribada de ciutadans estrangers. Dades extretes de l'observatori del Mercat laboral del Maresme i de la pàgina web del Consell Comarcal del Maresme [ccmaresme.es](http://ccmaresme.es)

Mataró funciona de manera més autònoma en reproducció del model que pot suposar una gran ciutat i poblacions residencials o dormitoris connexes, malgrat el fort pes encara de Barcelona. El partit judicial de Mataró agafa poblacions d'aquestes tres zones i, per tant, en els municipis estudiats anirem trobant aquestes diferències.

La classificació l'estableixo en funció del nombre d'habitats dels diferents municipis i poden definir clarament tres grups, malgrat les excepcions i l'anàlisi de la població de Mataró, que mereix un apartat especial. D'aquesta manera es pot veure l'evolució de la població estrangera al partit judicial, des dels nuclis molt petits, fins els més grans. D'aquesta anàlisi veurem que les conclusions no són sempre les que semblen a primera vista.

### a.1 Presència magribina.

#### **a)Municipis amb menys de 7.000 habitants.**

En termes generals en aquests nuclis petits (inferiors a 7.000 habitants) és on el nombre de magribins és més baix, ja que normalment es concentren en poblacions més grans on al mateix temps s'agrupen en uns determinats barris tendint de manera perillosa a crear guetos.

La majoria de nuclis petits (menys de 7.000 habitants) són generalment residencials, amb predomini de segones residències i urbanitzacions. En aquestes poblacions petites el nombre de magribins no supera l'1,5% de la població i en alguns casos ni tan sols arriba a l'1%, encara que el nombre d'estrangers en global sigui molt superior, en alguns casos superior a la mitjana catalana i espanyola com és el cas de Cabrils i Caldes d'Estrac. Normalment són nuclis on s'han instal·lat també molts europeus comunitaris a la recerca d'un bon clima i que en general els seus habitants tenen un nivell econòmic mig alt. Aquest fet fa també que s'incrementi el nombre de personal de servei domèstic, que majoritàriament és realitzat per estrangers no comunitaris. Per totes aquests consideracions en moltes d'aquestes poblacions es constatarà que, malgrat el nombre reduït en nombres absoluts de residents magribins, aquest col·lectiu sovint és el més nombrós entre els ciutadans estrangers residents. L'anàlisi detallada de cada un d'aquests municipis constarà aquests punts.

A **Teià** sobre una població de 5.847 habitants, hi ha 8 marroquins empadronats, que suposen un 0,14% de la població del municipi. No hi ha residents magribins de

nacionalitats diferents a la marroquina.<sup>43</sup> En canvi, el percentatge total d'estrangers és del 3,92%. Respecte d'aquests estrangers empadronats, els marroquins suposen un 3,49%.

A **Órrius** amb una població total de 578 habitants, no tenen cap resident magribí, encara que si en tenen d'altres nacionalitats, on el gruix més important són els de sud-americans seguits de europeus,<sup>44</sup> que en conjunt configuren el 5,19% de la població del municipi.

A **Dosrius** amb una població de 4.113 habitants, consten empadronats 19 marroquins i 1 algerià, que suposen un 0,49% del total de la població, mentre que el total d'estrangers empadronats als municipi suposa un percentatge de 3,65%.<sup>45</sup> Aquests magribins són però un 13,33% dels ciutadans estrangers del municipi.

A **Cabrera de Mar** amb una població de 4.120 habitants, consten empadronats, 49 marroquins i 3 algerians, sense que hi consti cap altre ciutadà nacional d'un altre país del Magrib. Això suposa un 1,26% de la població, mentre que el gruix dels estrangers residents al municipi és ja d'un 6,12%.<sup>46</sup> D'aquests estrangers residents els marroquins representen però el 20,69 %.

**Sant Vicenç de Montalt** amb una població de 4.879 habitants i 356 estrangers empadronats, el percentatge de població estrangera arriba al 7,30%. El col·lectiu més nombrós és el de Francesos, seguit molt de prop pels argentins i els magribins (11 algerians i 27 marroquins) suposen el 10,67% de la població estrangera i el 0,78% del total de la població.<sup>47</sup>

L'excepció a aquesta norma global de pocs magribins en un municipi petit, és el cas de Caldes d'Estrac i el de Cabrils.

**Caldes d'Estrac** sobre una població de tan sols 2.509 habitants, consten empadronats 72 marroquins i 5 algerians, que suposen un 3,07%. Però cal tenir present que el nombre d'estrangers empadronats en aquest municipi és dels més alts del Maresme i més alta també que la mitjana catalana, superant el 10% amb un percentatge

---

<sup>43</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Teià.

<sup>44</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 30-06-2004, facilitat per l'Ajuntament d'Órrius. En aquestes apareixen empadronats 2 persones d'Àustria i 2 de Dinamarca, que en tots dos casos són home i dona. També hi apareixen 1 francès, 1 italiana i 1 suec. Segurament instal·lats a la Comarca a la recerca del bon clima. No disposem de dades d'edat, però no seria d'estranyar que en molts casos es tractessin d'estrangers en edat de jubilació, que és un altre col·lectiu força important a la comarca sobretot entre els europeus. Respecte dels ciutadans extracomunitaris apareixen 14 argentins, 2 colombians i 7 peruans.

<sup>45</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Dosrius.

<sup>46</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 1-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Cabrera de Mar.

de 13,79%.<sup>48</sup> Això es deu en part a la ja tradicional existència d'alemanys (1,11% de la població, que alhora són el 8,09 de la població estrangera resident al municipi) donat a l'atractiu turístic de la zona i al fet que aquesta població tot i pertànyer al partit judicial de Mataró, per les seves característiques està més propera a l'Alt Maresme que és molt més turístic. Aquest fet és important perquè el sector turístic (sobretot en restauració i hoteleria) genera més llocs de treball, que acostumen a ser coberts per a estrangers no comunitaris. Amb aquestes connotacions no és, doncs, d'estranyar que el nombre de magribins i d'estrangers en general en un municipi tan petit com Caldes d'Estrac sigui tan elevat. En concret, els magribins suposen un 22,26% dels estrangers, per sobre fins i tot dels tradicionals turistes alemanys, instal·lats ja amb caràcter permanent i són el grup d'estrangers més nombrós de la població.

A **Cabrils** sobre una població de 6.387 habitants hi ha empadronats 649 estrangers, que suposen una taxa de població estrangera del 10,16%. D'aquestes els marroquins suposen un 34,05%, que alhora són ja el 3,46% de la població global, mentre que només consta empadronat un algerià.<sup>49</sup> El gran nombre de marroquins a Cabrils, essent un nucli residencial amb moltes urbanitzacions potser s'explica pel fet que molts d'aquests marroquins treballen precisament com a personal domèstic en aquestes cases de les famílies ubicades a les urbanitzacions, que tenen un nivell econòmic mig-alt.

#### **b) Municipis d'entre 7.000 i 10.000 habitants.**

Es tracta també de municipis cada vegada més amb un marcat caràcter residencial amb percentatges de població estrangera força elevats, amb una mitjana del 6,6 %. Són nuclis força diferents que comparteixen poques característiques comuns de població, més enllà del nombre d'habitats, per la qual cosa les dades són força diverses, però la població magribina en cap cas supera el llindar del 2% respecte del global de la població.

A **Alella** és l'única població del partit judicial on el nombre de ciutadans magribins residents, ha disminuït respecte de les dades de 1998<sup>50</sup>. Ara consten empadronats només 79 marroquins, que suposen un 0,88% del total de la població de

---

<sup>47</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 1-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Sant Vicenç de Montalt.

<sup>48</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Caldes d'Estrac.

<sup>49</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 28-04-2005, facilitat per l'Ajuntament de Cabrils.

<sup>50</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 1-01-2005, facilitat per l'Ajuntament d'Alella.

9.018 habitants. La població estrangera en aquest municipi arriba al 9,13%, dels que els marroquins en són el 9,59%. Alella respon al model de zona residencial de Barcelona a la que geogràficament està molt propera.

A **Tiana** a consten empadronats 1 ciutadà d'Algèria, 1 de Tunísia i 4 marroquins que suposen un 0,08% de la població del municipi que és de 7.104 habitants, essent el global de la població estrangera de tan sols un 2,40%, un dels percentatges més baixos de la comarca.<sup>51</sup> Tot i així, el total dels magribins suposen un 3,51% del total dels estrangers empadronats.

A **Vilassar de Dalt**, amb una població de 8.719 habitants, consten empadronats 2 algerians i 120 marroquins, que suposen un percentatge de l'1,40% sobre el global de la població, essent el tant per cent de població estrangera del 4,32%.<sup>52</sup> D'aquesta població estrangera els marroquins però en són el grup més nombrós amb un 32,36% del total dels estrangers empadronats en aquest municipi.

A **Premià de Dalt**, amb una població de 9.883 habitants, la població estrangera arriba al 6,93%. Consten empadronats 182 marroquins, que suposen l'1,90% del total de la població, 1 algerià i curiosament 5 ciutadans de Líbia.<sup>53</sup> Això suposa que els marroquins són el 26,57% de la població estrangera i el total dels magribins són el 27,44% dels estrangers empadronats.

A **Sant Andreu de Llavaneres** amb una població de 8.707 habitants, la població estrangera arriba el 10,42%, d'aquests un 6,61% en són marroquins (60 habitants) que són l'únic grup de magribins presents, que només són un 0,68% del total de la població. Els magribins no són tampoc el col·lectiu d'estrangers més gran de la població.<sup>54</sup>

### **c) Municipis amb més de 10.000 habitants.**

En les poblacions superiors a 10.000 habitants, és on el percentatge de magribins és més elevat amb una excepció: **Argentona**. Aquest municipi, molt proper a la ciutat de Mataró, es considerat per molts mataronins com una població residencial, on han proliferat les urbanitzacions, on s'han instal·lat bàsicament els estrangers comunitaris. Aquesta especial configuració fa que el tant per cent de magribins és tan sols del 0,42%

---

<sup>51</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Tiana.

<sup>52</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Vilassar de Dalt.

<sup>53</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 27-05-2005, facilitat per l'Ajuntament de Premià de Dalt.



(4 algerians i 43 marroquins sobre una població de 11.093 habitants)<sup>55</sup>, existint un 3,62% de població estrangera, dels quals un 35,32% són estrangers comunitaris, essent el col·lectiu més nombrós el dels francesos, seguits dels finlandesos. Els magribins respecte del total de la població estrangera només representen el 11,70%. Aquests fet constata, doncs, la configuració d'Argentona com un municipi residencial.

A **Vilassar de Mar**, el percentatge de magribins es manté més o menys estable al voltant del 2% des de l'any 1998. En l'actualitat, els marroquins residents en són 417, als que s'han d'afegir 3 algerians i 1 tunisià, que configuren el 2,19% sobre el total de la població de 19.263 habitants.<sup>56</sup> El percentatge de població estrangera a aquest municipi és del 8,49 %, essent important destacar que dintre d'aquest percentatge de població estrangera els marroquins són el grup més nombrós i amb diferència, suposant el 25,49%, del conjunt dels estrangers, seguits dels argentins, però a molta distància, ja que aquests només en són el 8,27% del total dels estrangers.

**El Masnou** amb un 388 marroquins, 22 algerians, 2 tunisians i 1 libi, els magribins són l'1,93% de la població, que arriba ja els 21.825 habitants.<sup>57</sup> Aquesta dada, malgrat no superar ni el 2%, suposa un increment de gairebé el doble respecte de les dades de 1998.<sup>58</sup> El nombre de població estrangera en aquest municipi és del 7,64% i el col·lectiu de magribins en suposa el 25,24% dels estrangers empadronats, essent el grup d'estrangers més nombrós.

A **Premià de Mar**<sup>59</sup>, el percentatge de magribins està al 4,35%, constant empadronats 1180 marroquins, 12 algerians i 2 ciutadans de Mauritània, sobre una població de 27.464 habitants. L'increment respecte de l'any 1998 és força considerable ja que llavors eren tan sols un 3% de la població. A més, el grup dels magribins és el més nombrós dels estrangers, ja que suposen el 38,98% dels estrangers empadronats, que alhora són el 11,02% de la població una de les taxes més elevades de la Comarca. De fet, aquestes dades de població de Premià de Mar, que amb prou feines supera els 27.000 habitants, són només comparables en tot el partit judicial a les de la ciutat de Mataró que, en canvi, té molts més habitants.

---

<sup>54</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 01-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Sant Andreu de Llavaneres.

<sup>55</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 02-05-2005, facilitat per l'Ajuntament d'Argentona.

<sup>56</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 29-04-2005, facilitat per l'Ajuntament de Vilassar de Mar. Respecte de les dades de 1998 veure nota 35 i 36.

<sup>57</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 09-05-2005, facilitat per l'Ajuntament d'El Masnou.

<sup>58</sup> Veure nota nota 35 i 36

<sup>59</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Premià de Mar.

#### **d) La ciutat de Mataró.**

A Mataró amb una població de 116.764 habitants, és el nucli de població més gran del Maresme i respecte del seu partit judicial suposa gairebé la meitat de la seva població, en concret el 43,53 %.

La taxa d'estrangers en aquesta ciutat ja hem vist que tradicionalment ha estat força elevada. En l'actualitat aquesta taxa arriba el 12,48%, més elevada que la catalana i l'espanyola i només superada al partit judicial per la de Caldes d'Estrac. Mataró, a més, té un problema afegit respecte els nuclis petits i és que el gruix dels immigrants es concentren en determinats barris on els percentatges de població estrangera pugen per sobre de la mitjana de la ciutat. Per exemple, al barri de Rocafonda l'any 2003 el nombre d'estrangers eren ja el 20% de la població.<sup>60</sup>

A Mataró consten empadronats 6.178 marroquins, que suposen el 5,29% del total de la població i un 42,38% dels estrangers empadronats, gairebé la meitat dels estrangers. És, doncs, per sí sol i amb molta diferència el grup estranger més nombrós de la ciutat, seguit a molta distància pels xinesos i gambians que suposen un 8,41% i un 7,37% de la població estrangera empadronada.

Si aquests marroquins li afegim la resta de magribins (89 algerians, 1 libi , 6 ciutadans de Mauritània i 3 de Tunísia), trobem que el conjunt de la població magribina de la ciutat és ja el 5,38% del global de la població i un 43,60% dels estrangers empadronats.<sup>61</sup>

Aquestes dades posen de relleu que el partit judicial de Mataró té un nombre elevat d'estrangers. De fet, dels 17 municipis estudiats només 6 tenen una taxa de població estrangera inferior a la mitjana estatal, 6 superen la mitjana espanyola i 2 superen també la mitjana catalana que ja és força elevada. És, doncs, una zona amb una alta presència estrangera, que no és del tot nova ja en les dècades anteriors, les plantacions i el turisme havien atret ciutadans estrangers de manera força regular. L'imaginari col·lectiu ja relacionava El Maresme amb la immigració i les dades només fan que corroborar aquest fet.<sup>62</sup> De fet, el flux d'immigrants marroquins es va establir

---

<sup>60</sup> Dades de les que se'n fa ressò fins i tot la premsa (EL PAIS 16-05-2003).

<sup>61</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 01-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Mataró

<sup>62</sup> Els mitjans de comunicació i les diferents obres publicades han ajudat a configurar aquest imaginari. Només cal tenir present alguns recents programes de TVC ja sigui documentals o de ficció en què sovint en parlar d'immigració s'ambienta amb millor o pitjor fortuna a la comarca del Maresme i de obres com la ja comentada a la nota 3. *Els altres catalans del segle XXI* dedica un capítol a la història d'un gambià que passa pel Maresme. Igualment el relat de Toni Sala *Un relat de la nova immigració africana*, d'Edicions 62. 2004, que se situa en un cap de setmana a la plana de l'Alt Maresme.

primer ràpidament en comarques com el Maresme i no pas tant a la ciutat de Barcelona que havia estat el flux habitual de migracions, essent Mataró una de les primeres poblacions catalanes a tenir un índex més gran de població magribina.<sup>63</sup> La diferència ara és l'increment i la voluntat de permanència. En una zona configurada per molts municipis residencials, la presència estrangera es combina amb els europeus comunitaris i els estrangers extracomunitaris entre els que hi trobem els magribins. El grup més nombrós entre els magribins i sovint també entre el conjunt de la població estrangera són els marroquins. En 8 de les poblacions estudiades els marroquins suposen més del 20% de la població estrangera, destacant el cas de Mataró, en què en són prop de la meitat. A tots els municipis hi ha presència marroquina a excepció d'Órrius. També gairebé a tots hi ha algun ciutadà d'Algèria encara que sovint en sigui un o dos com a molt. En canvi, només consten tunisians empadronat i amb molt poca proporció a Tiana, El Masnou, Vilassar de Mar i Mataró. Apareixen alguns ciutadans de Mauritània a Premià de Mar i Mataró i de Líbia a Premià de Mar, El Masnou i també a Mataró. Per tant, el que si s'ha generalitzat és la presència de magribins a totes les poblacions. Tan sols 10 anys enrera el gruix d'aquests ciutadans es concentrava a les poblacions més grans com Mataró i Premià de Mar, però en l'actualitat en més o menys mesura tenim ciutadans magribins residint a tots els municipis amb un sola excepció: Órrius. L'exemple d'aquesta zona constata, doncs, el que es posa de manifest a *l'Atlas 2004 de la Immigración marroquí en España*, que afirma que hi ha residents marroquins al 71% dels municipis catalans (en el cas del partit judicial de Mataró n'hi ha al 94,11% dels municipis) i que en el 21% dels municipis catalans hi viuen més de 1.000 immigrants marroquins (en el cas del partit judicial de Mataró es el 12,5% dels municipis on hi viuen més de 1.000 immigrants marroquins)<sup>64</sup>

Existeixen, doncs, uns nuclis de població, normalment més petits, que tenen un elevat nombre de població estrangera, configurat bàsicament per ciutadans de l'Europa comunitària, on la presència magribina comença a ser important, però que no ha provocat encara grans conflictes, potser ajudats per la pròpia dinàmica de les poblacions petites on és més difícil l'existència de guetos i on la necessitat de contacte amb la població autòctona es fa més evident. Aquests nuclis petits conviuen però amb altres poblacions on els estrangers més majoritaris són els extracomunitaris i en concret els magribins, que, a més, es concentren en determinats barris. Aquesta situació ja ha

---

<sup>63</sup> MIRET, Naïk: *La immigració i l'articulació de l'espai metropolità*. L'AVENÇ. Núm 277. Febrer 2003.

provocat més d'una tensió a la pròpia ciutat de Mataró però també a d'altres poblacions com a Premià de Mar, que són les poblacions amb una presència magribina més important i amb un nombre d'habitants més elevat, amb la complicació afegida que molta d'aquesta població magribina es concentra de manera molt generalitzada en uns determinats barris d'aquestes poblacions.<sup>65</sup> Aquesta situació ha portat ja des de fa temps a la ciutat de Mataró la necessitat d'establir polítiques de integració social i més recentment també a Premià de Mar.<sup>66</sup>

A aquestes dades de població constaten, doncs, el que avançava en un inici, el gran nombre de estrangers magribins residents al partit judicial objecte d'estudi. Aquest fet en si ja predisposa a l'existència d'un bon nombre de conflictes judicials on els litigants siguin magribins, més que en d'altres àrees geogràfiques, per tant les problemàtiques que s'han plantejat en els jutjats de Mataró i les solucions bones o dolentes que s'han pres són un bon substrat bàsic i pràctic a tenir en compte en un estudi jurídic que pretén donar respostes vàlides als problemes de família des de la perspectiva del Dret Internacional Privat.

## a.2 La radiografia social.

Si aquestes dades de població únicament numèriques els hi afegim altres dades o aspectes, la radiografia social que ens mostra rebel·la encara més l'existència de moltes famílies magribines amb pocs recursos econòmics que demandaren solucions judicials.

En aquest sentit, les estadístiques municipals rebel·len que el gruix de la població magribina rara vegada supera els 60 anys d'edat i que majoritàriament trobem homes i dones en igualtat de proporcions i els fills d'aquests. Es a dir que aquesta població es configura com una població d'estructura familiar. Aquestes conclusions són gairebé generalitzables a tots els municipis estudiats amb independència del nombre d'habitants.

---

<sup>64</sup> Veure nota 21.

<sup>65</sup> Cal recordar per exemple el rebombori popular que va provocar la voluntat de construcció d'una mesquita en un cèntric carrer de Premià de Mar l'any 2002 del que els mitjans de comunicació se'n van fer ressò més enllà de la comarca, essent també el tema de comentaris d'opinió. Destaquem a títol d'exemple els articles apareguts a EL PUNT de 18-04-2001 (pàg. 6), LA VANGUARDIA 6-06-2001, LA VANGUARDIA (la revista de 05-05-2002, l'article d'opinió d'Empar Moliner a EL PAIS, de 11-05-2002, LA VANGUARDIA 19-05-2002, LA VANGUARDIA 06-09-2002.

<sup>66</sup> A Mataró l'any 2000 es va començar a elaborar un pla per a la convivència (que ja s'ha citat a la nota 39) en el que vaig participar en una primera fase com a representant de CARITAS INTERPARROQUIAL DE MATARÓ. A Premià de Mar es va constituir el Consell Municipal per a la Convivència arran de la crisi produïda amb la construcció de la mesquita (informació apareguda a EL PERIODICO del 15-01-2003). Jordi Moreras també valora l'incident de la mesquita de Premià de Mar a l'*Atlas de la*

A **Teià** els 8 marroquins empadronats són 4 homes i 4 dones<sup>67</sup>. La proporció entre homes i dones també és molt similar a **Dosrius** on consten empadronats 11 homes i 8 dones marroquins. L'única persona algeriana empadronada és un home.<sup>68</sup> A **Vilassar de Mar**, en canvi, la diferència percentual entre homes i dones és més elevada. Dels 417 marroquins empadronats, 242 (58,03%) són homes i 175 (41,96%) són dones. Els algerians es distribueixen en 1 home i dues dones, que es distribueixen en 1 noi d'entre 15 i 19 anys, una nena de menys de 9 anys i una dona de 40 a 44 anys.<sup>69</sup>

A **Caldes d'Estrac** entre els 72 marroquins els homes suposen el 68,05% del total de marroquins mentre les dones en són tan sols el 31,94%. La resposta a aquesta diferència pot ser de nou el volum de llocs de treball en el sector turístic que sovint per horaris i prestació econòmica són coberts per estrangers. La proporció entre homes i dones en el cas dels algerians és més ajustada (60% homes i 40% dones). A **El Masnou** la població marroquina també està partida entre homes i dones en proporcions molt iguals 49,48% homes i 50,51% dones. Igual passa a **Argentona** dels marroquins empadronats un 51% són homes i 48,83% són dones i dels 4 algerians empadronats 2 són homes i 2 són dones. La població magribina de **Tiana** és molt poc representativa (recordem que és el municipi amb menys població estrangera del partit judicial). Tot i així, cal destacar que consten empadronades 4 dones marroquines, 1 home de Tunísia i 1 d'Algèria.<sup>70</sup> Tot i així, cal indicar que les quatre dones marroquines tenen entre 30 i 39 anys.

A **Cabrils** aquestes proporcions encara es concreten més. Dels 221 marroquins empadronats 123 són homes (55,65%) i 98 (44,34%) dones. Però si comprovem els percentatges per edats trobem que els homes marroquins trobem que 52 dels 121 tenen entre 20 i 40 anys, que suposen un 42,97% de la població marroquina masculina i 1,65% del total de la població marroquina de Cabrils. També cal destacar que 36 dels 121 homes marroquins són menors d'edat (29% dels homes marroquins) i entre aquests els grups més nombrosos és el de quinze anys d'edat seguit però dels nadons d'un any de vida. Entre les dones 42 de les 98 tenen entre 20 i 40 anys. Això suposa un 42,85% de la població marroquina femenina. Entre les dones empadronades 35 són menors d'edat,

---

*immigración marroquí en España* (veure nota 21) per afirmar que les conseqüències han estat negatives havent estat reemplaçats als líders de la mesquita per altres d'un línia més rigorista.

<sup>67</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Teià

<sup>68</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Dosrius.

<sup>69</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 29-04-2005, facilitat per l'Ajuntament de Vilassar de Mar. Les dades d'edats facilitades pel propi Ajuntament són de data 31-12-2005.

<sup>70</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Caldes d'Estrac. Les dades d'edats facilitades pel propi Ajuntament són de data 15-06-2005.

(un 36,84% de les dones marroquins) i entre aquestes el grup d'edat més nombrós és els de 5 anys, seguit de les noies de 16 anys. Més grans de 60 anys només trobem 8 persones (7 homes i 1 dona) que suposen tan sols un 3,65% de la població marroquina del municipi.

L'única persona algeriana empadronada és una dona de 30 anys.<sup>71</sup>

A **Alella** dels 79 marroquins 22 són menors d'edat (un 27%) i 43 estan entre 20 i 40 anys (54%) i només consta 1 persona de nacionalitat marroquina més gran de 60 anys. A més, és important destacar que els grups més importants són els de 35 anys (8,86%), els de 36 (7,59%) i els nadons d'un any de vida (5,06%)<sup>72</sup> És en aquest tram d'edat on la diferència entre homes i dones és més considerable. 70% homes i 30% dones.

A **Sant Andreu de Llavaneres** la població marroquina es reparteix al 50% entre homes i dones. Entre les dones el 33,33% són menors d'edat i el 43,33% tenen entre 20-40 anys. Existeix una dona més gran de 60 anys i els grups més nombrosos és el de 0 a 4 anys que són un 20% i el de 25 a 29 anys que també són un 20%. En els homes un 36,66% són menors d'edat i un 46,66% tenen entre 20 i 40 anys. No hi cap de més de 60 anys. Els grups més nombrosos són els de 30 a 34 anys (30%) seguits dels de 0 a 4 anys (16%)<sup>73</sup>

A **Premià de Dalt** la repartició homes i dones està molt equiparada. Dels 182 marroquins empadronats 98 són homes (53,84 %) i 84 dones (46,15%). Dels homes un 21,42% són menors d'edat i el 61,22% estan entre 20 i 40 anys. Els grups més grans són els de 30 a 39 anys (33,675) , seguits dels de 20 a 29 (27,55%) i dels de menys de 9 anys (13,26%). Entren les dones els percentatges són similars 32,14% són menors d'edat i el 54,76% tenen entre 20 i 40 anys. Els grups més nombrosos són els de 20 a 29 anys amb (34%) seguits dels de 30 a 39 anys (20,23%) i els de menys de 9 anys (19,04%). Només hi ha dues dones i dos homes de més de 60 anys. L'única persona algeriana empadronada és una dona d'entre 10 i 19 anys.<sup>74</sup>

A **Vilassar de Dalt**, dels 120 marroquins empadronats 66 són homes (55%) i 54 dones (45%). D'entre els homes un 18,18% són menors d'edat i el 59,09% tenen entre 20 i 40 anys. Només trobem 3 homes més grans de 60 anys i el grup més nombrós és el

---

<sup>71</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 28-04-2005, facilitat per l'Ajuntament de Cabrils.

<sup>72</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 1-01-2005, facilitat per l'Ajuntament d'Alella.

<sup>73</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 01-01-2004, facilitat per l'Ajuntament de Sant Andreu de Llavaneres. Les dades d'edats facilitades pel propi Ajuntament són de data 21-04-2005.

<sup>74</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 27-05-2004, facilitat per l'Ajuntament de Premià de Dalt.

de 36 anys (9,09%). Entre les dones les dades són similars el 16,66% són menors d'edat i el 57,40% estan entre 20 i 40 anys. Només hi ha 2 dones més grans de 60 anys i el grup més nombrós és el de 28 anys (9,25%) seguides del de 36 anys (7,40%). Les dues persones de nacionalitat algerians empadronades són dos homes de 14 i 45 anys.<sup>75</sup>

A **Cabrera de Mar** la diferència entre homes i dones encara més gran. Dels 49 marroquins 36 són homes (73%) i 13 dones (26%). D'entre els homes el 13,88% són menors d'edat i el 50% tenen entre 20 i 40 anys. Només hi ha 3 homes més grans de 60 anys. Entre les dones el 23,07% són menors d'edat i el 53,84% estan entre les 20 i els 40 anys. Només hi ha una dona més gran de 60 anys. Els algerians es distribueixen entre 2 homes de 33 i 54 anys i 1 dona de 9 anys.<sup>76</sup>

A **Premià de Mar** dels 1180 marroquins, 685 són homes (58,05%) i 495 són dones (41,94%). Els algerians es distribueixen en 8 homes i 4 dones. D'entre els homes marroquins el 25,54% són menors d'edat i el 52,11% tenen entre 20 i 40 anys. Només 14 persones són més grans de 60 anys (2,04%). Entre les fones marroquines, el 32,32% són menors d'edat i el 46,46% tenen entre 20 i 40 anys. Només el 2,62% de les dones tenen més de 60 anys. Entre els Algerians només hi ha una persona menor d'edat, la resta tant com homes com dones tenen entre 32 i 49 anys.<sup>77</sup>

A **Sant Vicenç de Montalt**, dels 27 marroquins, 12 són homes (44%) i 15 són dones (55,55%), mantenint la poca distància però superant-los lleugerament, invertint la tendència que els homes són lleugerament més nombrosos que les dones. D'entre els homes el 16,66% són menors d'edat i el 58,33% tenen entre 20 i 40 anys. Entre les dones el 20% són menors d'edat i el 53,33% tenen entre 20 i 40 anys. Només ho ha 1 dona més gran de 60 anys. Entre els 11 algerians residents a aquest municipi 7 són homes (63%) i 4 dones 36,35%. El curiós en aquest cas és que la majoria dels algerians tenen més de 40 anys, ja que només hi ha 3 persones menors d'edat i 1 un home entre 20 i 40 anys. No hi ha cap persona algeriana amb més de 60 anys, però 7 d'elles tenen, doncs, entre 41 i 60 (el 63%).<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Vilassar de Dalt.

<sup>76</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 1-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Cabrera de Mar.

<sup>77</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 31-12-2004, facilitat per l'Ajuntament de Premià de Mar.

<sup>78</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 1-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Sant Vicenç de Montalt.

A la ciutat de **Mataró**, les dades, malgrat els molts més habitants que hi ha, continuen sent similars.<sup>79</sup> Dels 6178 marroquins, 3716 (60,14%) són homes i 2462 (39,85%) són dones. D'entre els homes el 24,27% són menors d'edat i 57,88% tenen entre 20 i 40 anys, només 1,82% tenen més de 60 anys. D'entre les dones el 33,83% són menors d'edat i el 48,09% tenen entre 20 i 40 anys, un 2,19% tenen més de 60 anys. Els algerians tenen una edat una mica més elevada. Dels 89 residents, el 65,16% són homes i el 34,83% són dones. Entre els homes, el 29,31% són menors d'edat i el 55,17% tenen entre 20 i 40 anys, però hi ha un 3,44% més grans de 60 anys. Entre les dones el 25,80% són menors d'edat i el 45,16% tenen entre 20 i 40 anys, però el 19,35% tenen més de 60 anys<sup>80</sup>

D'aquestes dades podem arribar a una conclusió general sobre la població magribina del partit judicial de Mataró. La majoria de magribins són marroquins. La distribució homes dones estaria, doncs, al voltant del 60% homes i 40% dones. Per tant, no és una població masculina, sinó en proporcions cada cop més properes entre homes i dones. Els percentatges de residents per edats també són similars entre homes i dones i tot i que la població més nombrosa és la des 20 als 40 anys (en plena edat laboral), el percentatge de menors d'edat és força elevada i, en canvi, molt reduïda la de més de 60 anys, encara que potser anirà a més per expedients de reagrupament familiar a favor de pares i sogres.

Si posem aquestes dades en relació a d'altres de caràcter més general que han elaborat diferents estudis, veurem que les dades particulars del partit judicial de Mataró no s'allunyen gaire de les dades globals. Estudis diversos constaten l'increment de la immigració en els darrers anys i la seva incidència en el creixement de la població. Entre 1995-2000 la població europea en general hauria disminuït en uns 4,4 milions de persones sinó no hagués estat pel fenomen migratori. Gairebé la meitat dels migrants són dones, lluny de la idea tradicional que és l'home el que emigra. I tot i que la causa més gran de la immigració és la recerca de millores salarials i laborals, fugint de situacions econòmiques precàries, un gruix important de la població que emigra ho fa

---

<sup>79</sup> Dades extretes del padró Municipal referides a 01-01-2005, facilitat per l'Ajuntament de Mataró

<sup>80</sup> Aquestes mateixes proporcions ja s'arribava en l'estudi de població fet per l'Ajuntament de Mataró l'any 2000 (veure nota 40) Aquest informe de l'Ajuntament constata l'any 2000: la immigració magribí és una immigració familiar, entesa en sentit ampli, on queden incloses també els pares i sogres, tot i que hi ha molt poques persones més grans de 59 anys. A més és una família bàsicament configurada per dones i homes de 25 a 44 anys que porten el pes de la família. Tot i que la dona en contacte amb la societat d'acollida ha de canviar el seu paper tradicional, la majoria de dones magribines encara venen en reagrupament familiar, tot i que a vegades hi ha famílies que arriben senceres..



per ajuntar-se amb la família i acaba triant el lloc de destí en molts casos per l'existència de compatriotes ja instal·lats en aquell lloc <sup>81</sup>

Descendint a dades més properes en el cas espanyol i intentant aprofundir una mica més enllà de les dades del padró ja analitzades i partint d'un estudi concret que intenta veure les conseqüències socials i econòmiques del fenomen migratori <sup>82</sup>, es constata que el 2003 el 3% de la població en edat laboral era immigrant. De fet, entre els 20 i 44 anys d'edat s'acumula el 40% de la població espanyola i el 60% de la població estrangera. La població immigrant es queda de manera estable a Espanya. L'any 2003 més del 31,39% dels immigrants portava més de 4 anys de residència a Espanya i entre el 1999 i el 2003 es constata un gran increment de l'arriba d'immigrants pel tràmit de reagrupament familiar, que ajuda a fer un teixit familiar a la societat d'acollida.<sup>83</sup>

El creuament de les dades generals amb les dades particulars dels municipis estudiats, constata el que ja apuntaven i és que la població magribina resident en el partit judicial de Mataró és una bona part del global de la població (al voltant del 4%) i encara més la major part de la població estrangera (al voltant del 40%)<sup>84</sup>. També constatem que amb caràcter general aquesta població magribina té una estructura familiar, no són immigrants individuals sinó que s'agrupen amb els seus familiars, ja sigui pel procediment de reagrupament familiar o perquè formen famílies un cop ja instal·lats aquí amb altres membres de la comunitat magribina. Que majoritàriament són gent jove i/o en edat laboral i edat de tenir descendència, que la distribució entre homes i dones tendeix a equiparar-se i que comencen a arribar com a reagrupats no sols els cònjuges o fills sinó també els ascendents. Aquest fet juntament amb l'increment dels anomenats immigrants de segona generació i el fet de la precarietat laboral, les

---

<sup>81</sup> *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales de 2005. Organisme independent creat el 2003 sota els auspicis de la ONU.

<sup>82</sup> Dades extretes de de l'estudi: *Inmigración y transformación social*, realitzat per la Fundación BBVA i el Instituto de Estudios Autonómicos, dirigit per Guillem López Casanovas i Enric Argullol. Presentat el juliol de 2005 i que recull dades referides al període 1999-2003.

<sup>83</sup> De l'estabilitat i formació de la població estrangera a Espanya i Catalunya també se n'ha fet ressó la premsa. *El 38% de los extranjeros afirma que se quedará en Cataluña*, a EL PAIS 02-07-2003; *El perfil más frecuente del inmigrante*, a ABC 02-07-2003; *Sólo cuatro de cada diez inmigrantes tienen una intención clara de quedarse en Cataluña*, a ABC 02-07-2003; *El 64% dels immigrants tenen estudis*, a EL PERIODICO 02-07-2003.

<sup>84</sup> El càlcul s'ha realitzat a partir de les dades facilitades pels diferents municipis, però donat que aquestes dades van referides a dates diferents el global només és aproximat.

dificultats econòmiques<sup>85</sup> i sovint la poca formació, fa que la radiografia d'aquesta població sigui favorable a l'existència de conflictes jurídics en l'àmbit de la família als que junt a les demandes i necessitats econòmiques s'hi afegeix el manteniment o no de les relacions i estructures familiars tradicionals un cop entren amb contacte amb la societat d'acollida.

Per tant, aquesta situació de base, que és la població del partit judicial de Mataró, és un bon camp de treball en l'aplicació pràctica del Dret Internacional Privat en l'actualitat.

## **B- Les dades de processos judicials instats per magribins en el partit judicial de Mataró, exemplificació de la realitat social.**

Amb caràcter general els informes anuals i estadístiques que elaboren i publiquen els propis òrgans jurisdiccionals i l'administració de justícia no inclouen entre les seves dades la nacionalitat, per la qual cosa és molt difícil a partir d'aquestes dades establir conclusions respectes dels estrangers en general i menys encara individualitzar per països de procedència.<sup>86</sup>

De moment, les poques referències als estrangers que apareixen en documents elaborats per estaments oficials sobre la justícia és, per una banda, que s'ha de millorar l'accés dels immigrants a la justícia (així, un informe del CGPJ diu que hauria d'estendre's la justícia gratuïta a tots els estrangers amb insuficiència de recursos i en el pacte del govern sobre la justícia es diu que s'ha de tenir especial cura dels immigrants)<sup>87</sup> i per altra banda configuren dades dels estrangers penats i complint condemna. No hi ha però cap dada sobre els procediments civils.

Els estrangers només apareixen individualitzats quan es fan estudis sobre seguretat ciutadana i delinqüència o, evidentment, en les dades de població ja

---

<sup>85</sup> A títol d'exemple la memòria de Caritas Diocesana de Barcelona referida al 2004 constata que més del 70% dels seus usuaris són estrangers (veure *Un futur per a tothom*. Memòria 2004. Diòcesi de Barcelona. Càritas Diocesana de Barcelona.)

<sup>86</sup> Així es pot comprovar en tots els anuaris i estadístiques judicials publicats i també en algunes enquestes i informes com per exemple el que l'any 1998 va fer el Centre d'Estudis Jurídics i formació especialitzada entre els usuaris de la justícia. Entre aquests també hi eren els magribins que en aquells moments tenien causes obertes en els jutjats i tribunals catalans per bé que fossin molts menys que en l'actualitat, però no queden referits ni individualitzats. En aquesta enquesta es constata que la majoria de persones que havien acudit a la justícia eren homes, en un 63% d'entre 18 a 39 anys i en 22% ho havien fet com a demandats/imputats, però no en sabem la seva nacionalitat i per tant no en podem treure cap més conseqüència.

<sup>87</sup> Veure l'estudi *PROPUESTAS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA* – Consejo General del Poder Judicial de l'any 2000.

comentades i en les xifres sobre estrangers amb residència legal. Aquesta orientació es fruit de una política d'immigració basada només en el control de fronteres o control policial i també de la voluntat política de suavitzar o accentuar (segons el color polític) el binomi delinqüència-immigració.

Les dades sobre processos civils i més en concret matrimonials no interessaven especialment i per això quan hi ha algun cas que surt a la llum pública, com el que apareix en l'informe del Defensor del Poble<sup>88</sup> no hi ha dades objectives i quantitatives com a font prèvia per emetre un dictamen comparatiu.

Hem hagut d'esperar fins a l'any 2000 perquè es realitzés un informe detallat sobre immigració i justícia, encarregat pel Consell General del Poder Judicial i elaborat pel Laboratori de Sociologia Jurídica de la Facultat de Dret de la Universidad de Zaragoza.<sup>89</sup> Aquest estudi encara no és prou extens i es deixa elements per analitzar: no individualitza ni per nacionalitats dels subjectes en l'àmbit de procediments familiars, ni tampoc per zones geogràfiques; no analitza tots els procediments de família ni té en compte totes les variables possibles en procediments matrimonials, com per exemple si són de mutu acord o contenciosos; i no fa cap anàlisi de la incidència de la sol·licitud de justícia gratuïta per part de la majoria dels immigrants, però és un primer pas que a més ajuda a tenir una radiografia general dels immigrants davant l'administració de justícia.

En aquest informe pren especial importància la zona del Maresme, perquè els seus autors l'han considerada una àrea amb una forta presència d'immigrants digne de destacar en el seu estudi, confirmant la idea mantinguda fins ara en aquest treball que aquesta zona és una bona àrea de camp per a un treball al voltant de la immigració sigui quina sigui la seva besant, jurídica, social o antropològica entre altres. L'estudi ha analitzat, doncs, les resolucions dels jutjats de Mataró<sup>90</sup> i d'Arenys de Mar en els diferents òrgans jurisdiccionals. En el Jutjats de primera instància i instrucció de Mataró l'informe va recollir 23 fitxes<sup>91</sup>, que suposen un 6% del total de la mostra i en el cas

---

<sup>88</sup> *INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO* – Informe Anual 2002 y debates en las Cortes Generales I Informe.

<sup>89</sup> La investigació que ha donat lloc a aquest informe va ser contractada per la Universidad de Zaragoza, a través de l'Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI), amb el Consejo General del Poder Judicial i la va realitzar un equip d'investigació articulada al voltant del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. L'estudi s'ha realitzat amb dades recollides l'any 2000, però no va ser donat a conèixer fins l'any 2003. Va aparèixer una notícia sobre la e de l'any 2005 sobre l'assistència jurídica gratuïta als estrangers Espanya.

<sup>90</sup> Cal tenir present publicació d'aquest estudi aparegut a EL PAIS de 25-05-2003. El text complet de l'informe s'ha extret de la pàgina web del CGPJ [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Aquest informe és encara la base de l'informe del defensor del poble a la data d'elaboració de l'informe els jutjats de Mataró eren encara jutjats mixtes (primera instància e instrucció).

<sup>91</sup> L'informe es refereix sempre a fitxes, com a manera de comptabilitzar les dades recopilades.

d'Arenys de Mar va recollir 17 fitxes que suposen un 4% de la mostra total, però les dades i conclusions que s'obtenen en l'estudi no estan individualitzats per zones geogràfiques sinó referits al global d'Espanya.

Malgrat que en aquest informe s'aborden tots els òrgans jurisdiccionals em centraré en les dades referides a la jurisdicció civil i en concret als processos matrimonials i de família.

L'Estudi es centra en tots els ciutadans estrangers, no només en els magribins i destaca que el conjunt de procediments de família suposen el 71% del global de fitxes analitzades, essent el 37% (el percentatge més gran) els afers matrimonials i un 34% la resta de procediments de família. Aquestes dades referides no només al Maresme, ja posen de manifest i constaten el que ja he comentat a l'inici: l'increment de procediments de família amb elements d'estrangeria, que ara afecten al global de la població. Si continuem concretant trobem que el 40% dels casos analitzats eren separacions matrimonials i 34% divorcis, seguint-los a força distància les adopcions amb un 7% i encara a més distància els processos d'acolliment (3%) i internaments psiquiàtrics (2%). La distribució per sexes demostra que en aquest àmbit hi recorren a la justícia per igual homes i dones amb percentatges molt similars 52% homes i 47% dones en el cas de divorcis, 51% homes i 47% dones<sup>92</sup> en les separacions matrimonials i 58% homes i 42% dones en els casos d'acolliment. Només hi ha una lleugera diferència en els casos d'adopcions en el que les dones ocupen el 68% del casos davant del 29% del homes i en el casos d'internament psiquiàtric on la tendència s'inverteix 53% homes i 33% dones. Aquests són els únics procediments que analitza l'estudi. No hi ha dades, per exemple, de reclamacions d'aliments o de procediments de guarda i custòdia de fills en parelles de fet. Aquests aspectes és una de les mancances detectades en aquest estudi.

Les dades referides a l'àmbit de la família en relació als percentatges de sexes, contrasten amb les dades generals de l'informe que posen de manifest que hi ha més homes en general implicats en diferents procediments davant l'Administració de Justícia. També són més els homes implicats en els casos d'arrendaments, atribuint-ho l'estudi al fet que majoritàriament és l'home el titular del contracte. Les dades indiquen un 81% d'homes davant d'un 10% de dones tant de demandats com d'actors en l'àmbit dels arrendaments que alhora si individualitza per nacionalitats, essent el grup més nombrós dels implicats en aquests procediments els dels magribins amb un 24%.

Aquestes dades per si soles no són concloents però contrastades amb altres dades i estudis poden ajudar a configurar en el cas dels magribins l'estructura familiar presidida encara en molts casos per un cap de família home.

L'altra dada que recull l'informe és el nombre de fills per parella que se separa o divorcia, arribant a la conclusió que el tant per cent més elevat de supòsits són aquells en què només tenen un fill (45% en el cas de la separacions i 53% en el cas dels divorcis).

L'estudi no individualitza tampoc per nacionalitats dintre d'aquestes dades. Per aquest motiu desconeixem quins són els percentatges de magribins englobats en la mostra i en concret dintre del 6% que suposava el partit judicial de Mataró. Ara bé, cal tenir present que donat l'estructura familiar dels residents magribins al Maresme, es més que probable que un bon nombre d'aquests ciutadans hagin de recórrer als tribunals espanyols per a litigis en l'àmbit de família. En l'àmbit de la jurisdicció civil només apareixen individualitzats els magribins<sup>93</sup> en relació al tipus de matrimoni que contrauen segons les dades dels registre civils consultats i en l'àmbit dels arrendaments.<sup>94</sup> Així resulta destriable que els magribins utilitzen de manera més generalitzada les seves pròpies formes de matrimoni, ja que el percentatge més elevat dels matrimonis inscrits (el 38%) ho són sota formes diferents a la canònica o civil que només s'utilitzen en un 2% i 15% respectivament.<sup>95</sup> Tampoc no estan identificats per separat els magribins quan es parla de matrimonis registrats, per tant les conclusions generals a partir únicament d'aquestes dades són perilloses. Les conclusions de l'estudi acaben afirmant que la nacionalitat majoritària en el cas de matrimoni inscrits i sobretot el de matrimonis mixtes són els llatinoamericans i els de la Unió Europea. Entre els ciutadans del Magrib els matrimonis s'acostumen a celebrar al país d'origen i no hi ha gaires matrimonis mixtes, amb excepció d'aquells matrimonis mixtes formalment però que en la seva realitat cultural no ho són: un dels cònjuges ha adquirit la nacionalitat espanyola però és originari d'un país del Magrib.<sup>96</sup> Aquesta tendència no ha anat en increment sinó al contrari, ja que els joves marroquins de menys de 30 anys en una majoria (el 73% dels

---

<sup>92</sup> Tant en el cas de les separacions com en els divorcis hi ha 1% de la mostra en las que no consten les dades exactes per sexe. Dades extretes del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, referenciat a la nota 86.

<sup>93</sup> Apareixen els ciutadans del Magrib en el seu conjunt sense individualitzar per països.

<sup>94</sup> En el cas de Mataró les dades al registre civil ha recollit 94 fitxes que suposen un 6% del total de la mostra.

<sup>95</sup> La mostra que té en compte l'estudi no ha pogut comptar amb dades concretes de matrimonis celebrats sota la forma islàmica. Per això les dades no deixen de ser aproximatives.

<sup>96</sup> Sobre aquests aspecte concret veurem alguns casos pràctics analitzats al llarg del present treball.

homes i el 87% les dones) no estan disposats a casar-se amb un no-musulmà i un 67% tampoc es voldria casar amb un no-marroquí.<sup>97</sup>

L'altra matèria que aborda àmpliament l'estudi comentat és l'adquisició de la nacionalitat i les causes legals invocades. Aquesta dada ajuda a configurar la població magribina, però de manera general perquè de nou aquí apareixen individualitzats els magribins, encara que només sigui en el percentatge global dels que adquireixen la nacionalitat i perquè ja hem vist que en les dades generals de població tenien importància aquelles persones nascudes a països del Magrib però que tenien la nacionalitat espanyola.<sup>98</sup> Els magribins no són el col·lectiu estranger amb un percentatge més alt d'adquisició de la nacionalitat espanyola. Són en concret segons dades d'aquest estudi un 13% dels immigrants magribins els que adquireixen la nacionalitat espanyola. La causa més invocada d'adquisició de la nacionalitat espanyola és la residència habitual a Espanya (51%). Pels magribins aquesta residència ha de ser manera continuada durant 10 anys. La segona causa de majoritària d'adquisició de la nacionalitat (el 31%) és la de simple presumpció pel fet d'haver nascut a Espanya de pares estrangers que no tinguin nacionalitat o que les seves legislacions no els hi atribueixin directament la seva nacionalitat. Aquesta possibilitat en el cas dels magribins només s'ha donat generalment en el cas de fills de marroquins no casats, normalment en casos de mare soltera.<sup>99</sup>

Aquestes causes d'adquisició de la nacionalitat impliquen un grau d'assentament de llarg termini al país (en el cas de les residència) o el fet d'haver-hi nascut. A aquestes dades venen corroborades pel fet que, evidentment, en l'adquisició de la nacionalitat per simple presumpció l'edat dels sol·licitats en un 79% és inferior a 10

---

<sup>97</sup> Dades extretes del sondeig elaborat per l'Institut Sunergia, publicat al diari econòmic de Casablanca "L'economiste", sobre una mostra de 800 joves d'entre 16 i 29 anys, segons el ces de 2004. Referència extreta de EL PAIS de 25-01-2006: *El 73% de los jóvenes marroquíes solo se casaría con musulmanes.*

<sup>98</sup> Veure pàgines 26 a 31 en es concreten les dades de població per nacionalitat i per país de naixement referides a l'any 2004 i 2005 segons dades del INE.

<sup>99</sup> En l'anàlisi detallada dels casos veurem diverses d'aquestes situacions. És el cas d'Al. explicat a l'annex 2 ref. 19-2/2003.

En aquest cas, a més s'ha fet ja la petició de nacionalitat espanyola per a la filla nascuda a Espanya. Petició que està encallada perquè es demanava la presència al Registre Civil del pare que des de que va abandonar a la dona i filla no se sap on és ni ha donat senyals de vida. El criteri de les DGRN durant temps havia estat donar la nacionalitat espanyola a aquest fills ja que el Marroc no els donava la seva nacionalitat. Aquest criteri s'ha començat a examinar acuradament i les resolucions negatives guanyen pes. Així en el cas de fill matrimonial entre marroquí i equatoriana la DGRN denega la sol·licitud de nacionalitat ius soli RDGR 5-02-2002 (AZ JUR 2002/146153). Igual resultat té la RDGRN de 26-01-2004 (JUR 2004/138608) en el cas d'un fill no matrimonial entre marroquí i equatoriana. Més interessant resulta la RDGRN 10-02-2006 (BOE núm. 101 de 28/04/2006) en el cas d'un fill no matrimonial de pares marroquins que també denega la nacionalitat espanyola i que entre els seus arguments utilitza el text de la nova Mudawana marroquí.

anys i pel fet que, en canvi, el gruix de l'adquisició per residència l'edat majoritària dels sol·licitants és de 31 a 40 anys. Aquestes dades són referides al global dels estrangers no només als magribins, però recordem que el 13% dels magribins adquirien la nacionalitat espanyola. Per tant, aquest percentatge de la immigració magribí és estable i familiar, ja que els seus fills neixen ja en territori espanyol i molts hi viuen més de 10 anys per poder sol·licitar la nacionalitat espanyola.

No disposem de dades més concretes referides al partit judicial de Mataró, però no oblidem que un 6% de la mostra d'aquest estudi s'ha obtingut precisament de les dades facilitades pels jutjats de primera instància i instrucció de Mataró i, per tant, les seves conclusions hi són extrapolables.

L'estudi analitzat té moltes mancances. Una d'elles es la nul·la referència a les dades d'assistència jurídica gratuïta. Aquesta dada és important per acabar de constatar que bona part dels litigants estrangers i en concret els magribins que litiguen en procediments matrimonials o de família no tenen recursos econòmics suficients per pagar-se el cost d'advocat i procurador altres serveis que necessàries per litigar.

En aquest cas, si que disposem de les dades concretes del partit judicial de Mataró referides als sol·licitants de justícia gratuïta en el torn especial matrimonial.<sup>100</sup>

L'any 2004 en el torn matrimonial del Col·legi d'advocats de Mataró s'han comptabilitzat 697 sol·licitants en global sense individualitzar nacionalitats. L'any 1998, fa tant sols sis anys el nombre de sol·licitants eren 379<sup>101</sup>. En aquell anys no teníem individualitzada la nacionalitat. En l'actualitat la nacionalitat tampoc és una dada fàcilment consultable, però ja es recull com una dada més, per aquest motiu encara que no en gaire precisió podem determinar quants magribins han sol·licitat el dret de justícia gratuïta. Un 6,31% dels sol·licitants del torn matrimonial eren magribins (44 dels 697). D'aquests el 43% han estat per expedients de separació matrimonial contenciosa, el 15,90% per a separacions matrimonials de mutu acord. El 13,63% han estat procediments verbals en reclamació d'aliments. El 9,09% divorcis contenciosos i 2,27% divorcis de mutu acord. El 4,5% de sol·licituds de mesures prèvies a la separació o divorci i el 4,5% d'expedients de modificació de mesures. També hi ha un 4,5% de separacions de parelles de fet i un 2,27% d'execucions de sentències de separació o divorci i un 2,27 d'expedients d'incapacitació.

---

<sup>100</sup> Dades facilitades pel Col·legi d'Advocats de Mataró.

<sup>101</sup> VIDAL I CARDONA, Anna Maria: *Els magribins davant la legislació i la justícia espanyoles*. Premi "Estudi" d'investigació de la Caixa Sabadell 1998-1999.

L'any 2005 les xifres són similars, amb un lleuger descens. S'han atès 616 sol·licitants en el torn d'ofici matrimonial, sense individualitzar nacionalitats. D'aquests 65 han estat estrangers, fet que suposa un 10,55% del total. D'aquests estrangers 42 han estat magribins, i suposen per tant 6,81% del total de sol·licitants, però un 64,61 % dels sol·licitants estrangers. Per matèries les sol·licituds dels magribins més nombroses han continuat sent les separacions contencioses amb un 42,85%, però hi ha hagut un lleuger increment dels divorcis (19,05%) i un increment considerable de les sol·licituds de mesures per part de parelles de fet tractant-se de sol·licitants magribins (7,14%).<sup>102</sup>

Aquestes dades són aproximatives, perquè les execucions de sentències són molt nombroses per incompliment de les pensions però no motiven una sol·licitud individualitzada de torn d'ofici si es produeix dintre dels dos anys següents a la seva data, ja que durant aquest temps l'ha de tramitar el mateix advocat. Per aquest motiu no es porta un registre d'aquestes dades. Per altra banda, també pot passar que dintre d'un expedient que s'ha comptabilitzat com de separació o divorci contenciós hi hagi un de mesures prèvies o coetànies. Aquesta especificació està continguda en la designa material però pot ser que no estigui introduït de manera separada a la fitxa o s'ha comptabilitzat dintre del mateix procediment que s'ha registrat com a separació o divorci.

Si posem en relació les dades generals que disposem sobre estrangers a l'administració de justícia en procediments matrimonials i de família i aquestes dades de sol·licitants de torn d'ofici juntament amb les dades de població del partit judicial de Mataró es fàcil arribar a la conclusió que els ciutadans magribins necessiten en la majoria de casos recorre al torn d'ofici per litigar en aquest afers.

### **C- L'anàlisi de casos reals, valoracions generals i constatació sobre el terreny de les percepcions globals (1995-2005).**

Aquestes premisses generals exposades es constaten amb l'anàlisi pràctic sobre el terreny de diferents litigis en l'àmbit matrimonial seguits al partit judicial de Mataró des de l'any 1998. Es tracta d'un total de 36 casos seguits de manera exhaustiva i concreta. Aquests casos em serviran d'exemple també en els diferents apartats.

---

<sup>102</sup> S'ha hagut de consultar un a un i manualment les dades informàtiques per part del Col·legi d'Advocats de Mataró. Per aquest motiu pot haver-hi alguna petita variació.



La metodologia seguida en cada un d'aquests casos ha estat una entrevista personal amb cada una de les persones subjectes de cada cas, amb motiu de l'explicació de la seva problemàtica. Al llarg d'aquestes entrevistes s'endevina no només el problema jurídic de fons sinó la seva realitat social i el seu bagatge cultural.

A més, en molts dels casos s'ha portat a defensa del cas davant dels tribunals, fet que ha permès veure les dificultats que s'anaven plantejant, els diferents fets que s'anaven succeïnt i un contacte més ampli amb la persona que ha permès observar actituds i comportaments que en poques vegades es verbalitzen. En aquests casos s'ha arribat a més a sentència final que és també àmpliament comentada i descrita. N'hi ha que encara estan pendents de sentència perquè el procediment està encara en tramitació.

Alguns pocs casos se n'ha tingut coneixement per referència indirecte. Es a dir que no s'ha realitzat entrevista personal amb la persona afectada sinó amb l'advocat o assistent social que el portava.

De cada un d'aquests casos s'ha realitzat una fitxa individualitzada on es recull el supòsit de fet on s'explica la problemàtica familiar concreta que es planteja amb indicació de la data i les característiques personals dels litigants i de la seva família. En aquesta fitxa també es recull les dades processals, el fet de si els litigants actuen amb el dret de justícia gratuïta o no i la petició jurídica concreta que es formula: simple consulta o procediment judicial.

Al llarg del text es va introduint aquestes fitxes com a explicació del cas que demostra les afirmacions que s'hi fan.

Aquesta metodologia ens permet en primer lloc no perdre de vista la visió pràctica en les anàlisi doctrinals que es fan en aquest estudi que vindran sempre recolzades per un exemple pràctic i real. També es permet tenir una visió global i sistematitzada de tots els casos per poder treure característiques comuns i, en conseqüència, esbossar una radiografia dels litigants magribins en el partit judicial de Mataró i dels seus bagatges culturals i socials, tenint en compte les dades de població ja analitzades i els estudis antropològic i jurídics existents. Es a dir ens permet contrastar amb la pràctica les anàlisis i teories doctrinals tant jurídiques com socials com antropològiques.

La determinació de la data en cada cas ens permet veure a més l'evolució de la resposta jurisprudencial.

En els casos analitzats també s'han incorporat 3 casos de litigants estrangers no magribins que també poden servir de referència i en els que s'ha seguit també la

mateixa metodologia de treball. Aquesta ampliació a altres casos permet tenir una amplitud d'anàlisi en temes de Dret Internacional Privat i alhora aprofitar o criticar solucions per als casos de magribins als que es refereix el present treball. Aquests casos no s'utilitzen però a l'hora de fer una petita radiografia social dels litigants magribins que hi ha al darrera dels casos analitzats.

#### **a) Característiques personals i familiars dels litigants.**

Dels 33 casos familiar amb litigants magribins, 24 han estat iniciats i sol·licitats per dones, 5 de manera conjunta entre home i dona, encara que potser la iniciativa no sempre es tan compartida i ha primat més la decisió de la dona. Només en 4 casos els sol·licitants i activadors del procediment han estat homes.

Cal destacar també que dels 33 casos analitzats 29 són matrimonis entre marroquins. Només hi ha 1 cas entre dos algerians, una parella formada per una marroquina i un algerià i dos matrimonis formalment mixtes, però que la dona de fet tot i tenir la nacionalitat espanyola és d'origen marroquí. Només hi ha 1 cas de matrimoni entre marroquina i espanyol d'origen. Després hi ha una parella de fet formada entre una noia marroquina i el seu xicot també espanyol d'origen.

La majoria de les parelles estan casades legalment, només 3 dels 33 casos estudiats són parelles de fet. Els matrimonis també majoritàriament es celebren al Marroc, encara que siguin residents aquí i que el primer domicili conjugal sigui a Espanya. Dels 30 casos estudiats amb matrimoni, 8 s'han celebrat a Espanya, la resta ho han fet al Marroc. Dels celebrats al Marroc, 7 són celebrats per persones que tots dos o un dels cònjuges resideix a Espanya però que van a Marroc a celebrar el matrimoni i hi ha un cas en què la dona és ja espanyola i resident a Espanya però el marit viu al Marroc i hi ha un altre cas semblant però la dona no és espanyola només resident legal amb permís comunitari<sup>103</sup>. Dels celebrats a Espanya cal destacar que tres d'ells es celebren aquí perquè el marit no té permís de residència legal a Espanya i si surt al Marroc segurament no podrà tornar a entrar. En aquests tres casos el matrimoni s'ha celebrat al consolat en el cas de dos d'ells i un altre directament al Centre Islàmic de Barcelona.

La majoria de les dones s'han casat molts joves, totes elles abans dels 25 anys. En dos casos que es van casar amb 16 anys. L'edat en el moment de presentar la demanda o fer la consulta o petició és generalment inferior als 30 anys. Només en 7 dels

---

<sup>103</sup> La mare de la dona es va casar amb un espanyol i va assumir fer-se càrrec d'ella quan encara era menor d'edat.

33 casos els litigants tenien més de 30 anys però mai més de 43. En el moment de plantejar la demanda o consulta la majoria de parelles tenen fills petits. Dels 33 casos, 26 de les parelles tenien fills, d'aquestes només en dos casos tenien més de dos fills per parella en concret 3 i 4. De la resta 15 eren parelles amb 1 sol fill i 9 en tenien dos. En 15 dels casos de parelles amb fills, l'edat d'aquest no supera els 10 anys en el moment d'iniciar-se el procediment o fer la consulta. La resta els fills tenen entre 10 i 15 anys.

Dels 33 casos analitzats, només 1 està ubicat en els jutjats de Mollet del Vallès on residia la família i un altre als jutjats de Granollers. Malgrat no tractar-se d'un cas del partit judicial analitzat, la sentència que va dictar l'Audiència de Barcelona el 15-09-1998 ha estat àmpliament comentada per la doctrina i donat el coneixement extens i personal del cas a partir de l'any 1998 crec que és bo incloure la seva referència en aquest treball. El cas dels jutjats de Granollers l'he inclòs perquè en ell es produeixen característiques no comuns en la majoria de casos.

Dels 31 casos restants, el domicili dels litigants quan es planteja la demanda o la consulta es distribueix en les següents proporcions: En 23 dels casos el domicili familiar està ubicat a Mataró, en 5 casos a Vilassar de Mar, 1 cas a Premià de Dalt, 1 cas a Vilassar de Dalt, 1 a Premià de Mar.

Dels 31 casos estudiats, 9 tenen a Espanya i prop del seu domicili la resta de família més propera, pares i germans. En 9 casos més tenen només germans i/o cosins a Espanya i prop del domicili. En 12 casos es tracta però de dones soles, que tenen tota la seva família al Marroc i que o han vingut soles (en 4 dels casos) o han vingut amb el seu marit. D'aquests casos 2, a més, vivien amb la família del marit.

El problema de l'idioma és un element important en molts casos. Dels 33 casos estudiats, en 5 d'ells era necessari l'interpret per entendre's amb la persona afectada. Aquest element dificulta l'entrevista i el desenvolupament del procediment. Això fa que hagi estat necessari l'ajut de l'interpret en judici en 5 dels casos, però en un d'ells tot i ser necessari no es va demanar i la manca de presència de l'interpret va ser molt perjudicial per a la dona.

En relació a l'ús del mocador o vel<sup>104</sup> entre les dones litigants, donat que sembla ser un dels elements externs que més es qüestionen, en 23 dels 33 casos les dones no duien el mocador, destacant el cas de 2 d'elles que normalment no el duien, tret de quan venien acompanyades dels pares o dels sogres. En els darrers temps s'ha detectat que

---

<sup>104</sup> Les modalitats d'aquesta peça de roba femenina són àmplies i per això he preferit referir-m'hi amb la paraula genèrica de mocador o vel.

dones que no el duïen, ara el duen. En concret en dos dels casos estudiats ha passat així. L'explicació que donen elles es que senzillament ara el volen portar o els hi ve de gust.

Per altra banda, tot i que no és un element amb rellevància jurídica, el fet de tenir una relació més extensa amb els litigants i parlar una mica de tot, permet entreveure altres aspectes de la seva vida, com és la religiositat. Només en 5 dels casos estudiats, els sol·licitants es mostren clarament com a creients musulmans i segueixen les prescripcions de la seva religió de manera molt convençuda. De fet, en 2 d'aquests casos les seves famílies estaven àmpliament lligades a l'eix social de les seves respectives mesquites. En la resta de casos no s'ha pogut aprofundir en aquest aspecte o s'observa que les festes religioses les segueixen més per tradició que per convenciment religiós. En els darrers temps s'ha notat encara més aquesta voluntat d'afirmació de la seva cultura d'origen.

#### **b) Peticions jurídiques formulades**

Dels 33 casos estudiats, 18 d'ells han arribat als tribunals. Les peticions formulades en aquests sentit han estat:

Separacions matrimonials contencioses: 5.

Divorcis: 11. D'aquests D'aquest 10 casos han estant contenciosos. 3 d'aquests 10 es van reconvertir en mutu acord ja en el jutjat.

Divorcis amistosos: 1 realitzat a Espanya. Hi ha dos casos mes que han decidit realitzar el procediment al Marroc.

Demandes de separació per aplicació del dret espanyol per excepció d'ordre públic i subsidiàries de divorci per aplicació del dret marroquí. 4. D'aquests casos només 3 d'ells han arribat a resolució final, un acordant la separació i 2 acordant divorci, els altres dos es van reconciliar i van desistir del procediment.

Reclamació d'aliments amb peticions accessòries de guarda i custòdia i règim de visites pels fills: 2.<sup>105</sup>

En aquests 20 procediments instats, ha calgut demanar mesures prèvies a la demanda o de manera coetània a la mateixa en 13 casos, ja que hi havia menors o situacions urgents que ho feien imprescindible.

---

<sup>105</sup> Els percentatges que aquestes dades suposen no s'allunyen gaire de les dades recollides en caràcter general per a tota Espanya en l'informe del Laboratori de Sociologia del Dret de la Universidad de Zaragoza (veure nota 89 i pàg. 49) Respecte les separacions matrimonials cal recordar que allà es constata que eren el 40% de les peticions i un 34% els divorcis. En els casos estudiats un 50% són peticions de separació matrimonial i un 38,88% de divorci.

D'aquests 20 procediments judicials, en 4 casos les sol·licitants, que eren dones han desistit i han fet arxivar el procediment. En 1 d'aquest casos la dona va iniciar el procediment dues vegades per acabar-ho deixant. Hi ha un altre cas a part d'aquests 5 ja comentats, en què també es va produir una reconciliació, però que un any després va tornar a acabar als tribunals, acabant amb una sentència de separació matrimonial. En un altre dels casos també es va produir una reconciliació mútua. El procediment de trencament matrimonial es també una cosa de família i pares o germans s'hi impliquen tots. Les pressions són molt fortes per les dues bandes i a vegades és aquesta pressió social i familiar la que fa més pes. Ara bé, les aliances també es donen i cada família recolza al seus, fent que l'altra cònjuges sigui el culpable de tot, a vegades fins a extrems insospitats.

La resta dels 33 casos han estat consultes i entrevistes personals, sense arribar a plantejar procediment judicial. D'aquests 13 casos restants, les consultes jurídiques formulades són diverses. La majoria giren al voltant de si poden divorciar-se o si ho poden fer a Espanya i com (6 casos), encara que després no hagin plantejat cap procediment judicial. D'altres es tracta de mares solteres que no volen tenir problemes amb el pare de la criatura (2 casos). Algunes han estat consultes sobre el fet mateix de contraure matrimoni amb persones espanyoles (2 casos) i el seus efectes, d'altres sobre les qüestions més econòmiques de la relació matrimonial, el que nosaltres anomenariem règim econòmic matrimonial (2 casos) i algun cas ha estat una denúncia per part d'una jove marroquí de 18 anys a la que els seus pares volien casar-la a la força. De les 13 consultes formulades, la realitat és que en 11 casos han decidit no fer res, reconciliar-se o tornar-ho a provar. En dos casos han decidit presentar procediment de mutu acord al Marroc.

Del total dels 33 casos, en 16 d'ells s'al·legaven maltractaments en l'àmbit de la llar. D'aquests en 8 d'ells s'havien sol·licitat mesures de protecció en l'àmbit penal, que s'havien concedit en 7 casos. D'aquest 2 havien motivat l'ingrés en un centre d'acollida de dones maltractades. Dels 16 casos en què s'al·legaven maltractaments en 5 d'ells el primer procediment instat havia estat la denúncia penal i només després d'haver-se donat resposta a aquest en el jutjat de guàrdia s'ha presentat la demanda civil.

### **c) Cronologia**

Els casos analitzats s'agrupen cronològicament d'acord amb les següents dates.

● **1998-1999.**

En aquest període s'inicien 6 casos. D'aquests 5 han tingut també la sentència en primera instància abans de l'any 2000. Només en un cas arriba després i es perquè la dona havia intentat una reconciliació i, per tant, havia paralitzat el procediment.

● **2000-2001**

En aquest període de temps es produeixen 8 dels casos. D'aquests 4 arriben als tribunals. D'aquests 1 es desisteix per la sol·licitant abans de la sentència. Els altres 1 arriben a un mutu acord. Els altres dos la dona desisteix després d'un primer auto de mesures prèvies a la demanda i l'altra té una sentència desfavorable per manca d'intèrpret adequat.

● **2002-2003**

En aquest període es veuen 8 dels casos estudiats. D'aquests arriben als tribunals 5 casos, dels quals 4 que tenen sentència en aquest mateix període estimant les seves pretensions i 1 es resol per conversió en mutu acord ja al 2005.

● **2004-2005**

Els 11 casos restants es veuen durant l'any 2004 i fins el desembre del 2005. D'aquests 5 arriben als tribunals, un desisteix tot just començar per reconciliació i els altres quatre encara estan pendents de tramitació i resolució. En tots ells s'ha al·legat ja la nova Mudawana marroquina.

**d) Utilització del dret d'assistència jurídica gratuïta.**

Dels 33 casos estudiats, 18 han arribat als tribunals. D'aquests 18, en 12 casos tots dos litigants ho feien amb el reconeixement de justícia gratuïta i, per tant, amb advocat d'ofici. En 5 casos un dels dos litigants ho fa amb advocat d'ofici i l'altre ho fa amb advocat particular. Només en 1 dels casos tots dos litigaven amb advocat particular.

**e) Respostes jurisprudencials.**

● **Competència judicial**

Dels 20 casos judicials, en 19 d'ells no s'ha posat problemes de competència judicial en el moment de conèixer la demanda, encara que a alguns dels litigants els haguessin assessorat malament abans i els hi haguessin dit que no podien separar-se o

divorciar-se a Espanya. Només hi ha un que està encara pendent l'admissió de la demanda, ja que data l'afer de desembre de 2005.

De fet, en tots els casos l'anàlisi que fa del tema les diferents sentències o autos es superficial i a vegades ni tan sols apareix aquest raonament en el text de la resolució.

### ● **Llei aplicable i acreditació del dret estranger.**

La majoria dels litigants busquen una resposta pràctica al seu problema i, per tant, els hi és igual quina llei se'ls hi apliqui, només volen una resolució. És cert que com a mínim fins a la reforma de la Mudawana del 2004 les dones al seu país d'origen tenien més dificultats legals per aconseguir el divorci encara que sobre el paper tinguin unes causes per sol·licitar-los, i també és cert que moltes s'atreveixen un cop aquí perquè saben que es més fàcil, però en la majoria dels casos és simplement una qüestió pràctica: viuen aquí de manera estable, només viatgen al Marroc un cop l'any i no volen portar un procediment judicial a distància. Només cal veure els pocs casos en què s'ha produït una demanda paral·lela al Marroc. És cert també que en el Consolat del Marroc a Barcelona, tramiten des de fa temps una mena de procediments de mutu acord que després un dels dos conjugues ha d'anar a la legalitzar als tribunals del Marroc, però les dones en general hi confien poc, perquè al consolat el primer que fan es pressionar-les perquè tornin amb els seus marits i perquè han sentit casos, en què les dones que no saben llegir i escriure han signat acords al consolat enganyades. El tema de llei aplicable és en realitat el més conflictiu i polèmic, en la majoria dels casos lligat a l'altra gran qüestió: la prova del dret estranger.

Al llarg del present treball analitzaré amb deteniment les diferents respostes jurisprudencials en aquesta matèria. El que pretenc ara és simplement una situació fàctica del nombre de casos en els que s'han abordat aquestes matèries.

En les demandes portades a nivell personal es va al·legar i provar el dret marroquí. En la majoria de casos es demanava la seva no aplicació per excepció d'ordre públic. En d'altres es feia la petició d'aplicació del dret marroquí de manera subsidiària.

En els casos no portats personalment i comentats a través dels seus professionals responsables, en la majoria no s'al·lega ni es prova el dret estranger. En alguns quants s'intenta aquesta prova.

A partir d'aquestes circumstàncies només pretenc ara determinar numèricament els supòsits als que s'ha acabat aplicant dret espanyol o dret estranger, per després al llarg del treball fer els comentaris jurídics extensos.

Dels 20 casos que han arribat als tribunals, s'ha acabat aplicant dret espanyol en 9 d'ells. Només en 3 d'ells s'ha aplicat dret marroquí i un d'ells ho va ser en la conversió del procediment en mutu acord, per salvar així l'aplicació del dret espanyol ja que la petició de fet s'havia formulat inicialment com a contenciosa. Dels 7 restants, 5 han acabat en desistiment de les sol·licitants i 2 encara està pendent de resolució.

### **Existència de procediments paral·lels als països d'origen.**

Dels 33 casos, s'han iniciat procediments al país d'origen en dos casos perquè han decidit fer-ho de mutu acord. La resta de casos en què consten procediments al Marroc són 7. En 2 d'ells eren procediments instats expressament pels marits per eludir el compliment del que la dona estava reclamant al Marroc. En els 4 restants eren les pròpies dones que seguint el que era el funcionament normal fins a la nova Mudawana havien plantejat demanda contra els marits per reclamació d'aliments i tenir així provada una causa de divorci. En un d'ells va ser el marit que malgrat haver iniciat procediment de divorci a Espanya, va decidir plantejar procediment al Marroc perquè el procediment a Espanya s'havia allargat en el temps i no havien resolt encara res en quatre mesos des de presentada la demanda.

### **Sol·licitud d'execució de la sentència espanyola al Marroc.**

Dels 33 casos, només en 5 d'ells han manifestat la voluntat que la sentència espanyola tingués efectes al Marroc. En un d'ells s'ha aconseguit, i les altres dues estan valorant els costos econòmics per decidir fer-ho o no. Ja que totes elles han hagut de recórrer a despatxos especialitzats instal·lats a Europa per fer-ho.

Tots els casos analitzats exemplifiquen la realitat quotidiana en els jutjats. Una realitat aquesta que ja és present en la major part del territori i a la que cal donar una resposta jurídica especialitzada, perquè ja és un segment important de la població i les seves problemàtiques familiars són ja també un dels problemes jurídics habituals. Les anàlisi detallades a partir dels 31 casos concrets del partit judicial de Mataró i dos del partit judicial de Granollers i Mollet del Vallès, contrastades, amb altres estudis més amplis<sup>106</sup> ajuden a configurar la realitat social i cultural dels litigants magribins i donen

---

<sup>106</sup> En aquest sentit, cal tenir present les dades demogràfiques ja comentades, així com l'estudi sobre la immigració i la justícia de la Universidad de Zaragoza ja citat i també els treballs antropològics que s'han utilitzat en la confecció del present treball, que configuren característiques comuns de la societat, la família i la cultura magribines.



pautes que després s'aplicaran en els diferents apartats del present treball a l'hora de fer les propostes de futur per a la resolució jurídica d'aquests conflictes familiars d'una bona part de la població.

## **2-La dificultat d'identificar els conceptes bàsics en el plantejament inicial del litigis de família en què intervenen magribins.**

La poca pràctica de casos familiars amb elements d'estrangeria fa que durant anys les respostes donades pels diferents operadors jurídics hagin estat confuses i a vegades incorrectes. Els dos conceptes bàsics: competència judicial i llei aplicable s'ha barrejat i confós sovint, fins i tot algunes decisions judicials. Aquesta dificultat d'identificar els conceptes bàsics de Dret Internacional Privat en els litigis amb elements d'estrangeria encara ha dificultat més la trobada de solucions indònies quan aquest tipus de litigis s'han generalitzat.

En l'actualitat està ja més que assumit que els tribunals espanyols són competents per conèixer aquests litigis matrimonials, quan tots dos cònjuges de nacionalitat d'algun país magribí, tenen la seva residència habitual a Espanya, encara que no sempre havia estat així.

En un primer moment els immigrants marroquins amb problemes matrimonials, no sabien ni que podien anar als tribunals espanyols a plantejar la seva demanda. Creien que ho havien de solucionar al país d'origen i això per costos i per desconfiança en el seu propi sistema judicial se'ls feia impossible. Aquest és el cas d'Am. que va esperar cinc anys per a plantejar un procediment matrimonial.

*Supòsit de fet: Am. es una noia marroquina (30 anys). Va venir a Espanya ella sola ja fa deu anys i va establir-se i trobar feina. Està ja en tràmits de demanar la nacionalitat espanyola. Un cop establerta va tornar de vacances al Marroc per casar-se amb un home que coneixia poc. Ell va venir a Espanya gràcies a aquesta matrimoni. Des del principi el marit va ser un descuidat, va deixar totes les feines que ella li buscava gràcies als seus contactes amb persones espanyoles. Era ella la que portava econòmicament la família. Am. quan es va casar, era la dona de servei domèstic fixa d'una família amb la que treballava pràcticament des de la seva vinguda a Espanya. En la finca d'aquesta família tenien una casa de masovers que podia ocupar ella i la seva família i així estalviar-se un lloguer. Els*

*conflictes familiars amb el marit eren continus, arribant a agressions que presència la família per a la qual treballa. Am és atesa als serveis socials de la població, que fan una consulta als jutjats i els diuen que no poden fer res, que ells no són competents. El matrimoni, malgrat tot, ha tingut una filla, que té cinc anys en el moment del divorci. En una d'aquestes discussions aconseguix fer fora el marit de casa amb l'ajuda de la família per la qual treballa i ell se'n va, malgrat amenaçar-la unes quantes vegades. Separats de fet els ànims es calmen, el marit desapareix durant un temps i es desentén, fins i tot, de la seva filla. Quan ja han passat cinc anys Am, ha aconseguit tranquil·litat i una certa millora econòmica que li permeten accedir a un pis de compra amb el pagament d'una hipoteca. El nou pis el compra ella sola i hi conviu només amb la seva filla. Decideix però regularitzar la seva separació de fet. Ja porten cinc anys separats.*

*Donat la seva petita millora econòmica no demana que se li reconegui el dret a la justícia gratuïta, i litiga amb advocat privat, al que paga a terminis. No es pot permetre tampoc grans despeses.*

*AM és qui presenta la demanda de divorci. El marit demana el dret a l'assistència jurídica gratuïta i li concedeixen, litigant per tant amb advocat d'ofici.*

*La demanda inicial és contenciosa, però al jutjat on correspon té costum de intentar sempre l'acord entre les parts, fruit d'això les parts arriben a acords i reconduïxen el procediment a un procediment de mutu acord segons la legislació espanyola. De fet, un cop entrat el procediment en el jutjat no s'ha tingut en compte en cap moment quina havia de ser la llei aplicable, actuant sempre i en tot moment com si fossin dos nacionals espanyols.*

**Petició formulada en la demanda:** *Es demana Divorci d'acord amb la legislació espanyola per considerar la legislació marroquina contrària a l'ordre públic espanyol, demanant guarda i custòdia de la nena i una pensió d'aliments per a la menor. S'aporta prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada.*

**Dades processals:** *s'aplica encara la LEC de 1881 i, per tant, també les normes processals de la llei 30/1981 de 7 de juliol.*

Aquest és el clar exemple que es produïa en aquells moments. En el moment del trencament la van informar malament i li van dir que els tribunals espanyols no podien ni separar-la ni divorciar-la que li calia anar al Marroc. Davant la informació facilitada i com que no podia tornar al Marroc i com que el marit havia marxat del domicili, va decidir de moment no fer res a Espanya, però per guanyar temps, va plantejar al Marroc

una demanda en reclamació d'aliments al marit per a ella i per a la nena, ja que era la via normal d'accedir al divorci per a una dona al Marroc<sup>107</sup>.

Aquesta mala informació, és a dir, el no voler reconèixer la competència dels tribunals espanyols també és el cas de BB i J, un matrimoni que trenca precisament en enfrontar-se a la societat d'acollida i que en un primera consulta que fa BB als jutjats ja que té relació amb alguns operadors jurídics per raó de la seva feina, li diuen que no poden tramitar-li el seu divorci o separació. No podent tornar el marit al Marroc per motius polítics decideixen esperar-se.

***Supòsit de fet:** BB i J són una parella de marroquins que va marxar del Marroc per problemes polítics del marit encara sota el regnat de Hassan II. Tots dos tenen una bona formació i ella tenia a més una bona feina al Marroc que va deixar per seguir al seu marit. Aquesta decisió li va costar un fort enfrontament familiar. Un cop a Espanya tots dos han desenvolupat activitats econòmiques per compte propi, encara que no tan qualificades com les que tenien al Marroc i tenen, evidentment, tots els permisos de residència i treball. Han tingut dos nens, que en el moment de la separació tenen 2 i 4 anys. Totes les vicissituds viscudes, l'establiment en un nou país, les noves relacions home-dona que ells també han incorporat i les tensions encara familiars els porta a la conclusió que ja no es veuen capaços de viure conjuntament. Per tant, de manera pactada decideixen posar fi al seu matrimoni. Per això redacten un conveni de mutu acord en el que pacten l'ús del domicili conjugal, que era de lloguer, la guarda i custòdia dels fills i la pensió a favor d'aquests.*

*Recorren tots dos al mateix advocat privat, al que paguen mica en mica.*

***Petició formulada a la demanda:** Aquest conveni el presenten al jutjat que l'acorda sense cap problema i sense valorar el dret aplicable.*

***Dades processals:** S'aplica la LEC de 1881 a tots els efectes.*

Aquestes primeres consultes, es situen entre els anys 1990 i el 1995. En aquell moment el nombre de persones immigrants magribins que hi havia a la zona del Maresme i en general a tot Espanya era molt inferior a l'actual. Aquestes circumstàncies: la negativa a entrar a conèixer aquests procediments en la majoria dels

---

<sup>107</sup> En la Mudawana reformada al 1993 la no manutenció de l'esposa (que era obligació del marit) era causa de divorci. Aquesta era una causa de divorci molt comú entre les dones, provar altres causes encara és més difícil. L'anàlisi detallat d'aquest fet des d'una perspectiva antropològica en l'apartat "El necessari tractament multidisciplinar en l'estudi de les relacions familiars entre ciutadans provinents del Magrib..." pàg. 225 ho posarà de manifest.

casos per falta de costum i el fet que el nombre de persones magribines eren menor, fa que no sigui fins fa poc no tinguem sentències, ni de primera instància, ni des les Audiències Provincials que comencin a resoldre conflictes matrimonials entre estrangers i més concretament entre magribins.

Aquesta poca pràctica en aquest tipus de procediment i en general en qualsevol expedient amb elements d'estrangeria feia que l'argumentació jurídica per part dels tribunals i dels propis defensors de les parts no fos tan acurada i es barreguessin termes i conceptes i, fins i tot, es tingués dubte sobre quina era la normativa aplicable en matèria de competència judicial. Així, durant temps es discutia que fos directament aplicable la LOPJ i s'argumentava en moltes sentències les disposicions transitòries de la llei 30/1981 de 7 de juliol com a criteri jurídic per determinar si els tribunals espanyols eren els competents o no i les connexions en matèria de competència internacional diferien força entre una i altra norma. Davant d'aquesta disjuntiva la doctrina es va encarregar de deixar constància que les disposicions en matèria de competència internacional establertes en la llei 30/1981 de 7 de juliol, quedaven superades i que només quedaven vigents les normes en matèria de competència territorial interna que establia aquesta mateixa llei. Aquesta era la conclusió encara que això en alguns casos suposés una restricció a la competència dels tribunals espanyols, ja que la LOPJ era a consciència més restrictiva que la llei 30/1981.<sup>108</sup> Malgrat això, no va faltar la jurisprudència que aplicant les normes de la disposició addicional primera de la Llei 30/1981 de 7 de juliol determinés que els tribunals espanyols no eren competents<sup>109</sup>

En qualsevol cas, els criteris que es fan servir per determinar la competència dels tribunals d'un país en matèria de dret de família, acostumen a ser la nacionalitat i la residència. Aquests criteris són de caire subjectiu a diferència dels seguits per determinar la competència en altres branques del dret i donen lloc a la competència dels tribunals en situacions que en altres matèries serien impensables, sense ser mai furs exclusius i utilitzant en la majoria dels casos diferents punts de connexió alternatius.

---

<sup>108</sup> AMORES CONRADI, MIGUEL A.: *La nueva estructura del sistema español de competencia*. REDI Vol. XLI 1989.1 i obres més generals de les que es citen a títol d'exemple - CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS – CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Competencia judicial internacional. Temas de Derecho Internacional (2002)*- V LEX IN309. ([www.vlex.com](http://www.vlex.com)).

CALVO CARAVACA, MANUEL: *Introducción al Derecho Internacional Privado*", pàg.. 600-601. 1997.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos i SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos i SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*, pàg. .618-623. Ed. Civitas, Madrid, 1997.

A part de les normes fixades en el Reglament 2201/2003 de 27 de desembre actualment en vigor per a les qüestions de família, les solucions de dret internacional intern d'altres estats europeus<sup>110</sup> segueixen igualment barrejant els mateixos criteris: residència habitual i nacionalitat, decantant-se cap a un o altre i en alguns casos introduint altres criteris per prendre la decisió final, com és el cas d'Alemanya. A títol d'exemple podem veure algunes solucions d'altres països.

En el cas italià són competents els tribunals italians quan el demandat tingui el seu domicili a Itàlia o un dels dos esposos sigui italià o el matrimoni s'hagi celebrat a Itàlia.

A Alemanya, després d'haver reformat la llei al 1986, s'estableix que en el cas de dos esposos estrangers seran competents els tribunals alemanys quan tinguin residència habitual a Alemanya tots dos o quan només en siguin resident habitual a Alemanya un dels dos i aquest sigui apàtrida. Fora d'aquest cas si només un dels cònjuges és resident habitual a Alemanya només seran competents els tribunals alemanys si la resolució que s'obtingui es pot reconèixer al país d'origen. En aquest cas, comparteixo la idea ja apuntada per Anna Quiñones que aquesta solució prima l'harmonia internacional de solucions però perjudica l'interès de les persones a obtenir una resolució judicial que doni resposta a la seva petició. Entenc que en aplicació del principi de tutela judicial afectiva, detallada i concretada pel propi Tribunal Constitucional en sentències recents, aquesta solució no seria la més ajustada als nostres criteris constitucionals, perquè podria veure's afectades persones i, fins i tot, menors, que quedarien en territori espanyol sense l'emparedament de cap resolució judicial, quan l'altre cònjuge no és a Espanya, i el que s'ha quedat aquí no pot tornar al seu país d'origen, ni obtenir cap altra resolució judicial.

La llei federal suïssa de Dret Internacional Privat de 1987, atorga competència als seus tribunals quan el demandat té el seu domicili a Suïssa, però també quan és el demandant que té el seu domicili habitual a Suïssa i hi resideix des de fa més d'un any o també quan aquest demandant es suís. També són competents quan els esposos no tenen domicili a Suïssa, però un dels dos com a mínim té nacionalitat suïssa, sempre que l'acció no es pugui intentar en el domicili d'un dels esposos o no es pugui exigir aquesta

---

<sup>109</sup> Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 04-02-1995 Secc. 2ª Comentada per Nuria Marchal Escalona a la REDI Vol XLIX (1997) I.

<sup>110</sup> Dades extretes de QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. (pàg. 91 a 109).

circumstancia raonablement. Per tant, les possibilitats de competència s'amplien enormement.

El Codi de Procediment Civil holandès de 1993, també dona competència als tribunals holandesos, quan almenys un dels esposos estrangers portin residint a Holanda com a mínim 12 mesos.

A la Gran Bretanya també es demana aquesta residència d'un any.

A França el sistema és molt més complex. Per una banda, predomina encara el criteri de la nacionalitat d'un o dels dos (art. 14 y 15 del Codi Civil). Quan no hi ha aquesta nacionalitat es recorre a la internacionalització de la norma interna de distribució de la competència territorial dintre del país d'acord amb l'article 1070 del Nou Codi de Procediment Civil. Es a dir: són competents els tribunals francesos quan en el moment de la presentació de la demanda el demandat, tots dos esposos o el cònjuge amb qui resideixin els fills menors, visquin a França. Si plantegen demanda de mutu acord un dels dos ha de residir a França i tots dos s'han de sotmetre a la jurisdicció francesa.

Malgrat tot això, cal afegir complicació al sistema per l'establert als Convenis Bilaterals que ha signat a Marroc i Algèria <sup>111</sup>que donen també competència als tribunals de la nacionalitat comú, entrant en joc llavors els criteris per determinar quan hi ha litispendència, bàsicament regits pel principi que el tribunal que coneix en segon lloc ha de desistir i tenint en compte si hi ha hagut frau o no. La jurisprudència francesa ja s'ha pronunciat en casos d'aplicació d'aquest convenis i ha vingut admeten la competència del tribunal estranger en base a dos criteris: un lligam característic i que no hi hagi hagut frau en l'elecció d'aquest tribunal. Aquests supòsits tan es donen al moment de plantejar el reconeixement de sentències a França, com quan en plantejar una demanda a França es vol fer valer una sentència o resolució estrangera perquè sigui desestimada.

En el cas del Conveni amb Marroc trobem ja la sentència de la Cour de Cassation de 13-12-1994, considera que la nacionalitat marroquina dels dos cònjuges fa que el tribunal marroquí pugui ser competent per dissoldre el matrimoni, sempre que aquesta elecció no hagi estat fraudulenta. En igual sentit que la sentència també de la Cour de Cassation de 4-05-1994 que, malgrat mantenir el mateix criteri, determina que

---

<sup>111</sup> Cal tenir present el Conveni entre França i el Marroc de 10-08-1981 relatiu a l'estatut de les persones i la família i la cooperació judicial. Vid el text i comentaris a la Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 1984. Existeixen convenis també amb Algèria (un primer de 27-09-1964 i un posterior de 21-06-1981)

sí hi ha hagut frau i també la sentència de 31-01-1995 de la Cour de Cassation, que entra a analitzar quin tribunal dels dos competents va conèixer en segon lloc.<sup>112</sup>

Les solucions són semblants en el cas de sentències que apliquen el conveni entre Algèria i França.<sup>113</sup>

En el cas espanyol les conclusions finals podrien ser similars a la dels altres països europeus perquè els criteris que s'utilitzen acostumen a ser els mateixos. L'engranatge de normes ve a ser també similar: primer cal mirar l'existència de convenis internacionals en la matèria i en defecte d'aquests les normes internes sobre competència judicial internacional. A Espanya en defecte de conveni o tractat internacional és la LOPJ l'encarregada de fixar les normes sobre competència judicial internacional. El sistema és complex, (no hi ha encara una sola norma on podem trobar totes disposicions sobre competència judicial internacional), perquè per una banda hi ha convenis internacionals vigents i més recentment els Reglament comunitaris en matèria matrimonial i de responsabilitat parental i després o en defecte d'aquests la LOPJ. A més, la qüestió es complica perquè un cop determinat que són competents els tribunals espanyols cal veure a quins tribunals els hi correspon territorialment dintre de l'estat, existint altres disposicions que determinen la competència territorial a nivell intern amb la complexitat afegida que sovint els criteris utilitzats per determinar la competència internacional no són sempre els mateixos que per determinar la competència territorial dintre del territori espanyol.

La nova LEC 1/2000 ha consolidat aquest esquema. Aquesta nova llei processal, deixa clar en el seu article 36 quina és la normativa que determina la competència dels tribunals espanyols: l'establert a la LOPJ i el recollit en els tractats i convenis dels que Espanya en sigui part.

Per tant, la nova LEC deixar clar que la competència internacional dels tribunals espanyols està determinada per unes normes, que poden ser convencionals i en defecte d'aquestes seran les lleis internes qui determinin la competència dels tribunals espanyols, acabant així amb el tractament ambigu que en molts casos es donava a la LEC de 1881. Aquesta antiga norma processal en vigor fins fa pocs anys, amb la incidència de la LOPJ de 1985, semblava donar una competència total als tribunals espanyols, que en tot cas es matisava per part del tribunal Suprem. Aquesta situació

---

<sup>112</sup> Sentència de la Cour de Cassation 31-05-1995 extreta del JDI 2, 1995 pag 345-346. Sentència de 04-05-1994 de la Cour de Cassation extreta de Rev. Crit. Dr. Interna. Privé 84(1) janv-mars 1995.

<sup>113</sup> Vid sentències de la Cour de Cassation francesa de 24-11-1993, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé avril-juin 1994 i la sentència de 15-06-1994, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé janv-mars 1995 84(1)

també havia propiciat que en altres lleis sobre matèries concretes es recollissin normes de competència internacional. El cas més clar en l'àmbit de la matèria de dret de família ho tenim en la llei 30/1981 de 7 de juliol i la disposició addicional primera. La LOPJ de 1985 va voler omplir aquesta llacuna amb els seus articles 21 i 22, clarament inspirats en els criteris del Conveni de Brussel·les de 1968, que entraria en vigor a Espanya poc temps després, en entrar Espanya a formar part de les aleshores Comunitats Europees.

La nova LEC que pretén deixar tancada aquesta situació i per això recull aquest text legal l'existència d'un sistema convencional per determinar la competència internacional dels tribunals espanyols i en defecte d'aquestes normes convencionals, el sistema general a aplicar és el fixat en la LOPJ. L'article 36. 2 de la LEC 1/2000 determina que els tribunals espanyols s'han d'abstenir de conèixer en els supòsits d'immunitat de jurisdicció o execució segons les normes del dret internacional públic, en aquells casos en què l'afer estigui atribuït amb caràcter exclusiu a la jurisdicció d'un altre estat en virtut de tractat o conveni internacional del que sigui part o quan el demandat citat en termini i forma no comparegui si és un dels casos en què la competència internacional dels tribunals espanyols es pot fonamentar només en la submissió tàcita de les parts.

Ara bé, l'esquema que es dibuixa continua essent complex i no dona una resposta fàcil a tots les interrogants, i a més s'oblida del que potser impropïament s'ha anomenat comunitarització del Dret Internacional Privat, que es produeix des del Tractat d'Amsterdam i que fa que les normes sobre competència judicial s'integrin també en el dret comunitari existint doncs dos àmbits amb capacitat normativa: l'Estat i la Comunitat, i per tant l'elaboració de normes supranacionals ja no es fa no tan sols des de la elaboració de tractats i convenis internacionals sino des dels mateixos instruments legislatius comunitaris.<sup>114</sup> Per tant el primer element a tractar serà l'encaix dels recents reglaments comunitaris en el sistema de determinació de competència judicial i la seva incidència a l'hora de fixar els criteris per atorgar la competència i quin paper manté encara la LOPJ, per acabar analitzant les dificultats d'aplicació pràctica de tot aquest sistema.

En matèria de llei aplicable a l'igual que en l'àmbit de la competència judicial, els criteris que es fan servir tornen a ser la nacionalitat o la residència. Les

---

<sup>114</sup> Cita extreta de GONZÁLEZ BEILFUSS, *Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común*. (Anuario de Derecho Internacional Privado) AEDIPr T IV, 2004 (pp 117-187)



conseqüències de basar-se en un criteri o l'altre són molt importants, perquè és el que marcarà quan els tribunals espanyols (que han de conèixer d'un afer familiar amb element d'estrangeria basat amb la nacionalitat no espanyola d'un o dels dos litigants), han d'aplicar la llei espanyola o han d'entrar a aplicar la legislació estrangera.

El criteri tradicional aplicat a les qüestions que sorgeixen en un conflicte de família al voltant del trencament del matrimoni: estat civil, relacions paternofiliales, causes de separació o divorci, i efectes del matrimoni, ha estat la nacionalitat. Només cal fer una anàlisi ràpida dels textos legals per comprovar-ho.

El primer apartat de l'article 9 del Codi Civil espanyol diu que la llei personal de les persones físiques ve determinada per la nacionalitat i aquesta llei personal (per tan la llei nacional) regirà entre altres aspectes l'estat civil i el drets i deures familiars.

Després, al llarg de l'article 9 i altres articles i textos legals que més endavant analitzaré amb detall es va concretant per matèries.

Així, als efectes del matrimoni es regiran en primer lloc per la llei personal comú (és a dir la llei de la nacionalitat comuna dels dos cònjuges) només a manca d'aquesta llei nacional comuna entren en joc altres criteris. Les relacions paternofiliales es regeixen també per la llei personal del fill (es a dir la llei de la nacionalitat del fill), que en la majoria de casos serà la llei de la nacionalitat dels pares, ja que la transmissió de la nacionalitat tant a Espanya com als països del Magrib es fa seguir el criteri general de *ius sanguinis*. La llei aplicable a la separació i el divorci es determina fora de l'article 9 del CC, en concret a l'article 107 on el criteri principal també era i es el de la llei nacional comú dels cònjuges en presentar la demanda i només en defecte d'aquest entraven en joc els altres criteris. La reforma del 107 produïda no altera aquest criteri bàsic. Quedarien fora del Codi Civil la regulació sobre la llei aplicable a les reclamacions d'aliments entre parents que es regeixen pel dispost al Conveni de la Haia de 2 d'octubre de 1973<sup>115</sup> que si canvia el criteri de la nacionalitat pel de la residència del creditor dels aliments. Conveni que ve a substituir al dret intern dels estats parts. El criteri tradicional del Codi Civil substituït per aquest conveni era però, també la nacionalitat comú de l'alimentador i de l'alimentat.

Per contra con ja hem analitzat a l'hora de determinar la competència dels tribunals espanyols el criteri més utilitzat és el de la residència, potser per voler fugir de

---

<sup>115</sup> Conveni de la Haia de 2-10-1973 relatiu a la llei aplicable a les obligacions alimentàries. Instrument de ratificació de 16-05-1986 (BOE núm 222 de 16-09-1986)

furs exorbitants basats només en la nacionalitat d'un dels litigants, encara que aquest no tingui cap més connexió amb el país.

Aquesta dualitat de criteris de fons ha provocat ja d'entrada el conflicte més gran i és que tribunals espanyols haguessin d'aplicar majoritàriament dret estranger per resoldre aquests casos de separació i divorci de persones estrangeres residents a Espanya.

Conflicte aquest que s'ha generalitzat quan el nombre de persones estrangeres residents a Espanya ja no eren uns pocs sinó molts i, a més, procedents de països amb bagatges culturals diferents i sovint amb pocs recursos econòmics. En aquest grup es troben bàsicament tots els immigrants magribins residents a Espanya.

Les normes sobre dret aplicable contingudes en el Codi Civil com ja hem vist que passa en l'àmbit de la competència judicial són diverses per a cada un dels aspectes que pot aparèixer en un procés judicial en l'àmbit de família i més concretament en el trencament del matrimoni o relació marital. Del breu anàlisi fet a l'inici d'aquesta exposició ja hem vist que hi ha normes per determinar la llei aplicable a la separació i el divorci, a les relacions paternofilials, als aliments, etc... Aquest criteri de distingir cada una de les qüestions que apareixen en un trencament matrimonial per determinar en cada cas qui serà el tribunal competent i/o la llei aplicable afavoreix la dispersió i la desintegració del conflicte familiar. La necessitat d'aplicar aquestes normes per separat o de manera conjunta en un mateix cas es un dels aspectes a tractar.

Després, un cop s'hagi determinat que el dret estranger és l'aplicable caldrà provar-lo davant del jutge i veure si pot entrar en joc l'excepció d'ordre públic en general o una clàusula especial d'aquest ordre públic i això implica un anàlisi d'aquest dret estranger amb les seves connotacions socials de fons, amb més complexitat quan aquest dret es d'inspiració islàmica com passa en el cas dels magribins.

El professional que ha d'atendre aquests conflictes familiars i els possibles litigis cal que tingui molt present el bagatge cultural dels litigants, per poder entendre des de l'inici (quan formulen la seva primera consulta jurídica) quines són les seves peticions i quines són les seves reaccions. Per això no només cal conèixer àmpliament els textos legals dels països d'origen, sinó que cal saber quina és la seva incidència en la societat, com s'apliquen no només jurisprudencialment, sinó quina és la seva repercussió social i el seu funcionament diari. Això ens obliga, és cert, a un enfoc multidisciplinar, fugint dels conceptes estrictament jurídics però només aquesta anàlisi prèvia oberta de mires,

ens permetrà, aprofitant llavors les tècniques jurídiques, arribar a propostes i solucions de futur el màxim d'ajustades a les demandes socials.

## **II.- PRINCIPALS PROBLEMÀTIQUES EN LA DETERMINACIÓ DELS TRIBUNALS COMPETENTS EN ELS LITIGIS DE FAMÍLIA EN QUÈ INTERVENEN MAGRIBINS.**

**1.-L'encaix del Reglament comunitari 1347/2000 del consell de 29 de maig i del el Reglament comunitari 2201/2003 del consell de 27 de desembre de 2003 que el substitueix, en el sistema normatiu de competència judicial.**

El Reglament comunitari 1347/2000 del Consell de 29 de maig del 2000<sup>116</sup> i que va estar en vigor des de 1-03-2001 i fins el 1-03-2005, és l'hereu de l'anomenat Conveni Brussel·les II sobre competència i reconeixement de sentències en matèria de família, que no va arribar a entrar en vigor i que tenia la seva gènesis en el projecte de Heidelberg de 1993 del Grup Europeu de Dret Internacional Privat <sup>117</sup> molt més ampli i ambiciós.

---

<sup>116</sup> Reglament (CE) núm. 1347/2000 del Consell de 29 de maig de 2000. DO L160 de 30-06-2000.

<sup>117</sup> El Grup Europeu de Dret Internacional privat és un grup de caire privat creat al 1991, els objectius del qual són l'estudi de les relacions entre el Dret Comunitari i el Dret Internacional Privat. Aquest grup és una associació independent a la que acudeixen com a mínim dos persones per estat, persones tècniques en la matèria i amb una elevada preparació, assistint-hi també observadors i membres d'institucions internacionals que tenen per finalitat la unificació del dret Internacional Privat a Europa, com pot ser la Confederació de la Haia o les institucions comunitàries. La missió d'aquest grup és reunir-se periòdicament, estudiar les solucions existents, promoure nous plantejaments i facilitar l'intercanvi d'informació entre els seu membres.

En el camp d'aquestes funcions i objectius és on aquest Grup va realitzar un text-projecte de Conveni sobre competència judicial i execució de decisions en matèria familiar, que va ser analitzar als principis dels treballs del Comitè K4 per a l'elaboració de l'anomenat conveni de Brussel·les II, que després serà el Reglament comunitari 1347/2000 i que finalment ha esdevingut el Reglament 2201/2003. Aquest projecte s'anomenà el Projecte de Heidelberg, El Grup Europeu de Dret Internacional Privat va elaborar aquest conveni entenent-lo com un complement dels ja existents Conveni de Brussel·les de 1968 i Conveni de Lugano de 1988. Tenint en compte els objectius d'aquest Grup l'esmentat projecte era sols una proposta.

Les característiques d'aquesta proposta conveni es poden resumir breument. En primer lloc es tracta d'un conveni que no es pretén superposar als convenis ja destinats en la matèria elaborats per la Conferència de la Haia. En segon lloc, com el primitiu conveni de Brussel·les es tracta d'un conveni doble ja que regula a la vegada competència judicial i execució i reconeixement de decisions. Fixa com element clau de la competència el criteri de la residència habitual i el seu àmbit material d'aplicació s'extenia a més matèries que les que després recull el Conveni de Brussel·les II i el Reglament 1347/2000 i també el seu successor. Així podem trobar en aquesta proposta la regulació de normes de competència també en

Es tracta d'un reglament comunitari directament aplicable als diferents estats membres i que sorgeix després de la comunitarització que les matèries de justícia i interior pateixen en el tractat d'Amsterdam.<sup>118</sup>

Aquesta formació i el caràcter de reglament fa que en primer lloc ens haguem de plantejar quin és el lloc que ocupa en el nostre ordenament i, en conseqüència, quin és el seu àmbit d'aplicació. De la resposta que donem a aquesta qüestió dependrà en gran mesura qui és el lloc que es reserva a les normes de competència judicial interna de cada un dels estats membres i, per tant, l'aplicació de les mateixes.<sup>119</sup>

Bertrand ANCEL i Horatia MUIR WATT consideren<sup>120</sup> que aquest Reglament unifica en una llarga mesura en el seu àmbit material el dret de la competència internacional directe dels estats membres, excepte Dinamarca, dispensa d'un procediment previ per a la inscripció en els registres de l'estat civil d'un estat membre de les decisions relatives al vincle conjugal preses en un altre estat membre i tendeix a una veritable territorialitat europea en vista de l'execució de les resolucions concernents a la responsabilitat parental.

Segons els mateixos autors, aquesta configuració del Reglament fa imprescindible que qualsevol jutge d'un estat membre hagi d'analitzar primer aquest Reglament comunitari a l'hora de decidir si és o no competent en el cas que el procediment matrimonial presenti un element d'estrangeria. I això, malgrat que, per exemple, aquest element sigui només un dels litigants sigui resident fora del país o nacional d'un altre estat. Si aquest Reglament no li dóna la resposta i només amb caràcter subsidiari podrà recórrer al seu dret comú (les seves normes internes de Dret Internacional Privat) per determinar o no la seva competència.

En el cas espanyol els diferents autors marquen també aquesta gran incidència del Reglament Comunitari, desplaçant les normes internes sobre competència judicial internacional pels diferents litigis de família, recollides bàsicament en la ja esmentada

---

matèria de successions, i filiació, amb la intenció de que fos un conveni que afectés a totes les institucions lligades al dret de família en el sentit més ampli.

<sup>118</sup> El tractat de Maastricht es el que recull el terme cooperació judicial en matèria civil i la defineix com a matèria d'interès comú. És el tractat d'Amsterdam, que va entrar en vigor el 1-05-1999, que en els seus articles 61 c), 65 y 67 apartat 1 del TCE que introdueix aquesta matèria com a matèria objecte de competència legislativa comunitària. És també a partir d'aquest tractat que es comença a parlar d'unificació de Dret Internacional Privat en l'àmbit comunitari i valorar les seves possibilitats reals per part de la doctrina.

<sup>119</sup> Per tant no només les normes espanyoles sino les diferents normes d'altres estats membres que abans he comentat (veure pàg. 67 i 68) poden quedar afectes i desplaçades amb l'aplicació d'aquest Reglament.

<sup>120</sup> ANCEL, B. i MUIR WATT, H.: *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*. Rev. Crit. Dr. Internat. Privé, 90(3) juillet-septembre 2001.

LOPJ o deixant-los un molt petit camp d'actuació, ja que es considera que prevalen les normes del Reglament.<sup>121</sup>

La jurisprudència espanyola, com sempre molt lenta a l'hora d'assimilar les normes sobre Dret Internacional Privat ja siguin en matèria de competència judicial o llei aplicable, ha continuat durant molt de temps utilitzant els criteris de la LOPJ sense plantejar-se res més. De fet, molts vegades el que passa és que senzillament no es fa una anàlisi de la competència judicial o es fa de manera incorrecta. Malgrat tot, recentment cada cop més sentències fonamenten la competència dels tribunals espanyols en les normes del Reglaments 1347/2000.<sup>122</sup>

La conclusió a la vista d'aquestes postures mantingudes tant per la doctrina com recentment per la jurisprudència és que aquest Reglament comunitari substitueix a les normes de competència judicial internacionals internes en aquest àmbit material per a tots aquells estats membre als que se'ls aplica el Reglament, entre ells Espanya.<sup>123</sup> Aquesta substitució, però, a criteri de certs autors no és prou explícita i general i permet el manteniment dels criteris interns de determinació de la competència judicial internacional ni que sigui amb caràcter subsidiari<sup>124</sup>. En exactitud el que fa el Reglament és tenir un gran àmbit d'aplicació i unes normes sobre l'exclusivitat que, malgrat no plasmar-se com a furs exclusius a l'estil del Conveni de Brussel·les de 1968, el que si que fa és ampliar a molts supòsits l'aplicació del Reglament, fins i tot quan hi ha subjectes en el litigi que no tinguin nacionalitat d'un dels estats membres.

L'article 2 d'aquest Reglament el que fa és establir un ampli marge de furs alternatius, no exclusius, que donen moltes flexibilitat a l'hora de determinar la

---

<sup>121</sup> ESPLUGUES MOTA, C. *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*. Tirant lo blanch "Abogacía práctica" 24. València, 2003.

VIRGOS SORIANO, M. i GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. Litigación Internacional*. Civitas Ediciones SL. Primera edición 2000. CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003.

<sup>122</sup> A títol d'exemple es senyalen SAP Murcia 12/05/2003 núm. 166/2003 AZ AC 2003/1676. SAP Málaga 31/03/2004. AZ JUR 2004/128865

<sup>123</sup> En aquest sentit cal tenir present que el Reglament 1347/2000 no és aplicable a tots els estats membres, com ara Dinamarca (considerando 25), i que per tant que aquestes conclusions només van referides als estats membres que estan vinculats per aquest Reglament.

<sup>124</sup> Veure CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003. Els autors fan crítica d'aquesta supervivència de les normes internes, ja que el seu criteri permet mantenir regles de competència de caràcter discriminatori com la de l'article 14 del Cc Francés basada en la nacionalitat del actor amb independència de la seva residència. També permet mantenir furs exorbitants i la institució del Forum Non Conveniens i no fa que els furs del Reglament siguin els únics utilitzables contra els demandats nacionals d'un estat membre o amb residència habitual en un estat membre pel joc que permet l'artcle 8.1 R

competència dels tribunals en el marc dels litigis matrimonials.<sup>125</sup> Són els articles 7 i 8 els que tanquen el sistema i determinen aquesta ampliació de l'àmbit d'aplicació del Reglament.

El text exacte d'aquests articles pot ser confús i recull per una banda uns criteris que determinen que els nacionals d'un estat membre i els residents habituals en un estat membre no podran ser requerits davant dels òrgans d'un altre estat membre sinó és en el cas que es faci en virtut dels criteris de competència directa del articles 2 a 6 del mateix Reglament. Per altra banda, l'article 8 tot i recollir com a competència residual o subsidiària els criteris del dret privat intern, quan aplicant el Reglament no resulti competent un tribunal d'un estat membre, també determina que tot nacional d'un estat membre o resident habitual a un estat membre pot demanar que se li apliquin les normes de dret comú intern que en un altre estat membre s'aplicarien als estrangers no nacionals o no residents.

Aquests articles per un cantó ha fet plantejar-se a la doctrina si els furs recollits als articles 2 a 6 del ja esmentat Reglament són furs exclusius o no ho són, tenint en compte que aquests articles el que recullen són furs alternatius entre ells.

Sembla que la voluntat, doncs, d'aquest article 7<sup>126</sup> és assegurar que quan hi ha un mínim de punt de connexió amb el territori comunitari ja sigui perquè algun dels litigants hi tingui la seva residència habitual, en siguin nacionals o hi tinguin el seu "domicile" en el cas de Gran Bretanya i Irlanda, siguin algun dels tribunals d'aquests

---

<sup>125</sup> L'article 2 del Reglament 1347/2000 determina:

Són competents per a resoldre sobre les qüestions relatives al divorci, a la separació judicial o a la nul·litat del matrimoni dels cònjuges els òrgans jurisdiccionals de l'Estat Membre:

- a) en el territori del qual es trobi:
- la residència habitual dels cònjuges, o
  - l'última residència habitual dels cònjuges, quan un d'ells encara resideixi allà, o
  - la residència habitual del demandat, o
  - en cas de demanda conjunta, la residència habitual d'un dels cònjuges, o
  - la residència habitual del demandant si ha residit allà des de com a mínim un any immediatament abans de la presentació de la demanda, o
  - la residència habitual del demandant, si ha residit allà com a mínim els sis mesos anteriors a la presentació de la demanda i o bé és nacional de l'Estat membre en qüestió, o en el cas del Regne Unit i d'Irlanda, té allà el seu "domicile".

- b) de la nacionalitat d'ambdós cònjuges o, en el cas del Regne Units i d'Irlanda, del "domicile" d'ambdós cònjuges.

<sup>126</sup> L'article 7 del Reglament 1347/2000 determina:

Un cònjuge que:

- a) tingui la seva residència habitual en el territori d'un Estat membre  
o
- b) sigui nacional d'un Estat membre, o, en el cas del Regne Unit i d'Irlanda, tingui el seu "domicile" en el territori de un d'aquests dos estats membres,
- tant sols podrà ser requerit davant dels òrgans jurisdiccionals d'un Estat membre en virtut dels articles 2 a 6.

estats membres els que coneguin del procediment en matèria matrimonial o de responsabilitat parental derivada d'aquests matrimoni i no els tribunals d'un estat tercer.

L'article 8 <sup>127</sup>estableix el tancament legal del sistema. Per una banda, quan en virtut d'aquest Reglament no resulti competent cap tribunal de cap estat membre, la competència llavors es verificarà d'acord amb les normes internes de cada estat. Per altra banda, quan un nacional d'un estat membre, tingui la seva residència habitual en un altres estat membre, podrà invocar en aquest altre estat on resideixi les normes que li sigui aplicables contra una part demandada "extracomunitària", és a dir, quan no sigui nacional i no resideixi habitualment en un estat membre o que en el cas de Gran Bretanya i Islàndia no hi tingui el seu "domicile". L'abast d'aquest article també ha estat discutit per a doctrina. Tot i que la postura majoritària entén que es tracta d'un article d'abast general i que afecta a tot demandat amb independència de la seva nacionalitat o residència. <sup>128</sup> Hi ha altres autors que consideren que aquest article no es d'abast general i que podria donar lloc a la incompetència dels tribunals espanyols ja que si el demandat es nacional d'un país comunitari o hi té la seva residència habitual només pot ser demandat en base als criteris de competència judicial del Reglament comunitari i no li pot ser aplicable l'article 8 encara que els tribunals que resultin competents no sigui els d'un estat membre. <sup>129</sup>

El resultat d'aquest articulat és, doncs, un entramat complex, que no acaba de convèncer a bona part de la doctrina <sup>130</sup>, dóna lloc a què aquest Reglament es pugui

---

<sup>127</sup> L'article 8 del Reglament 1347/2000 determina:

1. Si dels articles 2 a 6 no es dedueix la competència de cap òrgan jurisdiccional d'un Estat membre, la competència es determinarà, en cada Estat membre, d'acord amb les lleis d'aquest Estat.
2. Tot nacional d'un Estat membre que tingui la seva residència habitual en el territori d'un altre Estat membre podrà, a l'igual que els nacionals d'aquest últim, invocar en aquest Estat les normes sobre competència que sigui aplicables en el mateix contra una part del territori d'un Estat membre i que, o bé tampoc tingui la nacionalitat d'un Estat membre i, en el que respecte al Regne Unit i Irlanda, que no tingui el seu "domicile" en el territori de un d'aquests dos estats.

<sup>128</sup> CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003 en el cas espanyol i per exemple ANCEL, B. I MUIR WATT, H.: *La désunion européenne: le Reglament dit "Bruxelles II"*. Rev. crit. Dr. Interna. privé 90 (3) juillet-septembre 2001, en el cas francès. Igualment en l'Informe A. Borrás, explicatiu del Conveni celebrat d'acord amb l'article K3 del Tractat de la Unió Europea sobre la competència, el reconeixement i la execució de resolucions judicials en matèria matrimonial. DOCE, sèrie C, núm. 221, 16-07-1998, p. 27-65. es recull aquesta postura i es fa esment de les normes concretes que en el cas d'Espanya s'aplicarien.

<sup>129</sup> ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidad de Santiago de Compostela. 2004.

<sup>130</sup> Veure nota 120 respecte les opinions de certs autors sobre la no substitució total de les normes internes.



aplicar a nacionals de tercers estats i que les normes internes quedin desplaçades en la majoria dels casos.

Després d'un temps de funcionament del Reglament anterior, s'ha elaborat un nou Reglament que deroga el Reglament anterior 1347/2000<sup>131</sup>. El nou Reglament 2201/2003 de 27 de novembre ve a donar resposta a la necessitat que s'incloguin també en el seu àmbit d'aplicació totes les resolucions sobre matèries de responsabilitat parental i mesures de protecció del menors, encara que no derivin d'un procediment matrimonial. El motiu d'aquesta ampliació de l'àmbit d'aplicació es deu segons sembla a una voluntat de garantir la igualtat de tots els fills, siguin o no matrimonials. Per tant, aquest nou Reglament ve a suplir aquella mancança que apuntava en l'apartat anterior, si bé aquest nou àmbit d'aplicació continuen deixant fora les resolucions que versin pròpiament sobre la regulació de les parelles de fet. El nou Reglament només afectarà, doncs, als fills en la seva relació respecte dels pares, donant cabuda ara també als fills que no sigui fruit d'una unió matrimonial.

Aquest objectiu inicial fa que el nou Reglament s'estructuri bàsicament en dos aspectes. Per una banda, les del tractament de la competència sobre divorci, separació judicial i nul·litat matrimonial (secció 1 del capítol II) i per l'altra el tractament de la competència en les matèries de responsabilitat parental. (secció 2 del mateix capítol II). Ara bé, el nou Reglament el 2201/2003 tendeix a unificar el criteri d'atribució de la competència judicial, permetent que els tribunals que siguin competents en matèria de separació o divorci també ho siguin respecte de les qüestions de responsabilitat parental que deriven del mateix.

L'encaix d'aquest Reglament en la regulació de la competència judicial internacional, continua essent el mateix que tenia l'anterior Reglament, el que varia doncs, és el seu abast material.

S'estableixen ara de l'article 3 a 5 del Reglament 2201/2003 (el que abans es feia a l'article 2, 5 i 6 del Reglament 1347/2000), un ampli marge de furs alternatius, que són gairebé els mateixos establerts al Reglament anterior per a les qüestions sobre separació matrimonial, divorci i nul·litat matrimonial. Igualment es continuen fixant clàusules de tancament. Els articles 6 i 7 d'aquest Reglament, són els equivalents als

---

<sup>131</sup> Reglament (CE)2201/2003 del Consell de 27 de novembre de 2003. DO L338 de 23-12-2003. El seu considerando (28) diu clarament: el present Reglament substitueix al Reglament (CE) núm. 1347/2000, que conseqüentment queda derogat.

articles 7 i 8 del Reglament 1347/2000, però ara aquest articles ara van referits només a les qüestions pròpiament matrimonials (separació, nul·litat i divorci).<sup>132</sup>

Respecte de les normes sobre responsabilitat parental, el sistema varia i es regula de manera més extensa, incloent normes per evitar i/o pal·liar la substracció internacional de menors.

La norma de tancament del sistema de competència judicial descrit en aquest cas està continguda a l'article 14, però també suposa que les normes de dret intern només entraran en joc si cap de les normes de competència recollides als articles 8 a 13 no determinen la competència d'un òrgan jurisdiccional d'un estat membre.

D'aquesta manera el Reglament 2201/2003 podríem dir que té el mateix encaix que el seu predecessor en el sistema de competència judicial internacional espanyol, però el que si que canvia una mica es el seu tractament establint dos apartats clarament diferenciats en les normes de competència judicial: les dedicades al divorci separació judicial i nul·litat matrimonial i les dedicades a la responsabilitat parental, encara que en el fons pretengui una visió potser més unitària que abans.

## **2.- La reformulació de los normes de competència judicial en el Reglament 2201/2003 del consell de 27 de desembre de 2003.**

### **A. El manteniment de furs alternatius en el cas de divorci, separació judicial i nul·litat matrimonial.**

Les normes sobre competència judicial en matèria de separació, divorci i nul·litat matrimonial són pràcticament igual que al Reglament anterior, prevalent el criteri de la residència habitual

L'article 3 del Reglament 2201/2003 determina concretament:

---

<sup>132</sup> L'article 6 del Reglament 2201/2003 equival a l'article 7 del Reglament 1347/2000 i el seu text és el següent:

Un cònjuge que:

- c) tingui la seva residència habitual en el territori d'un Estat membre, o be
- d) sigui nacional d'un Estat membre, o, en el cas del Regne Unit i d'Irlanda, tingui el seu "domicile" en el territori de un d'aquests dos estats membres,

tant sols podrà ser requerit davant dels òrgans jurisdiccional d'un Estat membre en virtut dels articles 3,4 i 5.

*En els afers relatius al divorci, a la separació judicial o a la nul·litat del matrimonial, la competència recaurà als òrgans jurisdiccionals de l'estat membre:*

*a) en el territori del qual es trobi:*

- la residència habitual dels cònjuges, o*
- l'últim lloc de residència habitual dels cònjuges, sempre que un d'ells encara resideixi allà, o*
- la residència habitual del demandat, o*
- en cas de demanda conjunta, la residència habitual d'un dels cònjuges, o*
- la residència habitual del demandant si ha residit allà durant com a mínim un any immediatament abans de la presentació de la demanda, o*
- la residència habitual del demandant en cas que hagi residit allà com a mínim els sis mesos immediatament anteriors a la presentació de la demanda i que sigui nacional de l'estat membre en qüestió, o en el cas del Regne Unit i d'Irlanda, tingui allà el seu "domicile".*

*b) de la nacionalitat d'ambdós cònjuges o, en el cas del Regne Units i d'Irlanda, del "domicile" comú.*

Cada un d'aquest furs es poden aplicar indistintament, no són subsidiàries els uns del altres i, per tant, donen cabuda a múltiples possibilitats.

En els casos entre magribins estudiats majoritàriament en tots ells la competència dels tribunals espanyols queda més que determinada perquè en la majoria d'ells tenen residència habitual a Espanya en el moment de la demanda. La problemàtica vindrà en supòsits concrets com veurem més endavant en el cas de domicilis diferents o de domicili desconegut d'algun d'ells.

## **B. El nou enfocament de la normativa sobre competència judicial en la matèria de responsabilitat parental.**

És en l'àmbit de la responsabilitat parental en el que s'han introduït més modificacions respecte del Reglament 1347/2000.

Abans de fixar els furs de la competència judicial, l'article 1 del Reglament a l'hora de delimitar el seu àmbit d'aplicació, concreta molt les matèries que queden incloses en aquest Reglament i que són les següents:

- a) el dret de custòdia i el dret de visita. Matèria que, evidentment, és la que més es planteja en qualsevol procediment de família.

- b) La tutela, la curatela i altres institucions anàlogues. Matèries que sovint es tractaran en un procediment a part del procediment matrimonial.
- c) També s'inclouen en aquest Reglament totes aquelles resolucions que tinguin per objecte, la designació i les funcions de tota persona o organisme encarregat d'ocupar-se de la persona o dels bens del menor, representar-lo o prestar-li assistència. Amb aquesta redacció sembla que també hi podran tenir cabuda aquelles resolucions judicials que es dictin en protecció dels menors en casos de desemparament. També les resolucions dictades per les administracions encarregades de la protecció dels menors. D'acord amb la redacció d'aquest apartat i de les definicions que es fan després en el article 2 del Reglament, la definició d'òrgan jurisdiccional, jutge o autoritat engloba tota autoritat amb competència sobre les matèries que entren dintre de l'àmbit d'aplicació del conveni. Per tant, dintre d'aquesta definició àmplia entrarien les resolucions que dictin les autoritats administratives sobre desemparament i protecció de menors.
- d) L'acolliment del menor ja sigui en un família o establiment.
- e) Les mesures de protecció del menor lligades a l'administració, conservació disposició dels seus bens.

Queda clar que el Reglament no s'aplica a l'adopció, a la impugnació i determinació de la filiació, al nom i cognoms del menor, a la emancipació, a la obligació d'aliments,(que donat el seu contingut econòmic, ja estan recollides al Reglament 44/2001 (CE) hereu del Conveni de Brussel·les de 1968), ni tampoc a les qüestions de fideïcomisos i successions, ni a les mesures adoptades com a conseqüència d'infraccions penals comeses per menors.

Per altra banda, l'article 2 es dedica a fer definicions de diferents termes jurídics que podrien tenir significats diferents als diferents estats per tal de unificar també aquest criteri i no deixar que siguin els diferents estats els que donin contingut a una mateixa expressió com podia passar en el Reglament anterior.<sup>133</sup> Entre aquestes definicions destaquem el terme responsabilitat parental que és definit com *els drets i obligacions conferits a una persona física o jurídica en virtut d'una resolució judicial, per ministeri*

---

<sup>133</sup> Amb el Reglament 1347/2000 es qüestionava per exemple si la custòdia dels fills és una mesura a incloure en el concepte de responsabilitat parental. Part de la doctrina havia entès que el concepte calia ser definit per cada estat membre, argument que provocaria una aplicació no uniforme del Reglament

*de la llei o per un acord amb efectes jurídics, en relació amb la persona o els bens d'un menor.* El terme inclou en particular, els drets de custòdia i visita. Però el mateix article també defineix que s'ha d'entendre per aquest dret de custòdia i dret de visita. Dret de custòdia és entre altres, *els drets i obligacions relatius a la cura d'una persona menor i en especial el dret de decidir sobre el lloc de la seva residència.* Dret de visita és *el dret de traslladar a un menor a un lloc diferent al de la seva residència habitual durant un període de temps limitat.*

D'aquest detall exhaustiu podem deduir que el Reglament 2201/2003, pretén donar més contingut a la regulació del que és la responsabilitat parental, no circumscribint-la només a les qüestions de règim de visites i guarda i custòdia, que són les íntimament i bàsicament lligades als processos matrimonials, ampliant-lo al que pretén ser un tractament integral de la protecció del menor i ho sovint tindrem normes administratives dictades per a la protecció d'aquests menors i que entenc que en certa manera haurien de quedar inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest Reglament.

A la competència judicial en aquest àmbit, el Reglament hi dedica 9 articles continguts a la secció 2 del capítol II.

El sistema de competència en matèria de responsabilitat parental a diferència del fixat per a les matèries de caràcter matrimonial, es basa en una competència general (article 8), acompanyada de normes per a supòsits de conflicte mòbil (article 9) i de tota una reglamentació exhaustiva en casos de trasllat de menors i possibles subtraccions (articles 10 i 11), que es tanca amb la possibilitat de pròrroga de la competència (article 12), la competència basada en la presència del menor (article 13) i una clàusula de tancament final (article 14), que abans ja he comentat.

A diferència, doncs, de la gran llibertat que es deixa a les parts en l'àmbit matrimonial, en el cas de la responsabilitat parental sembla basar-se en el criteri bàsic de protecció del menor.

El fur general és la residència habitual del menor en el moment de presentar la demanda.<sup>134</sup> Si el menor canvia de residència legalment, els òrgans jurisdiccionals de l'anterior residència continuaran essent els competents durant els tres mesos següents, per modificar la resolució sobre dret de visita que s'hagués adoptat en l'estat de

---

comunitari. Comentari extret del CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I

<sup>134</sup> L'article 8 del Reglament 2201/2003 determina que:

“Els òrgans jurisdiccionals d'un Estat membre seran competents en matèria de responsabilitat parental respecte d'un menor que resideixi habitualment en aquest Estat membre en el moment en què es presenta l'afer davant l'òrgan jurisdiccional”

residència anterior, si es que el titular d'aquest dret de visita continua vivint en aquest estat membre habitualment i no hagi acceptat la competència del nou estat membre.<sup>135</sup>

Els articles 10 i 11 estan destinats a regular la competència en casos de substracció de menors i trasllats il·lícits. En aquest el que es pretén és que conservi la competència els òrgans jurisdiccionals de l'estat d'origen, si és que no ha passat ja suficient temps i el menor s'ha adaptat plenament al nou estat, sempre hi quan no hagi prosperat una demanda de restitució.

Més enllà de la regla de competència general matisada per aquests supòsits de substracció de menors, el Reglament 2201/2003 fixa altres possibilitats. La primera d'elles anomenada pròrroga de competència que permet que siguin competents els mateixos òrgans jurisdiccionals que són competents per a la separació matrimonial, divorci o nul·litat matrimonial, d'acord amb els furs de l'article 3 si la matèria sobre responsabilitat parental neix lligada a un procediment matrimonial i un dels pares té atribuïda la responsabilitat parental del menor i no s'ha reconegut la competència d'aquest tribunal i això sigui el millor en interès del menor. El text de l'article 12 del Reglament 2201/2003 és més ampli i afavoridor del tractament conjunt de la competència. Admetent també la competència dels òrgans jurisdiccionals amb els que el menor estigui estretament vinculat (fora dels procediments familiars) encara que no hi resideix si un dels titulars de la responsabilitat parental té en aquest Estat la seva residència o el menor és nacional d'aquest estat i sempre que les parts admetin la competència o sigui el millor per l'interès del menor.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Article 9 del Reglament 2201/2003

<sup>136</sup> Article 12.1 del Reglament 2201/2003 Els òrgans jurisdiccionals de l'Estat Membre en què s'exerceixi la competència d'acord amb l'article 3 en una demanda de divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial tindrà competència en les qüestions relatives a la responsabilitat parental vinculades a aquesta demanda:

- a) quan com a mínim un dels dos cònjuges exerceixi la responsabilitat parental sobre el menor,
- i
- b) quan la competència d'aquests òrgans jurisdiccionals hagi estat acceptada expressament o de qualsevol altra forma inequívoca pels cònjuges o pels titulars de la responsabilitat parental en el moment de sotmetre l'afer davant l'òrgan jurisdiccional i respongui a l'interès superior del menor.

La competència exercida en virtut de l'apartat 1 cessarà:

- a) quan sigui ferme la resolució estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial, o
- b) quan sigui ferme una resolució sobre responsabilitat parental, en aquells casos en què en el moment indicat a la lletra a) encara estiguim en marxa procediments relatius a la responsabilitat parental, o
- c) en els casos considerats a les lletres a) y b), quan hagin conclòs els procediments per altres raons.

Els òrgans jurisdiccionals d'un Estat membre tindran igualment competència en matèria de responsabilitat parental en procediments diferents dels contemplats en l'apartat 1:

- a) quan el menor estigui estretament vinculat a aquest Estat membre, en especial pel fet que un dels titulars de la responsabilitat parental tingui en ell la seva residència habitual o perquè el menor es nacional d'aquest Estat membre.

I

Amb aquests complements de competència entenc que el que es pretén és donar un tractament unitari a la competència en els procediments matrimonials, evitant que en un mateix litigi hagin d'haver-hi necessàriament diferents òrgans competents. Aquests canvi d'orientació, iniciat en el Reglament 1347/2000, encara que en menor mesura perquè ho limitava el fet que el menor residís en el mateix estat membre<sup>137</sup> és important perquè permet avançar en la idea de tractament unitari de tot els elements que es produeixen en l'àmbit d'un procediment de família (separació o divorci). La fragmentació de les normes de competència i també de les de la llei aplicable comporta que sovint la jurisprudència arribi a la conclusió que cal aplicar normes diferents a tots els elements que conflueixen en una separació o divorci i que també consideri que podrien ser competents tribunals diferents, arribant a situacions gens pràctiques i absurdes.

És absurd que si per una banda es fan normes de competència judicial internacional en l'àmbit convencional i en l'àmbit de dret comunitari per facilitar el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials i evitar duplicitat de resolucions i, fins i tot, per poder lluitar contra la substracció de menors, no té sentit que després es plantegi un esquema on siguin competents uns tribunals només per a la separació o divorci, en la que les parts evidentment plantejaran qüestions respecte els fills i que uns altres tribunals diferents puguin ser competents només per resoldre qüestions de guarda i custòdia dels fills, comportant un disgregació important. Es pot entendre el fonament d'aquesta disgregació pel fet de que en d'altres països funcioni separadament el procediment de separació i/o divorci que el procediment per decidir sobre les relacions paternofilials i que per tant, a l'hora de realitzar un instrument legislatiu comú s'intenti donar cabuda a totes les possibilitats, per tal precisament, de buscar una certa convergència. Però no cal oblidar la perspectiva d'aquesta unitat de tractament entesa

---

b) quan la seva competència hagi estat acceptada expressament o de qualsevol altre forma inequívoca per totes les parts en el procediment en el moment de presentar-se l'afer davant de l'òrgan jurisdiccional i la competència respongui a l'interès del menor.

Quan el menor tingui la seva residència habitual en el territori d'un tercer Estat que no sigui part contractant del Conveni de la Haia de 19 d'octubre de 1996 relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels nens, es presumirà que la competència basada en el present article és en benefici del menor, en especial quan un procediment resulti impossible en el tercer Estat de que es tracti.

<sup>137</sup> Article 3 del Reglament 1347/2000 deia:

Els òrgans jurisdiccional de l'Estat membre en els que s'exerceixi la competència d'acord amb l'article 2 en la demanda de divorci, separació judicial o nul·litat del matrimoni, tindrà competència en qüestions relatives a la responsabilitat parental sobre el fill comú dels cònjuges quan aquest resideixi habitualment en aquest Estat Membre.

segons ho faci cada un dels Estats membres.<sup>138</sup> Pot ser bo pensar que no cal unir les qüestions lligades al vincle matrimonial amb els efectes del trencament d'aquest i així no fer dependre el trencament del vincle del que es resolgui sobre els seus efectes i no allargar innecessàriament una unió legal quan ja no hi ha voluntat de continuar junts. És evident però, que al trencar-se el vincle matrimonial hi ha moltes més qüestions relacionades sobre les que cal dictar resolucions judicials, sobre tot a manca d'acord, entre elles, les relacions amb els fills un cop s'ha trencat la vida familiar en comú. En aquest sentit continuo pensant que la millor manera es resoldre-ho és analitzar-ho tot en un sol procediment global, perquè el trencament d'una unitat familiar necessita d'un enfoc global i amb els mínims procediment judicials possibles.

Cal tenir present que quan estem davant d'un procediment de família a nivell intern (sense cap elements d'estrangeria), aquesta fragmentació no existeix: un sols jutges coneixen i determinen totes les qüestions. A més, quan es produeix un trencament matrimonial pactat, el conveni regulador ens aboca a tractar en el mateix document totes les qüestions, separació, divorci, aliments dels fills, guarda i custòdia, règim de visites, etc..., i el jutge en homologar-lo i el fiscal en donar-li el seu vist i plau, també analitza i valora totes les qüestions. Sembla que aquesta unitat que es produeix en l'àmbit intern, com per art de màgia desaparegui en el àmbit internacional i ja no sigui possible tenir un tractament unitari. Si es vol mantenir criteris diferents per a casos individualitzats, on aquest tractament fragmentat pugui ser el més beneficiós, es podrien mantenir aquestes normes de competència judicial diferents però de manera subsidiària, essent la norma general aquesta norma integradora.

---

<sup>138</sup> Veure: Informe A. Borrás, explicatiu del Conveni celebrat d'acord amb l'article K3 del Tractat de la Unió Europea sobre la competència, el reconeixement i la execució de resolucions judicials en matèria matrimonial. DOCE, sèrie C, núm. 221, 16-07-1998, p. 35-36., on es fa esment de les diferències en aquest punt en els diferents estats membres. Així existeixen estats en que les resolucions judicials sobre qüestions matrimonials i sobre protecció dels menors segueixen vies totalment diferents. Per aquest mateix motiu en l'explicació de l'article 3.1 del Conveni quan s'estableix que tindran competència per a les qüestions de responsabilitat parental els òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre en els que s'exerceixi la competència d'acord amb l'article 2 en la demanda de divorci, separació judicial o nul·litat del matrimoni, s'indica que no necessàriament es una referència feta a les mateixes autoritats, sinó que siguin les autoritats del mateix Estat.

En aquest casos entenc que a criteri d'aquest Estat que s'estructura d'aquesta manera, no hi ha disgregació pròpiament de la crisi matrimonial internacional perquè així ja es funciona en l'àmbit intern quan no hi ha element d'estrangeria i ho consideren un tractament global adequat als trencaments familiars. Veure també en relació a l'abast de les decisions del jutge nacional en l'àmbit del divorci la STJCE de 27/02/1997 (sala cinquena) Van den Boogaard/Laumen Recueil de Jurisprudence 1997 pàg. I-01147 Afer C-220/95 ref. G1995J0220. En aquest cas el litigi estava en relació a les decisions econòmiques i alimentàries que es prenen pel jutge anglès en el cas de divorci.



No és tampoc gens pràctica aquesta dispersió, perquè si ens dona com a competents diferents tribunals voldrà dir més costos judicials, més procediments i més dificultats per aconseguir una coherència en les diferents solucions que es dictin.

La solució per evitar aquesta dispersió sembla ser que en molts casos serà la interpretació teleològica i l'aplicació de l'anomenat fur de necessitat<sup>139</sup> que apunten certs autors, però que és difícil que la majoria de tribunals admetin i apliquin, encara que seria desitjable aquesta major implicació dels òrgans jurisdiccionals en aquest aspecte i en molts d'altres, i que malauradament no es produeix gaire sovint en aquest país. Per tant, el funcionament del sistema ens aboca a la necessitat d'un canvi legislatiu que permeti de manera clara i contundent l'aplicació unitària, sense excloure la possibilitat de fragmentació en casos concrets i sempre en benefici dels justiciables.

### **3.- El manteniment de l'aplicació del Reglament 44/2001 de 22 de desembre a les reclamacions d'aliments en el sí d'un trencament matrimonial.**<sup>140</sup>

El Reglament 2201/2003 no s'aplica a les obligacions d'aliments. Ho deixa molt clar en el seu article 1 en parlar del seu àmbit d'aplicació. El fonament no és altre que el fet que la matèria d'obligacions alimentàries ja s'inclouïa en el Conveni de Brussel·les de 1968 i, en conseqüència, s'ha inclòs en el Reglament 44/2001.

Aquesta opció manté la dispersió de tractament. Quan no teníem cap més mecanisme de cooperació judicial a nivell europeu, el Conveni de Brussel·les de 1968 era la millor solució i, per tant, poder incloure en l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni les obligacions alimentàries era tot una millora. Ara que s'ha fet un reglament comunitari per a les qüestions familiars, hauria estat potser millor vincular les

---

<sup>139</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I.

VIRGOS SORIANO, M. i GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. Litigación Internacional*. Civitas Ediciones SL. Primera edición 2000, que admet aquesta possibilitat quan el domicili conjugal continua a Espanya, encara que un cònjuge hagi marxat a l'estranger.

En l'àmbit de la llei aplicable el mateix autor torna a insistir igualment en aquesta interpretació teleològica de l'article 107.2 del CC CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. Diario LA LEY. Número 6024 de 24-05-2004.

<sup>140</sup> Reglament (CE) núm. 44/2001 del Consell de 22 de desembre de 2000. DO L12/1 de 16-01-2001

obligacions d'aliments lligades a un procediment matrimonial a aquest mateix Reglament.

La realitat actual és que per determinar la competència judicial en matèria d'aliments haurem d'anar al Reglament Comunitari 44/2001, que donat el seu caràcter de reglament és directament aplicable a tots els estats membres. A diferència però dels Reglaments en matèria de divorci, separació i nul·litat matrimonial i responsabilitat parental, ja comentats, el present Reglament en el seu article 4 deixa molt clar que si el demandat no estigués domiciliat en un estat membre la competència judicial en les matèries objecte del Reglament és determinarà per la llei interna de cada estat membre.

Davant d'aquesta situació, crec que seria més coherent una única norma referida al conjunt de les crisis familiars inclosos els aliments entre parents, que a més gairebé sempre són una qüestió fonamental en els processos matrimonials. L'existència de tres textos normatius (els diferents reglaments i la LOPJ), que recullen normes de competència que s'ha d'aplicar en un sol conflicte material entenc que no ajuda a donar una estructura unitària a tot el procediment.

Constatada aquesta manca de tractament unitari, es fa més imprescindible determinar que s'entén per aliments en l'esmentat Reglament per poder saber clarament a quin instrument legal hem de recórrer per determinar la competència judicial internacional.

El Reglament fa una definició autònoma d'aliments *“totes aquelles prestacions que la llei estableix amb l'objectiu de pal·liar les necessitats econòmiques de certes persones i que s'imposen sobre certs parents que disposen de més grans recursos econòmics”*.<sup>141</sup>

La primera discussió rau doncs, en determinar si en aquest concepte s'inclouen les anomenades pensions compensatòries<sup>142</sup> (art. 97 CC espanyol, art. 84 Codi de família de Catalunya o també recollida en altres ordenaments com l'article 279 del Codi Civil francès) i si també inclou, per exemple, la previsió que es recull a l'article 41 del Codi de família de Catalunya. Però més enllà d'aquestes figures jurídiques tradicionals ja en territori europeu també s'haurà d'entendre que hi tenen cabuda institucions

---

<sup>141</sup> STJCE 6-03-1980, De Cavel II, STJCE 27-02-1997, Boogaard. També el TS Español ha determinat que són aliments tota pensió conjugal que presenti la finalitat de manutenció entre cònjuges.(STS 21-07-2000). Totes elles comentades a CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003.

<sup>142</sup> En aquest sentit potser si que seria desitjable una definició autònoma del concepte seguint les propostes fetes per ALVAREZ GÓNZALEZ, S. *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Editorial Civitas SA. 1era edició 1996.,

provinents dels països del Magrib com la *nafaqa* o les compensacions que en virtut d'aquestes mateixes normes es poden demanar per la dona durant el període d'*idda*.<sup>143</sup>

Respecte de la previsió de l'article 41 del Codi de Família de Catalunya hi ha autors que mantenen que la mateixa no entraria dintre de l'àmbit d'aplicació del Reglament perquè el concepte d'aliments del mateix posa l'èmfasi en la necessitat del creditor que aquesta pensió ve a pal·liar, que es produeix més clarament en la pensió compensatòria malgrat mantenir certes característiques indemnitzadores. En canvi, la figura que recull l'article 41 no pretén cobrir aquesta necessitat sinó evitar l'enriquiment injust d'una de les dues parts.<sup>144</sup> L'argumentació és coherent fins i tot en virtut del criteri de coherència i unitat tant esmentat en aquest treball, perquè potser aquesta figura entraria més dintre de l'àmbit de la liquidació i dissolució del que ha estat el règim econòmic matrimonial. Ara bé, existint la possibilitat que totes les qüestions es ventilin en un sol procediment i en la recerca de la unitat tant esmentada es podria permetre igualment l'entrada d'aquesta figura en el concepte d'aliments del Reglament ja que aquesta prestació econòmica que no deixar de tenir l'interès de dotar d'elements econòmics de subsistència a aquella persona que precisament per a aquesta dedicació familiar resulta més necessitada en el moment del trencament matrimonial.

Aquesta qüestió, però, difícilment es plantejarà en els litigis entre magribins on serà més probable que es demani la manutenció de l'esposa per part del marit (*nafaqa*) o per exemple una prestació durant el període d'espera després del matrimoni. En aquests casos entenc que aquestes figures sí que entren clarament dintre de la definició d'aliments perquè pretenen cobrir precisament les necessitats vitals per part de l'altre cònjuge en el moment de la ruptura.

Més difícil encaix tindrà dintre del concepte d'aliments reclamacions com el pagament del dot o el seu retorn o les compensacions que es paguen pel trencament matrimonial en el cas del *khol* o *khul*.

Aquestes figures més contractuals podran tenir cabuda en el Reglament, sempre que el demandat es tingui domiciliat en un estat membre però englobant-se més dintre d'altres matèries com poden ser els contractes. Aquest és el criteri ja apuntat per part de

---

<sup>143</sup> Figures legals més àmpliament comentades en el moment d'abordar el dret de família dels països del Magrib als que es circumscriu aquest estudi, en l'apartat IV dedicat a les problemàtiques en la determinació de la llei aplicable.

<sup>144</sup> ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidad de Santiago de Compostela. 2004.

la doctrina respecte als contractes entre els ex cònjuges per tal de fixar modalitats de pagament o compensacions i en els que s'haurien d'incloure aquestes figures.<sup>145</sup>

Els aliments entesos, doncs, en aquest sentit ampli, es recullen en el Reglament 44/2001 entre les competències anomenades especials, però també s'aplicarà a aquesta matèria les normes que amb caràcter general es recullen en aquest text per determinar la competència judicial.

L'article 3 s'encarrega de dir que les persones domiciliades en un Estat membre només podran ser demandades davant dels tribunals d'un altre estat membre en virtut de les normes de competències establertes en el propi conveni eliminant expressament aquelles normes de competència addicional que es determinen a l'annex I.

Només si el demandat no estigués domiciliat en un estat membre la competència judicial es regirà per la llei interna de l'estat, excepte en el cas de les competències exclusives (article 22) per a determinades matèries entre les que no hi ha els aliments.

Per tant en matèria d'aliments a l'empara d'aquest Reglament podran ser competents:

- a) Els tribunals de l'estat part corresponent on el demandat tingui el seu domicili en virtut del principi general de l'article 2 del Reglament.
- b) Els tribunals de l'estat part als que se sotmetin demandant i demandat ja sigui de manera tàcita (el demandat compareix al tribunal que li ha donat trasllat de la seva demanda i no impugna la competència, segons es recull a l'article 24 de l'esmentat Reglament) o de manera expressa (les parts acorden a quin tribunal volen sotmetre les seves divergències que hagin sorgit o puguin sorgir, segons el recollit a l'article 24) essent necessari en aquest darrer cas que com a mínim una de les dues parts tingui el seu domicili en un estat membre.
- c) Els tribunals del lloc del domicili o de la residència habitual del creditor dels aliments (article 5.2.I del Reglament) en un intent de protegir a la part que s'entén més dèbil i que és el que reclama els aliments, sempre i quan el demandat tingui domicili en un estat membre.
- d) En el cas que es tracti d'una demanda incidental a una acció relativa a l'estat de les persones, davant del tribunal competent segons la llei del fòrum per

---

<sup>145</sup> Així es pronuncien, per exemple, respecte dels contractes relatius a les modalitats de pagament de les quantitats compensatòries o alimentàries en CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección El derecho de la globalización. 2003.

conèixer d'aquesta, tret que la competència es fonamenti exclusivament en la nacionalitat d'una de les parts.

Amb aquesta inclusió de la demanda incidental en el sí d'una acció relativa a l'estat de les persones es pretén apropar les normes de competència cap a un tractament unitari, però no soluciona el problema. En primer lloc, és una demanda incidental el fet que en una demanda sobre divorci es demanin també aliments? No hi ha definició expressa de demanda incidental en el Reglament, però a la vista de la nostra normativa processal interna no ho seria. En segon lloc, què vol dir segons el tribunal competent d'acord amb la llei del for? Quina és la llei del for a tenir en compte quan en un cas de divorci la normativa que s'aplicarà el majoria de casos per a determinar la competència judicial serà el propi Reglament comunitari en matèria de divorci i no la llei interna?

De fet, el fonament d'aquest article en la redacció actual sembla estar més encaminat a evitar els furs exorbitants, que no pas contribuir a un tractament unitari dels procediments on es ventilen les crisis familiars.

La realitat és que en la major part dels casos, mentre l'obligat a prestar aliments tingui el seu domicili a Espanya, s'aplicarà el fur general d'aquest Reglament: domicili del demandat i els tribunals espanyols seran competents. En altres casos els criteris dels diferents furs coincidiran, designant tots dos instruments legals els mateixos tribunals competents.

Per tant, en la majoria dels casos estudiats (dos magribins residents habitualment a Espanya amb els seus fills que decideixen posar fi a la seva relació de parella i demanen el divorci i aliments per a dona i fills) seran competents els tribunals espanyols per a totes les qüestions, al ser al lloc de la darrera residència conjugal, el domicili del demandat, el del creditor dels aliments. Davant d'aquesta realitat poques vegades la competència en matèria d'aliments serà un problema, ja sigui en el sí d'un procediment matrimonial o no, si el demandat i tota la família resideix a Espanya, com es produeix en la majoria dels casos estudiats. Aquesta situació fàctica que a la pràctica facilita un resultat ajustat al cas concret, no fa desaparèixer la necessitat d'un tractament unitari de totes les qüestions que sorgeixen en una crisi familiar.

#### **4.- Aplicabilitat del Reglament a les mesures prèvies i coetànies a la demanda i a les mesures cautelars.**

Tant els Reglaments 1347/2000, com el 2201/2003 i el 44/2001 destinen algun dels seus articles a la regulació de les mesures cautelars i provisionals.

En els casos del Reglament 1347/2000 i del 2201/2003 una interpretació estricta ens aboca a entendre que aquestes mesures han d'anar limitades a les relatives a la guarda i custòdia i règim de visites dels fills i com a molt l'anotació preventiva de la demanda de separació o divorci en el registre, a la vista de l'àmbit material dels esmentats reglaments que exclouen els aliments. De nou aquí ens constata la impossibilitat de disgregar totes aquelles matèries que sí es recullen en l'àmbit intern. Cal recordar que en el cas d'Espanya es poden adoptar com a mesures prèvies o coetànies a la demanda de separació o divorci (article 771 i 773 de la LEC 1/2000) totes les que contemplen els articles 102 i 103 del Codi Civil i que recullen moltes més que les enumerades, com per exemple les referides a l'ús del domicili familiar o a la contribució de les càrregues del matrimoni i també aquelles encaminades a la preservació del patrimoni familiar.

El procediment a seguir serà aquest i únic i la necessitat d'haver de distingir la competència dels tribunals en funció de cada una d'aquestes matèries inherents i totalment vinculades al trencament matrimonial esdevé gairebé impossible i més si a més s'ha de distingir en les mesures prèvies i després en el plet principal.

El reglaments comunitaris no determinen amb detall quines són les matèries sobre les que es poden adoptar aquestes mesures, a les que s'atribueix un caràcter limitat en el temps (es confirmaran o no en el plet principal) i en l'espai (només aplicables al territori de l'estat que les hagi dictat i, per tant, no serien susceptibles d'execució i reconeixement a l'exterior). La doctrina emparada en l'informe Borrás<sup>146</sup> admet que podrien afectar a matèries no incloses en el seu àmbit material, sempre que sigui en casos urgents i sobre bens o persones que es trobin en l'estat membre on es troba el tribunal que les acorda. En aquests casos s'atribueix als tribunals membres la

---

<sup>146</sup> Veure l'*Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. DOCE, núm. C 221 de 16 de juliol de 1998, elaborat per BORRAS RODRÍGUEZ, A.. Respecte a la doctrina a favor d'aquesta teoria per exemple CALVO CARAVACA, A. L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003, discrepant per exemple ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales*

competència per adoptar mesures provisionals o cautelars, malgrat que no siguin els tribunals competents per conèixer el procediment principal de divorci, separació o nul·litat matrimonial. Per tant, el que s'està fent amb aquesta previsió és dictar una norma de competència judicial internacional directa<sup>147</sup>, que tindrà caràcter auxiliar, ja que és necessari que existeixi un plet principal amb un tribunal competent per resoldre'l.

El Reglament 44/2001 també recull una previsió semblant permetent a l'article 31 que es pugui recórrer als tribunals d'un altre estat membre per a l'adopció de mesures cautelars i provisionals encara que sigui un altre tribunal el competent per conèixer el plet principal.

Amb aquesta regulació de les mesures cautelars es posa més que mai la necessitat d'un tractament ampli i unitari de les crisis matrimonials.

Si ens situem a la pràctica, en el cas d'un trencament matrimonial ens trobarem amb la possibilitat de dictar a l'empara de l'article 771 de la LEC mesures prèvies a la demanda principal, que segurament dictarà el mateix òrgan jurisdiccional que després coneixerà de la demanda principal. Les mesures que es poden dictar de manera urgent, fins i tot abans de celebrar la vista, seran les relatives a la custòdia dels fills i a l'ús de l'habitatge familiar. Les primeres sí que estan clarament incloses en el Reglament 2201/2003, mentre que les segones no. I, de fet, seguint una visió estricta i rigorosa podríem considerar que no s'engloben en cap dels reglaments.

Ja que ja hem vist que a la pràctica el recurs a les mesures és habitual i necessari. En la majoria dels casos pràctics objecte d'aquest estudi ha calgut demanar mesures prèvies o coetànies a la demana de divorci o separació matrimonial.<sup>148</sup> Agafem el cas tipus de tots els estudiats: matrimoni de marroquins residents a Espanya amb els seus fills. La dona vol presentar el divorci però davant la situació d'urgència necessita algunes mesures que li donin l'ús de l'habitatge i la custòdia dels fills i una pensió alimentària pels mateixos. La conseqüència pràctica en aquests casos serà la mateixa, perquè no hi ha dubte en cap dels casos de la competència dels tribunals espanyols, ja que la residència del tots els implicats a Espanya, comporta la competència dels tribunals espanyols ja sigui aplicant els reglaments comunitaris o el dret autònom.

---

*internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español.* Universidade de Santiago de Compostela. 2004.

<sup>147</sup> Posició no unànime de la doctrina que discuteix si es podria tractar d'una remissió a la normativa competencial de cada estat membre. ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español.* Universidade de Santiago de Compostela. 2004.

<sup>148</sup> De 20 procediments judicials instats, s'ha demanat mesures prèvies o coetànies en 13 casos. (veure pàg. 58)

Quan les relacions familiars són més complexes i quan algun dels dos o algun dels fills ja no és resident a Espanya ni a un Estat membre o no ho ha estat mai, com pot passar sovint en el cas dels magribins, les complicacions apareixen. Llavors es constaten un cop més els inconvenients pràctics d'aquesta excessiva fragmentació de les matèries en el cas de les normes de competència judicial internacional referides als procediments matrimonials, complicació que encara creix més amb la possibilitat d'adoptar mesures urgents sobre matèries que es tractaran després en el plet principal i en les que el tribunal encarregat d'aquest plet principal podria no ser competent per a les mateixes. La doctrina <sup>149</sup> ja apunta la absurditat d'aquesta regulació perquè de seguir aquest argument i donat que les normes de l'article 12 o 20 dels Reglaments 1347/2000 i 2201/2003 respectivament tenen caràcter auxiliar no resultarien aplicables si en el plet principal no es poden tractar aquestes matèries, per ser els tribunals incompetents a la llum precisament d'aquests mateixos reglaments.

Permetre l'adopció de mesures provisionals o cautelars en casos urgents encara que no sigui pels tribunals competents pel plet principal és una bona previsió, però la disgregació a la que malauradament ens tenen acostumats les normes de Dret Internacional Privat fa que en resulti un sistema excessivament complex i a vegades inaplicable.

## **5.- Problemàtiques en la determinació de la competència dels tribunals espanyols a la llum dels reglaments comunitaris.**

### **A. Litigis familiars mixtos: la presència litigants comunitaris i extracomunitaris en un mateix litigis**

En l'àmbit dels litigis matrimonials (separació i divorci), si hi ha un litigant comunitari s'aplica el Reglament i només entren en joc les normes internes si el Reglament no atribueix competència a un tribunal comunitari. <sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidad de Santiago de Compostela. 2004.

<sup>150</sup> Cal recordar que l'article 6 del Reglament 2201/2003 determina que un cònjuge amb residència habitual o amb la nacionalitat d'un estat membre només podrà ser requerit davant dels òrgans jurisdiccionals que siguin competents en virtut de les normes de competència fixades en els article 3,4 i 5 del propi conveni (veure també els comentaris ja fets al respecte)



En el cas dels magribins, tot i que la tendència als anomenats matrimonis mixtos (nacional espanyol/a amb magribí/na) purament és encara poc habitual per totes les limitacions existents en molts casos per a matrimonis amb no-musulmans, el supòsit de fet de fons es pot donar també els litigis que sorgeixen a partir del matrimoni entre els anomenats immigrants magribins de segona generació que en molts casos hauran adquirit la nacionalitat del país d'acollida i persones que encara mantinguin la seva nacionalitat d'origen, perquè això no trenca amb el principi general de casar-se entre musulmans i, fins i tot, entre famílies o parents.

Hi ha diversos exemples que serveixen per ubicar-nos i analitzar el tema i que apareixen en altres treballs d'altres autors, referits encara al Reglament 1347/2000:<sup>151</sup>

Aquest és el cas d'una dona japonesa i un marit francès. Viu ell a Estats Units i ella a Alemanya. La dona amb residència a Alemanya (estat membre) només podrà ser demandada davant d'un tribunal competent segons l'establert en els articles 2 a 6 del Reglament. Per tant, el seu marit francès no la podrà demandar als tribunals francesos, perquè residint el marit als Estats Units, els articles 2 a 6 del Reglament no li atorguen als tribunals francesos la competència. La dona decideix anar-se'n a viure a Irlanda i planteja demanda quan encara no han passat ni 1 any ni 6 mesos de residència en aquest país. D'acord amb els articles 2 a 6 del Reglament els tribunals irlandesos no en són competents perquè encara no fa 1 any que hi resideix. El seu marit francès continua no podent demandar-la a França.

Instal·lada a Irlanda, el jutge irlandès no podrà conèixer en virtut dels articles 2 a 6 però en virtut d'aquests mateixos articles 2 a 6 ha de determinar si hi ha algun altre tribunal d'un estat membre que en sigui competent. En aquest cas, ho podria ser Alemanya perquè és on residien abans de la separació, però no a França perquè el Reglament no recull com a criteri per determinar la competència la nacionalitat per ella sola i els articles 14 del Codi Civil Francès<sup>152</sup> queden desplaçats pel Reglament en haver-hi un tribunal d'un estat membre que en pot ser competent. Només en el cas que

---

<sup>151</sup> Extret de: ANCEL, B. i MUIR WATT, H.: *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*. Rev. Crit. Dr. Internat. Privé, 90 (3) juillet-septembre 2001. També es prolífic en enumeració de casos CALVO CARAVACA, A. L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003

<sup>152</sup> Recordem que la nacionalitat francesa permetia la competència dels tribunals francesos. Veure pàg. 68.

aquestes normes de competència no determinessin com a competents un tribunals d'un estat membre es podrien aplicar les normes internes sobre competència internacional.<sup>153</sup>

Un altre exemple clarifica la situació:

Un espòs de nacionalitat britànica, domiciliat a Espanya, però que fa ja un any que viu al Brasil. La seva esposa de nacionalitat francesa que fa ja un any que viu a Alemanya. L'esposa francesa no podrà invocar el dret intern francès per determinar la competència dels tribunals francesos, perquè per aplicació de l'article 7 l'espòs només podrà ser demandat en virtut de les competències dels article 2 a 6 del Reglament i l'article 2 no atribueix competència als tribunals francesos perquè l'esposa francesa no viu França, ni era el domicili comú. Els tribunals comunitaris competents podran ser els alemanys perquè és la residència de l'esposa des de fa ja un any. Havent tribunals d'algun estat membre competents no entraria en joc l'article 8 i no hi hauria entrada a les normes de competència internacional internes. Si aquesta esposa residís també al Brasil, podria llavors interposar demanda a França perquè al no resultar competent cap tribunal de cap altre estat membre (al ser la seva residència al Brasil no hi ha cap fur possible dels de l'article 2) d'acord amb l'article 8 entrarien en joc les normes de competència internacional internes i per la seva nacionalitat francesa, els tribunals francesos en serien competents.

Tenint el marit domicili a Espanya i donat la indefinició en el nostre país del terme residència legal, podria entenc també per aplicació del Reglament plantejar demanda a Espanya i en ser competent un tribunal d'un estat membre ja no entrarien en joc ni les lleis internes franceses (art 14 CC), ni les espanyoles (art 22 LOPJ).<sup>154</sup>

Aquest entramat complex de supòsits posa de manifest que per aplicació del Reglament comunitari 1347/2000 i el 2201/2003 després<sup>155</sup>, en l'àmbit d'un procediment matrimonial, un nacional d'un estat membre, o un resident en un estat membre o un que hi tingui el seu domicili en el cas de Gran Bretanya i Irlanda, només podrà ser demandat d'acord amb els furs que estableix el propi Reglament, limitant per tant enormement el joc de les normes internes dels diferents estats membres, que en la majoria de casos quedaran desplaçades i com la LOPJ que també queda limitada. No és,

---

<sup>153</sup> Aquestes exemples estan realitzats a partir del Reglament 1347/2000, però a la vista del Reglament 2201/2003, les conclusions serien les mateixes per bé que els articles de referència varien del 2 al 6 al 3,4 i 5.

<sup>154</sup> Extret de: ANCEL, B. i MUIR WATT, H.: *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*. Rev. Crit. Dr. Internat. Privé, 90 (3) juillet-septembre 2001.

<sup>155</sup> Recordem que els exemples estan realitzats a partir del Reglament 1347/2000, però a la vista del Reglament 2201/2003, les conclusions serien les mateixes per bé que els articles de referència varien del 2 al 6 al 3,4 i 5 i del 7 i 8 al 6 i 7.

doncs, exagerat començar a parlar de la unificació de normes de Dret Internacional Privat en el sí de la Unió Europea amb incidència no sols respecte dels ciutadans comunitaris sinó també dels ciutadans nacionals de tercers països com és el cas dels magribins, malgrat la reticència ja apuntada d'alguns autors. Aquesta tendència és important i interessant a l'hora de determinar propostes de modificacions legislatives de futur on cap estat membre entenc que ja no pot actuar sense tenir en compte no només el dret comparat sinó les tendències unificadores en el sí de la Unió Europea, perquè la capacitat normativa en la matèria ja no correspon només a cada un dels Estats membres.<sup>156</sup>

Podria anar explicant molts supòsit de laboratori per demostrar les afirmacions anteriors davant d'un entramat de normes competencials tan complex. Però centrant-nos en els supòsits de magribins el millor és centrar-nos en supòsits reals i que exemplifiquen la tipologia d'aquests matrimonis mixtos a mitges.

**Supòsit de fet:** *Ra i Ab es van casar per haver-ho arranjat així les famílies. Ra tenia 19 anys i era en el moment del matrimoni de nacionalitat espanyola i resident a Espanya des de petita, on va venir amb els seus pares i després va accedir a la nacionalitat espanyola. Ab tenia 25 anys, era de nacionalitat marroquina i amb molt bona formació, llicenciat en una carrera tecnològica, fet que fa que obtingui feina en una multinacional alemanya. La parella es casa a Espanya i el matrimoni s'inscriu al Registre Civil espanyol. Donat la feina d'ell, Ra i Ab instal·len ja el seu primer domicili matrimonial a Alemanya. No tenen fills Ra no li agrada la vida que porta, i als 7 o 8 mesos fuig i torna amb la seva família a Espanya.*

**Petició formulada a la demanda:** *Ab davant la situació, (Ra no va voler tornar mai, tot i que Ab la va anar a buscar), havent passat més de dos anys de la celebració del matrimoni i sense haver reiniciat la convivència en tot aquest temps i volent tornar-se a casar a Europa amb una europea, presenta demanda de divorci a Espanya, però ell continua residint a Alemanya.*

**Dades processals:** *s'aplica la LEC 1/2000.*

---

<sup>156</sup> Veure les propostes en aquest sentí de GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común*. (Anuario de Derecho Internacional Privado) AEDIPr T IV, 2004 (pp 117-187). Interessant constatar la postura totalment contrària a aquesta tendència d'unificació comunitària per part d'alguns autors que fan una defensa aferrissada en sentit totalment invers. Veure: RUBIO GARRIDO, T. "interrogantes y sombras sobre el código europeo de derecho privado y los juristas europeístas" REVISTA DE DERECHO PRIVADO (pag 48-49).

Els tribunals espanyols en aquest cas són clarament competents, ja que la residència habitual de la demandada és a Espanya. Donat que el marit feia més d'un any que residia a Alemanya els tribunals alemanys podien ser també competents, però com que el matrimoni constava inscrit al Registre Civil espanyol, el marit per facilitar la inscripció de la sentència de divorci planteja demanda a Espanya.

La competència dels tribunals espanyols ve determinada pel Reglament 2201/2003 i no per la LOPJ, que, en aquest cas, per aplicació del criteri especial al divorci hagués pogut determinar que no eren competents els tribunals espanyols perquè la residència comú de tots dos cònjuges no era a Espanya i perquè la nacional espanyola al moment d'interposar la demanda no era la demandant sinó la demandada, encara que hagués pogut entrar en joc el fur general de la LOPJ del domicili a Espanya de la demandada.

En el supòsit analitzat no entra en joc la LOPJ perquè el Reglament determina que són competents els tribunals d'un estat membre: els tribunals espanyols, no sent necessari entrar en joc les normes de competència internacional internes de la LOPJ. A més, pel cas de la demandada es respecta l'establert a l'article 6 del Reglament 2201/2003

En la realitat, emplaçada la demandada, aquesta va sol·licitar advocat d'ofici i analitzant la demanda de divorci, van arribar a un acord, reconvertint el procediment en un mutu acord, sense intervenció del Ministeri Fiscal al no haver-hi fills. Davant d'un mutu acord la sentència final ni tan sols va entrar a valorar ni la competència internacional dels tribunals espanyols detingudament, ni la llei aplicable.

Aquesta seria també la situació del següent cas si és que el matrimoni arribés a trencar-se:

***Supòsit de fet:*** GH és una noia d'origen marroquí, però naturalitzada espanyola. Té el promès al Marroc i finalment es casen aprofitant les vacances d'ella i poder així fer una gran festa familiar. Per tant, estem davant d'un matrimoni entre musulmans, beneït per les dues famílies perquè continua dintre dels termes tradicionals, però que formalment serà un matrimoni mixt perquè el contrauen una espanyola i un marroquí.

***Petició formulada:*** consulta jurídica per als tràmits d'obtenció de visat i permís de residència en règim comunitari pel marit marroquí.

També es poden produir conflictes entre diferents estats membres davant de trencaments familiars entre magribins, que conserven la seva nacionalitat però que viuen en estats membres diferents. En cas següent ens exemplifica la situació.

***Supòsit de fet:** Sa i M, són els anomenats immigrants de segona generació. Sa nascuda a França i M a Espanya, cada un amb les seves respectives famílies i permisos de residència en vigor als respectius estats. Es casen un estiu al Marroc per intermediació familiar i viuen un temps a França (primer domicili) i després a Espanya on el marit estableix un negoci que no funciona. Tenen dos fills, el gran nascut a França i el petit a Espanya. Com que el negoci del marit va malament, el marit busca feina i li surt la possibilitat d'una feina a Bèlgica. El matrimoni es trasllada a Bèlgica, deixant els fills a Espanya amb els avis paterns. Després d'un any i un cop acabat el contracte a Bèlgica del marit, Sa i M tornen a Espanya on en seguida es planteja el trencament i Sa no sap que fer, si quedar-se a Espanya o tornar amb la seva família a França. En tot aquest temps cap dels dos ha adquirit la nacionalitat ni espanyola, ni francesa, ni tampoc els fills, per tant tota la família té nacionalitat marroquina.*

***Petició formulada:** consulta jurídica abans de decidir iniciar qualsevol tipus de procediment judicial.*

Si Sa. es queda a Espanya, els tribunals espanyols seran competents, ja sigui en virtut del Reglament o de la LOPJ. Quina és la norma jurídica que cal aplicar? Crec que supòsits com a aquest són els bàsics per determinar si el Reglament comunitari en vigor substitueix o no les normes internes. Plantejada la demanda a Espanya, es produeix un element d'estrangeria, que no ve determinat per la residència o nacionalitat en un altre estat membre, sinó per la nacionalitat de tots dos litigants i dels seus fills d'un estat extracomunitari com és el Marroc. Entra en joc el Reglament comunitari en vigor? Si aquest s'aplica als litigis matrimonials (nul·litat, separació i divorci) sense més és evident que sí i resultant competents tribunals d'un estat membre, com són els espanyols per aplicació de les seves normes no cal que entrin en joc les normes de la LOPJ. La tendència jurisprudencial com ja s'ha apuntat ha estat aquesta.

A la pràctica en casos com aquest (dos magribins residents a Espanya amb els seus fills) la solució és la mateixa tant si s'aplica el Reglament com si s'aplica la LOPJ, per tant les resolucions i sentències no entren mai en aquesta disquisició i fonamenten les seves resolucions directament en l'article 22 LOPJ: seran competents els tribunals

espanyols: ambdós cònjuges tenen la seva residència habitual a Espanya al temps de la demanda i els fills també tenen la seva residència habitual a Espanya al temps de la demanda. Més recentment i abans de l'entrada en vigor del Reglament 2201/2003 la jurisprudència ja havia començat a determinar la competència en virtut del Reglament 1347/2000. Després algunes resolucions recents han començat ja a fer esment del Reglament 2201/2003, però també mantenint la referència a la LOPJ.<sup>157</sup>

La residència habitual dels cònjuges és a Espanya i el fills tenen residència a Espanya (és aquí on els nens estan escolaritzats, on tenen la resta de la família paterna i on ha viscut el matrimoni durant molt de temps, on hi ha nascut un fill i on fins i tot el marit ha establert un negoci). El trasllat a Bèlgica dels esposos sense els fills és temporal.<sup>158</sup>

Per tant d'acord amb l'article 3.1 del Reglament 2201/2003 els tribunals competents seran els espanyols clarament respecte a la separació o divorci.

L'article 8 del Reglament 2201/2003 dóna també la competència als tribunals espanyols pel que fa a les qüestions sobre responsabilitat parental, que clarament inclou la guarda i custòdia i el règim de visites, ja que la residència habitual dels menors és clarament Espanya. L'article 12 del mateix Reglament permetria també la competència dels tribunals espanyols per ser aquests els competents en la matèria de divorci.

Si Sa. decideix tornar a França la cosa es complica. En aquest cas, quedaria del tot clar que s'ha d'aplicar el Reglament perquè tots dos són residents a Estats membres i els fills també.

Podria Sa. recórrer llavors als tribunals francesos per plantejar demanda de separació o divorci?. No ho crec, a no ser que portés residint allà un any perquè els tribunals espanyols serien competents perquè era la residència de la parella i el marit hi

---

<sup>157</sup> Entra les sentències que ja apliquen el Reglament 1347/2000 cal citar la SAP MURCIA 12/05/2003 Núm. 166/2003 (AZ AC 2003/1676). Resolucions més recents que apliquen o citen el Reglament 2201/2003: AAP Cádiz de 15-09-2005 25/2005 (Az JUR 2006/30518): *No estamos de acuerdo porque la competencia de los tribunales españoles se ajusta a las previsiones del artículo 22.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: demandante española con residencia habitual en España. Lo mismo sucede con el vigente Reglamento 2201/2003 y el de 2000. El Reglamento 44/2001 otorga al juez del domicilio del acreedor de alimentos la competencia para conocer de su reclamación, o al órgano competente para conocer de la acción relativa al estado de las personas.* L'AAP Guipúzcoa de 14-09-2005 2086/2005 (Az JUR 2006/3692) que també ja el cita en un tema de trasllat de menors i l'AAP Castellón 93/2005 de 21-04-2005 (Az JUR 2005/164566) que també el cita en un tema de reconeixament de sentència de divorci estrangera. Igualment la SAP 15-12-2005 (Az JUR 2006/96862). Encara hi ha però sentències que continuen prescindint dels Reglaments i apliquen directament LOPJ Veure Nota sobre "Ley aplicable a la separación y divorcio" de MOYA ESCUDERO, M. en el AEDIPr 2005. (pàg. 878-882).

continua vivint i perquè és el lloc de residència del demandat (Art. 3.1 a)) i essent competent un tribunal d'un estat membre ja no entren en joc les regles de competència internacional internes franceses.

I respecte els fills comuns? Si Sa. deixa els fills a Espanya, és clar que seran competents els tribunals espanyols (art. 8 del Reglament). Si Sa. s'enduu els fills a França, al no ser competents els tribunals francesos pel procediment de divorci o separació, no tindrien competència respecte de les decisions sobre els fills que continuarien ser competents els tribunals espanyols a no ser que s'esperés un temps abans de presentar la demanda. Però si fes això el marit podria presentar-la directament a Espanya davant d'uns tribunals que sí serien clarament competents.

La residència a Bèlgica del matrimoni sol sense els fills, durant un any, no crec que possibiliti la competència dels tribunals d'aquest país, si cap membre de la família (ni cònjuges ni fills) hi continua vivint.

En la realitat aquest afer mai va arribar als tribunals perquè la parella es va reconciliar i van continuar residint tota la família a Espanya.

Els casos més difícils són aquells que podrien abocar a la possible incompetència dels tribunals espanyols. En aquest punt la doctrina discrepa. El supòsit pràctic de partida podria ser el següent.

Marit d'origen marroquí però naturalitzat francès ja en el moment de casar-se. L'esposa també és d'origen marroquí però en casar-se tenia ja nacionalitat espanyola. Han viscut els darrers anys de matrimoni al Marroc. Se separen, però donat que les famílies respectives estan a Europa la dona torna a Espanya i interposa demanda de divorci.

En aquest cas, per aplicació del Reglament comunitari, si la dona no fa sis mesos que resideix a Espanya els tribunals espanyols no són competents. Tampoc ho seran els francesos perquè el marit continua vivint al Marroc. Per tant no hi ha cap tribunal de cap estat membre que sigui competent. Segons un part de la doctrina en aquest supòsit no es podria aplicar la normativa interna perquè l'article 6 del Reglament 2201/2003 o el 7 del Reglament 1347/2000, determina que un nacional d'un estat membre no pot ser demandat davant dels tribunals d'un altres estat membre sinó és per les normes de

---

<sup>158</sup> Veure la SAP Murcia 12-05-2003 núm. 166/2003 Aranzadi AC 22003/1676, que considera que l'estada temporal del fill del matrimoni a Marroc no varia la consideració que la seva residència habitual sigui Espanya.

competència del mateix Reglament. Davant d'aquesta situació els tribunals espanyols s'haurien de declarar incompetents.<sup>159</sup>

Altra part de la doctrina afirma que a aquest cas li és aplicable igualment l'article 8 del Reglament 1347/2000 i 7 del Reglament 2201/2003, ja que aquesta és una norma general que afecta tant a comunitaris com a no comunitaris i critica en aquest sentit l'oportunitat que s'ha perdut de fixar normes de competència realment homogènies en l'àmbit dels estats membres.<sup>160</sup> Aquests articles permeten que quan per aplicació de les normes de competència del Reglament no siguin competents els tribunals d'un estat membre, es puguin aplicar les normes internes de competència judicial. Per tant, en l'exemple que hem posat en no ser competents els tribunals de cap estat membre entrarien en joc les normes de la LOPJ que no demana al demandant espanyol un temps mínim de residència per determinar la competència dels tribunals espanyols i per tant llavors aquests serien competents.<sup>161</sup>

A la vista de tots aquests supòsits entenc que els tribunals espanyols només serien incompetents dintre de les matèries objecte de l'àmbit d'aplicació dels Reglaments comunitaris en el cas que aquestes normes no donessin la competència a un estat membre. Si els tribunals que es determinen com a competents en funció de les normes de competència judicial dels Reglaments no són els tribunals d'un estat membre, els tribunals espanyols només seran incompetents si d'acord amb les normes de la LOPJ o dels possibles convenis internacionals existents no hi ha cap norma que li doni la competència als tribunals espanyols. Cas que es podria donar, per exemple, si en el mateix cas d'exemple la dona espanyola no torna a residir a Espanya (li faltaria el

---

<sup>159</sup> Per exemple: ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidade de Santiago de Compostela. 2004.

<sup>160</sup> Per exemple ANCEL, B. i MUIR WATT, H.: *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II*. Rev. Crit. Dr. Internat. Privé., i també CALVO CARAVACA, A. L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003.

<sup>161</sup> La guia pràctica per a la aplicació del Reglament Comunitari 2201/2003 insisteix també en aquesta interpretació de remissió a la normativa interna davant la no atribució del Reglament de la competència a cap estat membre (Veure pàg. 50 i 51 de la **GUÍA PRÁCTICA PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO BRUSELAS II** (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de la resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000). Versió actualitzada a 1 de juny de 2005, elaborada per la Comissió en consulta amb la xarxa judicial europea en matèria civil i mercantil. Es pot consultar [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm) (pàgina de la xarxa judicial europea en matèria civil i mercantil).



requisit de la residència que li demana la LOPJ) i el demandat no se sotmet a la competència dels tribunals espanyols.<sup>162</sup>

## **B. Els supòsits dubtosos de l'atribució de la competència als tribunals espanyols per aplicació dels reglaments comunitaris:**

### b.1 Domicili desconegut del demandat.

D'entrada, cal parar esment als conceptes domicili i residència habitual. En l'àmbit que estem analitzant, també cal deixar clar que el que nosaltres entenem com a domicili, no és el concepte de "domicile" que apareix al Reglament comunitari.

Amb caràcter general podríem dir que malgrat els textos legals interns que semblen assimilar-ho, domicili i residència habitual no necessàriament són el mateix<sup>163</sup>, ja que el domicili seria el lloc legal de residència i, en canvi, la residència habitual una situació de fet, que indica el lloc en què es localitza el centre vida socioeconòmic d'una persona i, per tant, aquesta residència legal no només es pot determinar per circumstàncies administratives com pot ser l'empadronament encara que aquest pugui ser un element de prova important. Aquest concepte de residència havia vingut avalat per la jurisprudència, com és el cas de la Sentència de la Audiència Provincial de Granada de 14-01-1991<sup>164</sup> i altres resolucions judicials.<sup>165</sup>

Si recorrem als textos legals, en l'àmbit espanyol trobem l'article 40 que contràriament al criteri exposat diu que en el cas de les persones naturals el seu domicili és el lloc de la seva residència habitual, però afegeix que també és domicili aquell que designi la Llei d'Enjudiciament Civil. Sembla així que aquest article determina un domicili diferent per a les qüestions processals. Per tant, quan s'arriba a un litigi i hem d'interposar una demanda potser que llavors haguem d'aplicar unes altres normes per saber on hem de demandar a una persona. La LEC 1/2000 diu que el domicili d'un a persona és el que es fa constar en la demanda, sol·licitud o petició amb la que s'inicia un

---

<sup>162</sup> La SAP Castellón de 23.04.2002, aposta per aquest criteri i determina incompetents els Tribunals Espanyols si no es dona cap dels furs previstos a l'article 22 de la LOPJ.

<sup>163</sup> Alguns autors recolzen aquesta postura, com ESPLUGAS MOTA, C.

<sup>164</sup> Referència jurisprudencial extreta de VIRGOS SORIANO, M. i GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. Litigación Internacional*. Civitas Ediciones SL. Primera edició 2000.

<sup>165</sup> Així les STS Cont. Administratiu 8-03-1983, STS 10-06-1966, STS 4-05-1977, STS 15-11-1991 i STS 30-01-1992, cites extretes de: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I

procediment civil (art. 155). L'obligació de fixar aquest domicili a l'inici del procediment recaurà, doncs, en el demandant. Si no es determinés cap altra qüestió el demandant podria indicar el domicili que li plagués als efectes que ell considerés més adients i per exemple fixar un domicili del demandat que no és on pot trobar-se només, per exemple, a efectes de determinar la competència d'un tribunal o jutjat determinat. Per evitar aquestes circumstàncies el mateix article 155.3 determina quin són els llocs que poden considerar-se domicili d'una persona: el lloc on estigui empadronat, el que consti oficialment a altres efectes (per exemple, un domicili fiscal), el que aparegui en un registre oficial (per exemple, el que pugui constar en un Registre de la Propietat) o el lloc en què s'exerceixi una activitat professional o laboral no ocasional.

Als efectes d'entaular un litigi en l'àmbit del dret de família, tractant-se d'una qüestió eminentment processal, quan les normes de competència ens determini que el criteri és el del domicili, el domicili potser qualsevol dels llocs que determina la LEC 1/2000. Ara bé aquesta llei processal continua sense descriure que és residència habitual. En el Reglament 1347/2000 i en seu successor 2210/2003 no és fa tampoc cap definició del que hem d'entendre per residència habitual si més no a efectes del propi Reglament. Evidentment, en el marc comunitari i a l'hora de l'aplicació del Reglament seria bo una definició comú com el Reglament 2201 ja ha fet per a altres qüestions. No existeix però cap definició comú del que s'entén per residència habitual en el text del Reglament.<sup>166</sup>

Davant d'aquesta manca de definició legal del que és residència habitual podem tenir en compte diferents criteris. Per una banda, aquella opinió d'alguns autors ja comentada que residència és el lloc fàctic, no el domicili i, per tant, podrà ser resident en un lloc diferent de l'empadronat<sup>167</sup>. Per altra banda, podem agafar un criteri fiscal i dir que és aquell lloc on una persona viu durant més de 180 dies en un any. També podem interpretar que residència habitual és igual al domicili d'acord amb l'article 40 del CC i, per tant, llavors en l'àmbit de qualsevol procediment de família ens tornen a

---

<sup>166</sup> El TJCE ja ha donat encara que no aplicant aquest conveni, sinó utilitzada en altres casos i que es pot prendre de referència (veure l'*Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. DOCE núm C 221 de 16 de juliol de 1998, elaborat per BORRAS RODRÍGUEZ, A.)

<sup>167</sup> Hi ha jurisprudència que havia mantingut la necessitat d'empadronament per determinar el domicili. SJPI de Estepona 23-02-1990 (referenciada a CALVO CARAVACA, A. L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003) i SAP Granada 14-01-1991. També hi ha autors que malgrat mantenir que hi ha equiparació ente residència i domicili en el dret intern d'acord amb l'article 40 del CC, mantenen que aquest no va lligat a

servir tots els llocs delimitats per la LEC 1/2000.<sup>168</sup> En aquest cas, el que ens caldria plantejar-nos és si podem extrapolar aquesta definició interna que assimila domicili a residència habitual als procediments amb elements d'estrangeria i quan el pretenem aplicar és el Reglament comunitari.

Podem tenir present el criteri de residència habitual que fa la Conferència de la Haia de Dret Internacional Privat<sup>169</sup> en els diferents convenis que posa l'èmfasi en l'aspecte de fet, entenent per a residència habitual aquella on una persona té el seu centre social de vida, és a dir, al lloc on es produeix l'arrelament d'una persona amb un medi sociojurídic.<sup>170</sup> En igual sentit l'informe Borràs referit a l'anomenat Conveni Brussel·les II recollia la definició de residència habitual com “*el lloc en què la persona ha fixat amb caràcter estable, el centre permanent o habitual dels seus interessos que, als fins de determinar aquesta residència han de tenir-se en compte tots els elements de fet constitutius*”.<sup>171</sup> El Tribunal Suprem espanyol també ha precisat des de fa temps elements a tenir presents per determinar que hi ha residència habitual, no essent determinant només la residència durant un llarg període perquè aquest pot ser per motius de feina, malaltia o estudis i això no serà residència habitual.<sup>172</sup> Tampoc ha d'incidir en aquest concepte si la residència és legal o no a l'empara de la Llei d'estrangeria.<sup>173</sup> Una altra part de la doctrina considera que una persona pot tenir diferents llocs de residència habitual i que s'haurà de precisar en cada cas concret i en cada litigi.<sup>174</sup>

---

l'empadronament. Així també CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional...* Ob cit.

<sup>168</sup> Aquesta equiparació, per exemple, la fa la SAP Múrcia de 12-05-2003 en relació a l'aplicació del Reglament 44/2001 en matèria d'aliments.

<sup>169</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I

<sup>170</sup> ESPINAR VICENTE, J.M.: *Residencia habitual (DIPR) Enc. Jur. Básica*. Civitas Madrid 1995 pp. 5876-5880 (cita extreta de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I)

<sup>171</sup> Precisió recollida a partir del criteri fixat pel TJCE en altres ocasions . veure l'*Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K3 del Tratado de la Unión Europea sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. DOCE núm C 221 de 16 de juliol de 1998, elaborat per BORRAS RODRÍGUEZ, A. (pàg. 38).

<sup>172</sup> STS 2-07-1926, STS 31-12-1908, STS 17-11-1898, STS 20-11-1906, STS 30-04-1909, STS 26-05-1944, STS 24-05-944, STS 15-01-1946 (cita extreta de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I)

<sup>173</sup> Vuere en aquest sentit les següents RDGRN 3-12-1993, 23-08-1990, 25-09-1995, 29-08-1992.

<sup>174</sup> VAN HOOGSTRATEN, H.M.: *La Codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye*, RCDA 1967, vol 122 pp 337-435; ESPINAR VICENTE, J.M.: *Residencia habitual (DIPR) Enc. Jur. Básica*. Civitas Madrid 1995 pp. 5876-5880. Postura que sembla corroborar CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. en la seva obra *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I

A la vista de totes aquestes opinions entenc que l'equiparació de domicili a residència habitual que fa l'article 40 del CC, no ens serveix per delimitar què hem d'entendre per residència habitual. En aquest sentit, els criteris mínims per determinar la residència habitual, seguint a més les tendències en aquest sentit fixades a nivell internacional i no únicament basades en la normativa interna, haurien de ser presència física d'una persona en un lloc, durant un període de temps en un lloc determinat i amb voluntat de quedar-se en aquest lloc. Si no es demanen uns mínims el concepte de residència habitual ho podria ser qualsevol estada. Per constatar aquesta permanència durant un període de temps en un lloc, servirien com a prova totes els mitjans de prova admesos en dret i llavors són vàlids els registres públics i tots els criteris que es recullen a l'article 155.3 de la LEC 1/2000, però també altres elements com el lloc d'escolarització dels fills, la participació de pares i fills en programes socials, el lloc de residència habitual de la resta de família, el lloc de feina habitual dels pares, etc... Havent-se de valorar tots aquest elements en el seu conjunt i no aïlladament, deixant clar en tot cas que la residència legal o no en un país, que és una situació administrativa, no determina en cap cas l'existència o no de residència habitual en els termes necessaris per determinar la competència judicial i la llei aplicable.<sup>175</sup>

Que passa quan el demandat, de nacionalitat d'algun país del Magrib, no té cap domicili ni tampoc cap lloc de residència coneguda en el moment en què s'ha de presentar la demanda.

En aquest supòsit i quan es tracti de plantejar una demanda de nul·litat, separació i divorci i qüestions de responsabilitat parental respecte dels fills comuns, residint dona i fills a Espanya, s'ha d'aplicar el Reglament comunitari i per tant, si la última residència habitual dels cònjuges era Espanya ja que hi vivien tots, hi estaven empadronats, els fills hi anaven a l'escola i el marit hi tenia una feina, i ara, desaparegut el marit la dona i els fills resideixen a Espanya són competents els tribunals espanyols. En aquests casos és evident que el centre social de la vida d'aquesta família és a Espanya. El fet que el marit hagi marxat i no vulgui ser trobat ni doni senyals de vida no pot fer variar aquest fet. L'article 3 del Reglament 2201/2003 dona cabuda a aquests casos.

En el cas que l'última residència habitual de la família no fos Espanya, però la dona i els fills i visquin des de fa més d'un any també serien clarament competents els tribunals espanyols per aplicació del Reglament. Més difícil seria si el marit no hagués

---

<sup>175</sup> Diverses Resolucions de la DRGRN confirmen aquest criteri: 3-12-1993, 23-08-1990, 25-09-1995, 29-08-1992. Extretes de: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., que és qui els cita en la seva obra *Crisis*

vingut mai a Espanya i la dona no portés encara un any resident aquí. Admetre la competència dels tribunals espanyols en tots aquests casos potser si que és caure en el *forum shopping*. Però també és cert que és una solució pràctica per a la dona i els fills que instal·lats a Espanya i amb pocs recursos econòmics, necessiten una sentència judicial de separació o divorci per l'accés a determinats ajuts o per justificar, fins i tot, l'absència del marit o pare i que desconeixen on es troba el marit. Entenc que la possibilitat de poder trencar els vincles matrimonials sense necessitat de tornar al país d'origen i d'enfrontar-se a legislacions que li poden ser contràries, és una solució ajustada a la realitat. Admetre la competència dels tribunals en aquests casos seria afavorir la justícia del cas concret enfront una política unitària de no afavorir un frau de llei, però també s'ha de tenir present que aquests qüestions de dret internacional ja no s'apliquen avui a les classes més benestants, a les que encara es pot entendre que es vulgui demanar un plus de diligència o un plus de despeses, sinó a les classes sovint més desfavorides i que, per tant, s'ha de tendir a la solucions més properes als ciutadans. En el món actual, tan interconnectat i on els moviments de persones es produeixen a tots els nivells de la societat, si la possibilitat d'escollir el lloc del divorci ja no es limita només als benestants, no crec que el resultat sigui tan indesitjable.<sup>176</sup>

Cal tenir present que per admetre la competència dels tribunals espanyols casos basats només en la residència de l'actor, supòsit en el que entraria el cas del marit que no ha residit mai a Espanya, es demana un any de residència prèvia i, per tant, entenc que això ja limita més la possibilitat d'ús d'aquest fur de competència de manera fraudulenta, però és evident que sempre hi hauria aquesta possibilitat. Hi ha supòsits, per exemple, d'empadronament a Espanya abans que s'hi arribi realment.<sup>177</sup> Ara bé, si per residència habitual no només s'entén l'empadronament, la determinació o prova d'aquesta residència habitual veritable queda susceptible de control jurisdiccional ja sigui d'ofici o a instància de part amb la corresponent declinatòria, podent presentar en

---

*matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I

<sup>176</sup> La possibilitat d'escollir el fur aplicable a les crisis matrimonials ja estat criticat no sols per alguns autors rebebs a aquesta possibilitat, sinó fins i tot per la premsa en general. En aquest sentit, s'ha de llegir l'article de CUNCHILLOS, M.: *Divorcios a la carta*, publicat a Actualidad Aranzadi núm. 533. Altres autors com CALVO CARAVACA, A. L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (*Derecho de familia internacional*. Ed. Colex. Colección el derecho de la globalización. 2003), apunten la possibilitat d'una competència internacional en matèria de divorci basada en la submissió de les parts, per tal que es pugui divorciar on vulguin sempre que el litigi tingui un element d'estrangeria i mantenint la possibilitat d'oposar l'excepció d'ordre públic.

<sup>177</sup> Motivat sobretot per les darreres regularitzacions o normalitzacions en matèria d'estrangeria i abans de la reforma de la llei d'estrangeria en la LO 4/2003, que va frenar una mica més l'ús a l'empadronament per por a ser controlats i expulsats, era una pràctica força habitual empadronar a un familiar amb el

aquests processos totes les proves admissibles en dret per demostrar aquesta residència habitual a Espanya durant més d'un any. Per tant, aquestes possibilitats fraudulentament però no han de fer esborrar sobre el text legal la possibilitat d'aquesta competència a favor dels tribunals espanyols i si es vol ser purista només caldria extreure la cura i l'exigència en la pràctica de la prova concreta per determinar aquesta residència a Espanya durant 1 any.

Per tancar al màxim les possibilitats d'aplicació fraudulenta d'aquest fur de competència en base al Reglament entenc a part de la residència habitual del demandant durant mes d'un any, n'hi hauria prou que la última residència coneguda del demandat fos a Espanya o a un país comunitari, malgrat que ara es desconeixi amb exactitud on es trobi i per determinar-ho extreure la prova d'aquest fet i en tot cas des dels jutjats i tribunals abans d'admetre la demanda, demanar informacions a través del jutjat a Registres municipals i registres consulars, tec... Possibilitat que, a més, ara la LEC 1/2000 contempla expressament (article 156) i que en casos totalment interns, sense elements d'estrangeria ja s'ha acordat per part dels jutjats i tribunals en aquest sentit.

<sup>178</sup>En tots els casos crec que és clau la residència real i continuada del cònjuge demandant i els fills si n'hi ha durant un any o més a Espanya, quan l'altre cònjuge es desconeix on és. Si no hi ha una prova contundent d'aquesta residència habitual continuada del demandant durant més d'un any, entesa realment des d'un punt de vista fàctic, però acreditat no només per l'empadronament, llavors si que seria un fur buscat gairebé amb frau, ja que no hi ha el més mínim criteri de vinculació amb Espanya, tenint en compte que estem parlant de dos cònjuges de nacionalitat d'un país del Magrib.

La resposta hauria de ser diferent quan es tracta de matrimonis mixtos quan un dels dos té la nacionalitat espanyola, o d'algun estat membre.

Si és el demandant qui té nacionalitat espanyola i residència habitual a Espanya encara que el demandat estigui en lloc desconegut és evident que seran competents els tribunals espanyols. (art. 3 del Reglament 2201/2003).

---

passaport original sense que de fet aquest familiar residís aquí. Personalment he conegut tres casos que ho havien fet, empadronant a la mare, a la germana i al nebot respectivament.

<sup>178</sup> Procediment de divorci sense elements d'estrangeria instat per la dona després de més de cinc anys de separació. Desconeixia totalment on vivia el seu ex-marit, ja que des de que el fill comú tenia tres anys no l'havia nat a visitar més, ni l'havia trucat, ni li havia passat la pensió d'aliments ni li havia donat cap senyal de vida. La dona va presentar demanda de divorci als tribunals de la darrera residència habitual de matrimoni, encara que ella ja no hi vivia allà i va exposar aquesta situació, sol·licitant l'emplaçament del demandat per edictes. El jutjat va resoldre dient que calia fer esbrinaments sobre el domicili del demandat i les va fer a través de l'INE i així va ser localitzat. Auto de 14/10/2001 del jutjat de primera instància 1 de Mataró.

Si el demandat en lloc desconegut és de nacionalitat espanyola o d'un estat membre i el demandant té la seva residència a Espanya des de fa més d'un any també seran competents els tribunals espanyols per aplicació de l'article 3 del Reglament i respectant l'article 6 i 7 del mateix text.

Suposem que és la dona espanyola qui estava casada al Marroc amb un marit marroquí i torna a Espanya ella sola sense saber res del seu marit passats sis mesos podria plantejar litigi matrimonial a Espanya i els tribunals espanyols seran competents

Si es tracta del supòsit d'un matrimoni mixt casat i amb residència al Marroc on, per exemple, el cònjuge espanyol torna a Espanya, separant-se així de fet i després aconseguix arribar-hi el cònjuge marroquí, que és qui presenta la demanda, sense saber exactament on és l'altre cònjuge, al·legant que la seva darrera residència habitual coneguda és Espanya podrà al·legar competència dels tribunals espanyols només arribar (residència habitual del demandat) o en darrer terme esperar-se un any.

La LOPJ no dóna resposta al supòsit de domicili o residència habitual desconeguts del demandat i, per tant, el joc que dóna el Reglament és important poder-lo aprofitar.

## b.2 El supòsit de demandat no resident a Espanya.

Aquest és l'únic supòsit on entraran en joc les normes de la LOPJ en el cas de nul·litat, separació i divorci i qüestions de responsabilitat parental respecte dels fills comuns, ja que al no ser resident en un estat membre el demandat, es pot donar el cas que no sigui competent el tribunal de cap estat membre.

Aquest podria ser el cas de Kj., una dona marroquina que acaba d'arribar a Espanya en virtut d'una oferta de treball, que ha deixat els seu marit i els seus fills al Marroc, però que vol divorciar-se.

***Supòsit de fet:** Kj. és una dona marroquina d'uns 25 anys que ha vingut a Espanya amb una oferta de treball i, per tant, visat de residència i treball des d'origen. Ha deixat marit i fills al Marroc. Amb el marit no vivia gairebé i un cop a Espanya veu la possibilitat de divorciar-se. Li agradaria divorciar-se del marit i portar-se els seus fills petits. Kj fa uns tres mesos que ha arribat però una amiga seva establerta a Espanya, ha aconseguit divorciar-se del marit i s'ha quedat ella amb els fills, el pis i tot això amb un procediment que ha durat uns sis mesos i això li fa pensar que ella també ho pot aconseguir.*

*Petició formulada: consulta jurídica abans de plantejar qualsevol tipus de procediment judicial.*

L'últim domicili comú és al Marroc, on encara viuen marit i fills, ella no porta un any a Espanya. Per tant, no hi ha tribunal membre competent d'acord amb les normes del Reglament. Es pot recórrer llavors a la LOPJ, però d'acord amb aquesta LOPJ tampoc són competents els tribunals espanyols. (Sí que serien competents en aquest cas si es tractés d'un matrimoni mixt i la dona fos espanyola perquè la LOPJ no demana un temps mínim només residència amb l'ambigüitat ja comentada del terme.)

Només podran ser competents els tribunals espanyols i per aplicació del Reglament, quan KJ porti més d'un any resident a Espanya clarament respecte del divorci, però respecte de la responsabilitat parental dels menors seria més discutible, per aplicació del Reglament al no tenir clar que la mare en la seva llei personal exerceixi responsabilitat parental sobre els seus fills sobre tot si aquests continuen residint al país d'origen, aspecte que entenc que la darrera reforma de la Mudawana al Marroc tampoc ha canviat gaire.

En aquests supòsits cal tenir present que l'esforç migratori ja és important, que el fet d'aconseguir tenir els fills per una dona sola ja és important i que, a més, potser al país d'origen la dona ha estat legalment repudiada pel marit sense cap o molt poca ajuda econòmica per a ella i els seus fills menors, dels quals el pare no s'ha preocupat més. En una situació semblant propiciar el coneixement del cas des d'aquí seria el més just i el que respectaria més els drets de dones i fills, amb independència de la llei aplicable. Ara bé, s'ha de garantir que no es recorri al frau i, per tant, cal demanar l'any de residència a Espanya i prova que ho demostrï.

A més si aquest és el supòsit típic al que es donaria resposta (dona que planteja el procediment de trencament matrimonial) aquí després d'haver-hi arribat amb els seus fills tota sola, no és una qüestió de gènere i també seria aplicable als marits en la mateixa situació. Encara que, pel que fa a les persones dels països del Magrib, és molt estrany que vingui un pare amb els seus fills i sense la dona que els eduqui i els criï. Cal tenir present que les dones són les encarregades de tenir cura dels fills petits i els pares no col·laboren a penes en aquesta tasca, essent la seva funció més autoritària.

Un supòsit semblant es va plantejar en el partit judicial de Mataró respecte d'una família senegalesa.



**Supòsit de fet:** La dona, resident a Espanya, va plantejar demanda de separació contra el seu marit, també de nacionalitat senegalesa i resident a Espanya, sol·licitant la guarda i custòdia i aliments per uns fills comuns, tots menors d'edat que havien deixat al Senegal amb els avis. Els fills, doncs, mai havien residit a Espanya, ni havien de residir-hi a curt termini, perquè cap dels dos pares els havia reclamat legalment a través d'un procediment de reagrupament familiar.

**Petició formulada:** Des de la fiscalia es qüestiona la competència dels tribunals espanyols per determinar aquestes mesures respecte dels fills, tenint en compte també la seva poca efectivitat pràctica i va informar en aquest sentit.

Per a la qüestió estrictament matrimonial si que eren competents els tribunals espanyols d'acord amb el Reglament comunitari 1347/2000 en ser tots dos residents a Espanya però respecte als fills no residint els fills en cap estat membre és evident que aquest Reglament no era aplicable i, per tant, calia recórrer les normes internes, és a dir, la LOPJ. En aquest cas, la LOPJ sembla donar competència als tribunals espanyols si és que aquest aspecte es considera consubstancial a la separació o divorci perquè es determina que els tribunals espanyols seran competents en matèria de separació o divorci quan tots dos litigants tenen residència habitual a Espanya al temps de la demanda, com passava en el cas.

El mateix article 22 de la LOPJ en matèria de filiació o relacions paternofilials estableix que són competents els tribunals espanyols quan el demandant, en aquest cas la mare resideixi habitualment a Espanya.

En canvi, en matèria d'aliments no serien competents els tribunals espanyols perquè el creditor dels aliments (en aquest cas els fills, realment) no resideixen a Espanya.

En aquesta situació, doncs, la llei sembla que donaria la competència als tribunals espanyols per determinar la guarda i custòdia d'aquests fills i en tot cas es qüestionaria la competència respecte dels aliments.

Defensant una unitat de tractament sempre dintre d'un mateix litigi, encara que hi hagi la possibilitat d'aplicar furs diferents, en aquest cas seria el millor aplicar a tot el conjunt de situacions el fur de competència determinat pel trencament del matrimoni i que els tribunals competents fossin els espanyols per regular totes les qüestions que

sorgeixen en relació a aquest trencament inclosa, la guarda i custòdia i els aliments dels fills.

A més, en aquest cas, malgrat la poca incidència pràctica que pugui semblar que té el fet de regular en una sentència de separació espanyola la guarda i custòdia i els aliments d'uns fills residents a l'estranger, si que en té.

Cal pensar que durant temps els pares han anat enviant diners als avis perquè tinguin cura dels seus fills, per tant és bo saber que hi ha una obligació del marit i/o de l'esposa de continuar enviant aquests diners als seus fills, fixant-se, per exemple, una pensió d'aliments als mateixos i potser no sols com a obligació del pare sinó també de la mare, ja que els menors no viuen amb cap dels dos. Semblaria que els pares que han de vetllar pels seus fills, s'haurien de preocupar ells mateixos d'enviar diners als seus fills, però no sempre les persones actuen de la manera més correcta i l'interès primordial dels menors, que és l'objectiu a protegir per part de la fiscalia i en general de les administracions públiques, han de poder demanar l'aplicació de mesures perquè als menors no els hi faltin els aliments.

Encara que potser més complicat o menys necessari, també potser que en el futur un dels cònjuges decideixi reagrupar aquests fills i que constant una sentència de separació o divorci l'autoritat governativa els demani qui en té la guarda i custòdia. La llei i el Reglament en matèria d'estrangeria així ho regulen.<sup>179</sup> Per tant, no és tan inversemblant poder resoldre sobre aquestes qüestions respecte d'uns fills que no viuen amb els pares en el mateix estat. Un altra qüestió és la llei que s'haurà d'aplicar per determinar en aquest cas i en d'altres de similars, però que la llei a aplicar sigui la llei estrangera, no és motiu perquè els tribunals espanyols no siguin competents. Sovint els termes llei aplicable i tribunals competents es confonen, fins i tot per alguns dels operadors jurídics i hi ha arribat a haver-hi arguments en les vistes dient que com que s'ha d'aplicar dret estranger, no poden conèixer de l'afer tribunals espanyols.

---

<sup>179</sup> L'article 17.1 de la LO d'estrangeria en la redacció donada per la LO 8/2000 i 14/2003 estableix que són reagrupables els fills menors de 18 anys. Quan es tracti de fills d'un sol dels cònjuges es requerirà que aquest exerceixi la pàtria potestat en solitari o que se li hagi atorgat la guarda i custòdia i estigui efectivament al seu càrrec. El Reglament que desenvolupa la llei RD 2393/2004 de 30 de desembre, es torna a repetir el mateix (article 39 b)). S'afegeix a més que s'entèn que estan a càrrec del reagrupant si durant el darrer any s'han transferit fons o s'han suportat despeses familiars en una quantitat que permeti deduir que hi ha dependència econòmica (article 39 c)). A la pràctica, l'oficina d'estrangers de Barcelona demana l'acreditació de la guarda i custòdia de manera senzilla (val una fotocòpia) però reclama justificants d'enviament dels darrers 12 mesos per una quantitat no inferior a 200 euros mensuals. Després, als respectius consolats a l'hora de tramitar i concedir el visat es fa un control més estricte de la guarda i custòdia o autorització expressa de l'altre progenitor no reagrupant. Això provoca que malgrat tenir resolució favorable de la Subdelegació del Govern a Barcelona, després es denegui el visat per manca de compliment d'algun d'aquests requisits.

Aquest exemple, doncs, és concloent per determinar quina ha de ser l'actitud de tots els operadors jurídics en aquests casos i l'anàlisi detallat que requereix tots ells.

El Reglament 2201/2003 ha vingut a pal·liar una mica aquesta problemàtica en permetre que aquestes qüestions es puguin resoldre pel jutge competent per a la separació o divorci, ja que en aquest cas es compleixen els requisits que fixa l'article 12 del Reglament 2201/2003 per admetre la pròrroga de competència i és que els dos cònjuges en aquest cas exercien la responsabilitat parental sobre els menor i havien acceptat clarament la competència dels tribunals espanyols.

## **6.- l'aportació dels convenis bilaterals amb els països magribins en la determinació de la competència dels tribunals espanyols.**

Partim que el sistema espanyol de determinació de la competència judicial ve donat en primer terme pels convenis internacionals existents i que aquests convenis internacionals no necessàriament han de ser multilaterals, per tant el que es pugui determinar en conveni bilateral és important.

En l'àmbit dels països del Magrib tenim bàsicament dos països amb els que Espanya ha signat algun conveni de cooperació o assistència judicial en matèria civil: Marroc i Tunísia.

### **A. La inexistència de disposicions específiques sobre competència judicial en els convenis amb Marroc de 30-05-1997**

Els convenis existents amb el Marroc són de l'any 1997 i es mouen en dos àmbits el de la cooperació judicial civil, mercantil i administrativa de 30-05-1997 on estan incloses les matèries de família<sup>180</sup> i el d'assistència judicial, reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria de custòdia i dret de visita i devolució de menors també de 30-05-1997.<sup>181</sup>

Aquests convenis bàsicament estan pensats per al reconeixement i execució de resolucions i des d'aquest punt de vista tenen el seu sentit. Així, bàsicament en cas

---

<sup>180</sup> *Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho en Madrid* (BOE núm. 151, de 25 junio). En vigor des d'1 de juliol 1999 per Anunci de 15 de juny 1999.

d'executur desplacen la competència del tribunal suprem als tribunals de primera instància <sup>182</sup> Innovació que ha perdut sentit amb l'entrada en vigor de la reforma de la LOPJ de 23 de desembre de 2003 que desplaça la competència del Tribunal Suprem.<sup>183</sup>

A l'hora d'establir les condicions per a l'execució d'aquestes sentències el conveni estableix uns criteris, però no fixa normes de competència internacional i, per tant, continuaran essent aplicables les normes internes, en el cas Espanya amb la influència del Reglament comunitari en la matèria. En concret el conveni remet la comprovació de la competència del tribunal que ha dictat la resolució que es pretén executar segons a la llei del país del propi òrgan jurisdiccional (art. 22).

El conveni sobre execució de resolucions en matèria de guarda i custòdia té realment més poca incidència pràctica ja que s'acorda que per procedir a la devolució immediata del menor cal que aquest només sigui nacional de l'estat requirint. Per tant, el cas d'un menor fill de marroquins residents a Espanya i, per tant, de nacionalitat marroquina, no es podria utilitzar aquest conveni. Aquest és el cas de moltes dones <sup>184</sup> que malgrat que tenir una resolució espanyola que li dóna la guarda i custòdia i impedeix que els menors surtin d'Espanya, no es pot fer res perquè les autoritats marroquines procedeixin a la devolució dels menors de manera immediata, perquè tant el marit com l'esposa, com els fills tenen tots només la nacionalitat marroquina i, per tant, no és només nacional de l'estat requirint, sinó nacional del requerit. Només cabria la possibilitat de demanar el reconeixement de la resolució judicial espanyola al Marroc, aconseguir que la reconeguessin i l'executessin, però, evidentment, això implica procediment llarg i costós, que a més s'ha de seguir a distància perquè com en el cas de N. els litigants no poden tornar a viure al Marroc en espera que s'acabi el procediment.

## **B. L'establiment de criteris més restrictius sobre competència judicial en el Conveni bilateral amb Tunísia de 24-09-2001.<sup>185</sup>**

---

<sup>181</sup> *Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Asistencia Judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid* (BOE núm. 150 de 24 junio 1997). Entrada en vigor 1 de juliol de 1999.

<sup>182</sup> El Tribunal Suprem ja s'han encarregat en els darrers temps de fer aquesta precisió. ATS 16-3-1999 (Az RJ 1999/2149), ATS 22-12-1998 (Az RJ 1998/10804), ATS 24-11-1998 (Az RJ 1998/9485) ATS 13-10-1998 (Az RJ 1998/7670), ATS 23-11-1999 (Az RJ 1999/9911), ATS 14-3-2000 (Az. RJ 2000/1768)

<sup>183</sup> veure nota 8.

<sup>184</sup> Aquest és el cas de N. que està ampliament explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

<sup>185</sup> *Convenio España-Tunez 24-de septiembre 2001. Asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez.* Instrumento de ratificación 28-10-2002. (BOE núm. 52 de 1 de marzo 2003). S'aplica provisionalment des de 15 de setembre de 2003.

Aquest conveni formalment és similar al conveni amb el Marroc ja que va referit a l'assistència judicial en matèria civil i mercantil i al reconeixement i execució de resolucions judicials, però a diferència del conveni amb el Marroc aquest conveni estableix normes de competència judicial pròpies per a cada una de les matèries a les que s'aplica entre les que hi ha les qüestions familiars, incloses fins i tot les mesures provisionals dictades en matèria d'aliments.

En matèria de relacions matrimonials estableix el conveni <sup>186</sup>que seran competents els òrgans jurisdiccionals de l'estat d'origen quan els dos cònjuges no tinguin la nacionalitat de l'estat requerit. Si els dos cònjuges són nacionals d'un tercer estat no es reconeixerà la competència jurisdiccional de l'estat d'origen si la resolució no es reconeix també al tercer estat. Si només un dels dos cònjuges és nacional de l'estat requerit, els òrgans jurisdiccionals de l'estat d'origen només seran competents si el demandat té la residència habitual a l'estat d'origen en el moment de la iniciació del procediment o la darrera residència habitual comú hagués estat situada en l'estat d'origen i un dels dos cònjuges encara residís en aquest estat d'origen en el moment de l'inici del procediment.

Un entramat tan complexa de situacions per determinar la competència dels tribunals només es pot entendre més clarament a partir d'alguns exemples. Suposem que qualsevol dels supòsits de fet fins ara analitzats passen entre dos nacionals de Tunísia en comptes de entre dos marroquins. En qualsevol d'aquests casos a l'hora d'aplicar aquest conveni ens trobaríem que els tribunals espanyols (entesos com els tribunals de l'estat d'origen) no serien competents per dictar una resolució de separació o divorci entre tunisians i que aquesta resolució fos reconeguda i executable a Tunísia (que seria l'estat requerit).

Els tribunals espanyols només seriem competents per dictar una resolució que fos reconeguda i executable a Tunísia en cas de matrimonis mixtos entre un tunisià i un espanyol o un nacional d'un tercer estat, i no en tots els casos: només en el cas de que en el moment d'iniciació del procediment, residència habitual del demandat fos a Espanya o també si ho fos la residència habitual d'un dels dos cònjuges si la darrera residència habitual comú també hagués estat Espanya. Així, per exemple, en el cas de Ra<sup>187</sup> al ser Ra. ja espanyola i suposant que el seu marit hagués estat tunisià en comptes de marroquí haguessin pogut ser competents els tribunals espanyols als efectes d'aquest

---

<sup>186</sup> Art. 19.1 d) del Conveni amb Tunísia. Veure referència a la nota anterior.

<sup>187</sup> Supòsit de fet explicat l'annex 2 ref. 14-6/2001.

conveni perquè, malgrat que la residència habitual a Alemanya, la demandada Ra, tenia residència habitual a Espanya en el moment d'iniciar-se el procediment.

El criteri, doncs, d'aquest conveni entenc que és extremadament restrictiu, però que de la redacció del mateix no es poden interpretar com a normes de competència amb caràcter general i exclusiu per a tots els tunisians residents a Espanya i que només poden tenir valor aquestes normes en el moment que es pretengui el reconeixement i execució d'una resolució espanyola a Tunísia, actuant així com a normes de competència indirectes. Així es dedueix també de la clara remissió del propi text al determinar clarament al seu article 19 que es reconeixerà la competència de l'autoritat judicial que ha dictat l'execució en els casos que fixa el mateix article a continuació. Per tant s'està sempre pensant en termes d'execució.

En aquest estat de la qüestió fa difícil entendre el fonament últim del conveni en aquesta matèria, ja que dificulta o restringeix les normes establertes en caràcter general.

Entenc que un tribunal espanyol a qui se li presenti una demanda de separació o divorci entre tunisians residents habituals a Espanya no pot negar d'entrada la seva competència, ja que tant el Reglament comunitari en vigor, com la LOPJ, en el cas que arribés a ser aplicable, li atribueixen la competència i perquè tractant-se de matèries en les que sovint hi ha menors implicats si això es produís es podria causar un greu perjudici a aquests menors i, fins i tot, veure limitat el seu accés als tribunals i, en conseqüència, el seu dret a la tutela judicial efectiva.

Per tant, el conveni bilateral que pot tenir cert sentit a l'hora de protegir els interessos dels respectius nacionals en caràcter abstracte no té en compte la justícia del cas concret, perquè sovint per una família plenament establerta durant anys al territori d'un altre estat li és molt millor acudir als tribunals d'aquest estat per resoldre els seus conflictes, ni que sigui per proximitat, que retornar a un país amb el que ja mantenen escassos lligams per plantejar allà i seguir un plet, i encara més en un afer matrimonial on tota la família, inclosos els fills menors resulten implicats.

Per respectar, doncs, el dret a la tutela judicial efectiva i dotar d'una bona protecció als menors crec que els criteris de competència judicial establerts en aquest conveni només es poden aplicar a l'hora de voler executar una resolució judicial a l'altre estat, però no amb caràcter general. És a dir, en el cas d'un matrimoni de tunisians residents a Espanya que vulgui plantejar un procediment de divorci als tribunals espanyols, entenc que aquest tribunals seran competents. Quan vulgui fer reconèixer

---

aquesta resolució al seu país d'origen se'ls hi denegaria l'execució perquè els òrgans jurisdiccionals que han dictat la resolució no serien els competents en virtut d'aquest conveni. Evidentment, en aquests casos abocaríem a aquest matrimoni a tenir dos procediments en marxa que podrien donar resolucions diferents, però continuo entenent que és la millor manera de respectar el seu dret a la tutela judicial efectiva davant d'una normes de competència judicial internacional tant restrictives.

Entendre que les normes de competència que es fixen en aquest conveni són de caràcter exclusiu, portaria clarament a una vulneració dels drets jurisdiccionals de les persones implicades per tot el ja exposat. De fet, les normes de competència d'aquest conveni recorren a aquells furs basats en la nacionalitat dels implicats. Només s'entenen des la perspectiva de l'estat de voler que els seus tribunals sigui en els únics competents per als seus nacionals, encara que sovint aquesta solució pot no ser la més beneficiosa precisament per a aquests nacionals.

A l'empara d'aquest conveni només quedaria acreditada clarament i a tots els efectes la competència dels tribunals espanyols en matèria de reclamació d'aliments entre parents si el creditor d'aliments té el seu domicili o residència habitual a Espanya en el moment d'inici del procediment. Potser, trencant el principi d'unitat desitjable en el tractament d'un trencament familiar, el que caldrà fer si prospera la interpretació negativa, entenent aquests normes de competència del conveni com a normes de competència directa, caldria potser reconduir les demandes entre tunisians cap a una reclamació d'aliments per salvaguardar els drets majoritàriament dels menors. Amb aquesta interpretació però no es tancaríen tots els supòsits, perquè la referència en aquest conveni és la reclamació d'aliments, però no hi ha tampoc cap referència a una matèria més àmplia com la responsabilitat parental, en els termes que recull el Reglament comunitari 2201/2003 i que inclou clarament normes sobre guarda i custòdia i règim de visites. Davant d'aquesta situació hem d'entendre que llavors s'aplica directament el reglament comunitari en vigor o les normes de la LOPJ quan correspongui o que aquestes qüestions queden subsumides dintre del divorci o la separació matrimonial? Malgrat ser contrària al tractament i interpretació per separat de totes les qüestions lligades a un trencament matrimonial, en aquest cas i per a la protecció màxim dels menors, crec que s'hauria de mirar de manera separada i anar per la via dels aliments i plantejar a la vista de l'article 158 CC en el mateix procediment mesures de responsabilitat parental per garantir el drets dels menors. Si les respostes normatives ja sigui a nivell nacional com a nivell internacional fossin les adequades no

hi hauria necessitat de recórrer a interpretacions forçades per a la consecució d'unes mínimes garanties pels justiciables.

Igualment amb aquesta interpretació no tots els casos queden resolts. Imaginem un matrimoni de tunisians en el qual la dona és víctima de maltractaments i demana al jutjat una ordre de protecció que inclou mesures civils com ara l'atribució de l'ús del domicili, el regim de visites o pensió d'aliments a favor dels fills. Aquestes mesures només subsisteixen si en 30 dies es presenta demanda de separació o divorci als tribunals. Si considerem que per aplicació de les normes del conveni els tribunals espanyols no poden ser competents per conèixer d'aquestes demandes, aquestes mesures es mantindrien igualment si el que s'interposa és una demanda de reclamació d'aliments? Si s'entén que no és així, de què li haurà servit a la dona l'ordre de protecció? No se li haurà vulnerat el seu dret a la tutela judicial efectiva? Cal tenir present que segurament i en haver-se jutjat l'afer pel procediment dels judicis ràpids, l'únic que com a molt es mantindrà en la sentència penal és l'ordre d'allunyament, però res sobre visites als fills, ni pensions alimentàries.

Si la reforma de l'article 107, com veurem més endavant, era, segons els Defensor del Poble per donar protecció als supòsits en què es quedaven algunes persones per la desestimació de la demanda, quin sentit tindria entendre aquestes normes del conveni com a exclusives i directes i deixar als tunisians residents a Espanya moltes vegades en la indefensió, no ja per qüestions de llei aplicable, sinó perquè se'ls impedeix l'accés als tribunals del país on resideixen habitualment i on tenen tota la seva vida, quan els altres estrangers nacionals de països amb els que potser ni tan sols existeix conveni tenen més garantir l'accés als tribunals espanyols?.

Les normes de competència fixades en aquest conveni tampoc tenen gaire sentit des de la part de Tunísia a la vista del Codi de Dret Internacional d'aquell país de 1998, ja que el criteri general per determinar la competència dels tribunals tunisians és la residència habitual del demandat, essent possible la voluntat de les parts en segones quines matèries. Fins i tot, en les accions sobre l'estatut personal, filiació, protecció de menors i obligacions alimentàries el vincle necessari perquè els tribunals tunisians coneguin de l'afer és igualment la residència habitual. A més, aquest propi text legal tunisià fixa les condicions per a l'execució al territori de Tunísia de les resolucions dictades a altres països on no es controla ni el dret aplicable i on s'estableix que els actes relatius a l'estat civil i a l'estatut personal no se sotmeten al procediment



d'exequàtur sinó que s'inscriuen als registres de l'estat civil amb l'exigència de notificació a l'altra part.<sup>188</sup>

No hi ha, doncs, fonament perquè el conveni fixi unes normes de competència diferents i més restrictives que les que fixaven les legislacions internes de cada un dels estats.<sup>189</sup> L'únic argument possible és intentar donar la possibilitat a que els nacionals residents a l'estranger poguessin plantejar demanda al propi país, ja que per les lleis internes de cada estat basades en la residència o domicili habitual no podrien, però per cobrir aquesta possibilitat i al mateix temps deixar més possibilitat de maniobra i d'accés als tribunals només hagués calgut introduir el criteri de la nacionalitat comú com a competència alternativa però no única.

Afortunadament ja s'ha posat de manifest a partir de les dades de població que el nombre de tunisians residents a Espanya és relativament baix i aquest conveni i les seves possibles interpretacions restrictives de la competència judicial dels tribunals espanyols en aquests casos, que es podran clarament produir afectarà a poques persones comparativament parlant.

Només cal pensar que unes normes semblants no s'apliquin a convenis bilaterals amb marroquins (que són el país d'on prové la majoria dels magribins residents a Espanya i en concret al partit judicial de Mataró, objecte d'aquest estudi) ni amb algerians (quantitativament més present a Espanya i a l'àrea de objecte d'aquest estudi).

Si convenis com aquests prosperessin, i s'imposés el criteri que aquestes normes sobre competència judicial són exclusives, si que es causaria molta indefensió a moltes persones residents a Espanya, sense possibilitats reals de tornar al seu país d'origen a plantejar un plet i que afectaria també a situacions de trencament del matrimoni en casos de maltractaments i sobretot amb efectes sobre menors que es quedarien sense una resolució a Espanya que emparés la seva situació.

---

<sup>188</sup> Mohamed El Arbi HACHEM: *Le Code tunisien de droit international privé*. Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 88 (2) avril-juin 1999.

<sup>189</sup> Veure *Nota sobre el Convenio con Túnez de 24 de septiembre de 2001*. de DE MIGUEL ASENSIO, P.A. AEDIPr 2004 (pàg. 474-477), on constata la carència de les normes de competència directe d'aquests conveni i la seva falta de coordinació amb els Reglaments comunitaris.

### **C. Breu referència al Conveni bilateral amb Algèria de 24-02-2005: la via intermèdia.<sup>190</sup>**

Aquest conveni difereix dels dos anteriors convenis ja esmentats. A diferència dels convenis marroquins aquest sí que estableix normes de competència judicial, però també a diferència del conveni amb Tunísia, les normes de competència judicial són més àmplies.

Es tracta igualment d'un conveni lligat al reconeixement i execució de les sentències i per tant és per facilitar aquests processos que en el seu article 17 es fixen normes de competència judicial indirectes.

Aquest article estableix tres possibilitats generals: el domicili del demandat, la submissió expressa, sempre que no s'hi oposi la llei de l'altra part i la submissió tàcita, si no planteja prèviament a la defensa del fons de l'afer la corresponen excepció de competència de jurisdicció.

No hi ha norma de competència expressa en matèria matrimonial, per tant en el cas de litigis familiars regiran aquests furs generals o no ser que el que es plantegi és una reclamació d'aliments perquè en aquests sí hi ha fur específic: El del domicili o residència del creditor dels aliments en el moment de presentació de la demanda.

Per tant aquest nou conveni sembla que intenta pal·liar les mancances dels dos anteriors, encara que continua fixant tan sols normes de competència indirecte, aquestes són més àmplies. La seva incidència pràctica potser serà més gran donat l'existència de més ciutadans algerians residents a Espanya, a diferència del que passava amb els magribins.

Donat l'amplitud de possibilitats per a la determinació de la competència judicial a l'empara del conveni, els casos habituals en que els dos cònjuges estan resident a Espanya, la competència dels tribunals espanyols queda del tot assegurada i no ha de ser impediment pel reconeixement.

Entenc que els tribunals espanyols continuarien sent competents en el cas de demandat no resident, per aplicació dels criteris dels Reglaments comunitaris, però aquesta resolució no seria ni reconeguda i executada a Algèria perquè no respectaria els criteris de competència de l'article 17 de l'esmentat conveni.

---

<sup>190</sup> Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática i el Reino de España (BOE 1-05-2006).

## **7.- Necessitat d'una nova anàlisi de l'encaix i utilització de la Llei Orgànica del Poder Judicial (LOPJ) en el sistema de competència judicial internacional.**

### **a) Àmbit d'aplicació.**

La LOPJ entrarà en joc, doncs, respecte de la nul·litat separació i divorci i responsabilitat parental dels fills, quan no sigui competent cap tribunal d'un estat membre.

Igual entrarà en joc la LOPJ en els supòsits lligats al dret de família, que surtin de l'àmbit material del reglament: per exemple, les qüestions lligades al trencament i constitució de les parelles de fet, no als fills d'aquestes, encara que la LOPJ tampoc estableix cap fur específic per a les parelles de fet, podent només aplicar-se de forma clara els furs generals. Per tant, el camp d'actuació de la LOPJ queda ben limitat.

En el cas de la reclamació d'aliments les normes de la LOPJ entraran en joc quan el demandat no estigui domiciliat en cap estat membre.

El sistema de la LOPJ està clarament inspirada en el Conveni de Brussel·les de 1968 en determinar l'existència de furs exclusius, generals i especials. En l'àmbit del dret de família, queda clar que els furs no són exclusius, sinó generals i especials que són alternatius entre ells.

### **b) Els furs generals de la LOPJ**

Recollits a l'article 22.2 de la LOPJ, els furs generals són dos: la submissió als tribunals espanyols i el domicili a Espanya del demandat.

La submissió als tribunals espanyols, que pot ser expressa o tàcita s'admet com a exercici de l'autonomia de la voluntat, malgrat l'oposició de part de la doctrina quan es fa aquesta determinació sense cap proximitat amb els tribunals espanyols o al fet que pugui aplicar-se a les qüestions matrimonials.<sup>191</sup>

**La submissió expressa**, que deixa menys lloc a dubtes, rarament es produeix com a tal en l'àmbit dels litigis de família quan intervenen persones dels països del

---

<sup>191</sup> A favor de l'abast general de la submissió AMORES CONRADI, M.; GONZÁLEZ CAMPOS, A.; RODRIGUEZ BENOT, A , BORRAS RODRIGUEZ, A, i CALVO CARAVACA, A. L. CARRASCOSA GONZALEZ, J.. En contra trobem a ESPINAR VICENTE, J.M. i TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.

Magrib. En aquests casos rara és la vegada que parelles de magribins immigrants han pactat res sotmetent-se expressament als tribunals espanyols i potser és una mica més habitual en el cas dels matrimonis mixtes, però continua essent bastant rar en general.

La submissió expressa que més es produeix, és aquella que sorgeix en el cas de procediments matrimonials de mutu acord en el que s'acompanya un conveni regulador on expressament les parts diuen que se sotmeten als tribunals espanyols.

La pràctica habitual en aquests casos és que poc es controla la competència i poc es fonamenta sobre la mateixa en les sentències que s'aproven aquests convenis. De fet, en la majoria de casos tampoc es planteja quina és la llei aplicable, i els procediments es desenvolupen a tots els efectes com si es tractés d'un procediment sense elements d'estrangeria. Aquest és el cas de BB. i J. i el d'Am..<sup>192</sup>

La submissió expressa que es pugui recollir, doncs, en un conveni regulador té poca incidència pràctica. En la majoria de casos entre magribins de mutu acord amb conveni regulador des del inici tots dos són residents a Espanya on ha estat la darrera residència habitual i, per tant, s'aplicaria el reglament comunitari en vigor, que determinaria la competència dels tribunals espanyols per residència habitual la submissió expressa de les parts.

**La submissió tàcita** és potser la que pot donar més discussions, ja que s'aplicaria en el cas que no podent aplicar el reglament comunitari perquè inicialment no resultés competent cap tribunal de cap estat membre, comparegut el demandat no resident a Espanya i no nacional espanyol (supòsits que, en conseqüència, podrien donar lloc a que els tribunals espanyols no en fossin competents), no impugna la competència i contesta la demanda, o sense dir res sobre la competència es formula després d'haver rebut la demanda conveni regulador reconvertint el procediment inicialment contenciós en un mutu acord.

**El fur general del domicili del demandat**, inspirat clarament en el conveni de Brussel·les, rarament s'aplicarà a la pràctica a partir de la LOPJ. Aquest criteri s'entén totalment desactivat amb l'entrada en vigor dels reglaments comunitaris pel que fa al divorci, separació i nul·litat matrimonial i responsabilitat parental. Si per domicili s'ha d'entendre d'acord amb l'article 40 del CC com a lloc de la residència habitual. Si la residència habitual del demandat és a Espanya s'aplicarà el Reglament comunitari en

---

<sup>192</sup> veure l'annex 2 ref. 4-1/1999 (el cas d'Am.) i annex 2 ref. 5-2/1999. (el cas de BB. i J.). També es pot observar el mateix en el cas de BP. quan es converteix en un mutu acord. Aquest cas apareix referenciat més endavant explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.

vigor que dóna competència als tribunals espanyols com a tribunals d'un estat membre i, per tant, la LOPJ no entra en joc.<sup>193</sup>

### **c) Els furs especials de la LOPJ**

La LOPJ recull diferents furs especials en diferents matèries que es poden trobar en un litigi de família, el que pot afegir complexitat, quan en un procediment de nul·litat, separació i divorci apareixen qüestions com la guarda i custòdia dels fills o les pensions alimentàries. El sentit comú i la facilitat de l'aplicació pràctica aconsellen aplicar un fur general per a totes les qüestions. Aquesta és una mica la idea del reglament comunitari i sobre tot en el darrer reglament 2201/2003. En canvi, la LOPJ acaba recollint furs especials per a cada supòsit. El fet, però, que no siguin furs exclusius sinó alternatius ha de facilitar en tot cas a l'hora de la seva aplicació i en cas que les parts plantegin furs diferents la possibilitat de determinar un únic fur aplicable.

En l'actualitat i per aplicació del Reglament comunitari la majoria d'aquest furs han perdut aplicació pràctica quan fa referència en concret als furs sobre nul·litat, separació o divorci i mesures respecte la responsabilitat parental dels fills comuns.

En l'àmbit dels efectes personals o patrimonials entre els cònjuges i en els casos de nul·litat matrimonial, separació i divorci, els criteris especials són els continguts a l'article 22.3 de la LOPJ i que podríem determinar en tres: 1) Quan els cònjuges tinguin la seva residència habitual a Espanya al temps de la demanda 2) Quan el demandant sigui espanyol i resideix habitualment a Espanya 3) Quan tots dos tinguin nacionalitat espanyola i promoguin la demanda de mutu acord.

Aquests furs especials són concurrents amb els generals abans exposats de submissió, expressa o tàcita i domicili del demandat i el propi text de la llei sembla que així ho dóna a entendre quan diu al principi de l'article 22.3 "*en defecto de los criterios precedentes*".

Donat que el criteri utilitzat en els furs especials torna a ser el de la residència habitual i no el domicili, que si ho és en el fur general, pot afavorir la idea que aquests termes amaguen conceptes diferents. Per tant, en aplicar la LOPJ tot el que s'ha argumentat respecte del domicili i la residència habitual pren especial importància, ja que essent més clar i determinat el domicili en els casos habituals és potser també més clar i pràctic continuar al·legant el fur general.

---

<sup>193</sup> S'aplica aquest fur a les SAP de Barcelona 7-03-2001 i a la SAP d'Alacant de 5-05-2000.

El supòsit de l'abandó o domicili i/o residència habitual desconeguts del demandat no es recull ni contempla expressament. En aquests casos entenc que si la darrera residència habitual comuna, realment acreditada, era a Espanya, encara que materialment en el moment de presentar la demanda no se sàpiga on estar el demandat, els tribunals espanyols a l'empara de la LOPJ també es podrien considerar competents. Seria qüestió d'aplicar l'anomenat fur de necessitat.<sup>194</sup>

En els casos habituals estudiats de trencament matrimonial de magribins, poques vegades entraran en joc cap dels furs de la LOPJ. Si tots dos tenen residència habitual a Espanya al temps de la demanda, el fur ha quedat desactivat i s'aplica el Reglament comunitari. Els altres dels dos furs estan centrats en la nacionalitat espanyola dels litigants. Per tant, només serien aplicables a matrimonis mixtos o a matrimonis originaris d'un país del Magrib que després haguessin adquirit la nacionalitat espanyola i sempre que per aplicació del Reglament comunitari en primera instància resultés competent un tribunal d'un estat no membre.

Estrictament, aquest fur especial només recolliria les accions judicials en matèria de drets i deures entre els cònjuges i les qüestions sobre les crisis matrimonials: nul·litat separació i divorci i les que es referissin a la modificació de sentències prèvies

---

<sup>194</sup> VIRGOS SORIANO, M. i GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. Litigación Internacional*. Civitas Ediciones SL. Primera edición 2000, que admet aquesta possibilitat quan el domicili conjugal continua a Espanya, encara que un cònjuge hagi marxat a l'estranger. *S'hi refereix també CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero. REDI vol LVI (2004) I*, en el cas d'un matrimoni entre magribins i respecte de les qüestions sobre responsabilitat parental que hi sorgeixen. Entenc que en el cas referenciat per aquest autor i recollit de la Sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries 166/2003 de 12 de maig, es produeix aquesta necessitat per la dificultat de la dona de litigar al Marroc. Dificultat que comparteixo però no pels motius al·legats per l'autor, ja que no tinc cap constància que demandar al marit a l'estranger sigui cap delictu. Existeixen convenis bilaterals amb Espanya però també amb França pel reconeixement precisament de resolucions estrangeres al Marroc. A la nova Mudawana s'ha previst expressament un article al respecte i dels casos estudiats totes les dones que han iniciat plet al Marroc posant de manifest el plet iniciat a Espanya no han tingut cap problema d'àmbit penal, existint a més despatxos vinculats als propis consolat que tramiten el reconeixement de sentències estrangeres de divorci al Marroc. Personalment he estat en contacte amb un d'aquest despatxos establerts a Holanda amb resultats favorables per a les clientes i a preus no exageradament cars. Discrepo també dels termes exactes en què s'interpreta per part d'aquest autor la *hadanna* i la guarda i custòdia, que sí entenc que pot ser discriminatòria, però havent suavitzat els aspectes que ell comenta la recent reforma de la Mudawana marroquina.

La dificultat de la dona és més simple i no tan dramàtica com anar a la presó. La dona no pot seguir un procediment al Marroc primer per motius pràctics i econòmics (si viu i treballa a Espanya), en segon lloc perquè fins fa poc la legislació marroquina feia molt complicat el divorci per a la dona i ho feia de forma discriminatòria i també perquè les conseqüències econòmiques pel marit li podrien ser molt beneficioses a aquest en perjudici del menor i sobretot perquè hi ha la possibilitat real que el marit subornés algun funcionari judicial, com he vist que passava en molts casos, com el d'A. (explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.) i G. (explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001) a títol d'exemple.

de separació o divorci encara que fossin estrangeres. Per tant, no s'aplicaria a les pensions alimentàries, ni a les relacions paternofilials.

Evidentment, això fa que es pugui partir la competència judicial en un mateix conflicte, perquè a la pràctica en un trencament familiar el que s'acaba discutint, tret de casos especials, no és si correspon determinar la separació o divorci sinó els efectes de la mateixa respecte als cònjuges i els fills, és a dir, guarda i custòdia, regim de visites i pensions econòmiques. Tot va íntimament lligat i no té sentit atribuir furs competencials diferents.

En el cas d'aplicació de la LOPJ és cert que en la majoria de situacions, malgrat criteris diferents, no hi hauria problema respecte de les relacions paternofilials, perquè el criteri en aquests casos és que el fill tingui residència a Espanya al temps de la demanda o el demandant sigui espanyol o resideixi a Espanya. Tenint en compte els criteris en casos de competència dels tribunals espanyols en matèria matrimonial i els supòsits majoritaris això no presentarà més problemes, ja que en la majoria de casos es tracta de parelles magribines residents a Espanya, amb els seus fills, molts ja nascuts aquí i, per tant, els tribunals competents serien els mateixos tant per a la separació o divorci com per les relacions paternofilials. Tot i així, entenc molt millor un criteri semblant a l'utilitzat en la determinació de la competència en matèria de mesures provisionals o, fins i tot, el que segueixi en la LEC 1/2000, de facilitar i fins i tot potenciar que s'atribueixi la competència al mateix tribunal que coneix del plet principal, general de separació i divorci.

En matèria d'aliments entre els cònjuges encara pot ser més complicat el quadre de competències a favor dels tribunals espanyols, perquè entre en joc diferents normes convencionals. En aquest sentit, cal recordar, que en les reclamacions d'aliments entre parents la competència ve determinada no pel reglament comunitari en matèria matrimonial però si el conveni de Brussel·les del 1968, actualment per reglament comunitari 44/2001 que l'ha recollit i que s'entén aplicable als aliments i els bens dels fills.<sup>195</sup> Aquest reglament comunitari en termes generals ha vingut a substituir el Conveni de Brussel·les de 1968, però no es pot considerar aquest reglament com una transformació exacta del Conveni, malgrat que així s'indiqui i això perquè aquest nou reglament no s'aplicarà a tot el territori de la Unió. Dinamarca no és part del reglament, no està considerada com un estat membre igual que en el cas del reglament en matèria

matrimonial. Això fa que en les relacions entre els altres estats membres i Dinamarca pel que fa a la competència judicial el text que cal aplicar encara és el Conveni de Brussel·les de 1968 perquè és el que vincula encara a Dinamarca amb els altres estats membres.<sup>196</sup>

Donat que el Reglament 44/2001 només s'aplica si el demandat està domiciliat en un estat membre, la LOPJ pot tenir més joc. Els criteris que fixa la LOPJ tornen a ser la residència habitual de creditor d'aliments a Espanya i la submissió expressa. Per tant, en aquells casos en què la dona i el menor hagin quedat a Espanya i el pare i marit hagi tornat al país d'origen, com per exemple al Marroc, els tribunals espanyols seran competents per a la reclamació d'aliments a favor de dona i fill que se li faci.

Tot aquest sistema de competències encara es pot complicar més tenint en compte que la LOPJ també recull criteris especials per determinar la competència dels tribunals espanyols a l'hora d'adoptar mesures en protecció dels menors encara que el criteri sigui pràcticament el mateix: residència habitual del menor.

També en matèria de mesures provisionals per a l'assegurament de persones i bens seran competents els tribunals espanyols si aquestes persones i bens es troben a Espanya.

Aquest criteris sobre protecció de menors i mesures provisionals de la LOPJ si que prenen especial importància, ja que el Reglament comunitari no determina res al respecte de manera concreta . Malgrat que el reglament hi dóna una resposta encoberta. En primer lloc, perquè en unes mesures prèvies es demanaran les mateixes coses que a les definitives i els articles referits a la responsabilitat parental no distingeixen si es tracta de mesures prèvies o definitives i, per altra banda, perquè seguint la idea de donar una unitat de resposta a les crisi matrimonials es podria entendre que són competents per conèixer les mesures provisionals els mateixos tribunals que seran competents per resoldre el plet principal

Les normes de la LOPJ seran especialment interessants en el cas de les parelles de fet respecte dels elements de constitució i dissolució, perquè el reglament comunitari 2201/2003 no s'hi refereix tampoc. Els fills de les parelles de fet queden inclosos dintre de l'àmbit material del Reglament 2201/2003 en eliminar aquest la referència expressa

---

<sup>195</sup> El propi Reglament 2201/2003 en els seus considerandos estableix que queden fora del mateix les mesures sobre els bens dels menors i les obligacions alimentaries, ja que aquestes continuen regint-se pel Reglament 44/2001 del Consell de 22 de desembre.

<sup>196</sup> S'ha de tenir present però el recent acord entre la Comunitat Europea i el Regne de Dinamarca relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria civil i mercantil,



als fills comuns en les normes sobre responsabilitat parental que fan que aquestes vagin ara referides tant a fills matrimonial com no matrimonials. La resta de qüestions que poden sorgir i que a vegada si es recullen en les legislacions internes sobre parelles de fet s'hauran d'analitzar malauradament de manera autònoma i el recurs llavors a la LOPJ pot ser útil.

Aquesta precisió és important perquè encara que popularment no ho sembli, també hi ha parelles de fet entre els magribins. Que socialment s'impulsi al matrimoni, que les noies fins fa pocs anys es casessin joves, ha fet que la majoria de conflictes es produeixen entre parelles casades i els seus fills, però també hi ha casos de noies magribines que han conviscut generalment aquí a Espanya amb un home magribí o no, sense casar-se i que les ha deixat embarassades.

**Supòsit de fet:** *FA. que era una dona vídua amb una filla i que va venir a Espanya. Després d'uns anys de residència amb el seu propi permís de treball i residència FA va anar a viure amb un home espanyol separat més gran que ella. Per casar-se ell va demanar el divorci a Espanya, ja que feia 14 anys que estava separat però no s'havien divorciat i ella va haver de fer valer el seu divorci al país d'origen. Fins que es van casar van estar convivint uns cinc anys. Per casar-se a Espanya FA va recollir tota la documentació que li demanaven i entre aquesta documentació FA. portava també sense que ningú li hagués demanat, un escrit dels seu germà traduït i legalitzat en el que, donat que el pare era mort, ell l'autoritzava a tornar-se a casar.*

**Petició formulada:** *documentació i tràmits per matrimoni amb espanyol.*

**Supòsit de fet:** *Més dramàtic és el cas de Ac. una noia jove que va venir sense papers i que vivia com a parella amb un home magribí com ella, que si tenia permís de residència i treball però que no volia casar-se amb ella, sembla que considerava que havia estat una noia fàcil i que no era digna de ser la seva dona. D'aquesta convivència va néixer un fill, el company va desaparèixer, ja que no volia cap compromís amb ella. Ac. no podia inscriure el nen seu consolat perquè calia que el pare el reconegués ja que no era fill matrimonial. El va inscriure després de diverses dificultats al Registre Civil espanyol.*

**Petició formulada:** *Dubtava en iniciar qualsevol procediment judicial que li donés a ella la pàtria potestat i la guarda i custòdia en exclusiva. Tenia por que el seu*

*excompany reaparegués i li demanés el nen quan sabés que havia estat un nen., però també tenia por que li prenguessin el nen perquè ella no tenia papers i, per tant, tampoc feina estable i depenia de l'ajut de serveis socials.*

***Supòsit de fet:** El cas de Al., també marroquina, és semblant però més complicat. Al. era divorciada d'un nacional de Líbia amb el que havia tingut una nena que vivia amb ella. Al. després del divorci havia tornat a casa als seus pares al Marroc, però d'allà havia marxat a França amb la seva filla sense permís de residència totes dues. Allí va conèixer a un marroquí resident a Espanya legalment i va venir amb ell amb la promesa de matrimoni. No es va arribar a casar però van tenir una filla. Quan la nena tenia pocs mesos, el company va marxar deixant-la sense res i no havent arreglat el permís de residència ni de la seua pròpia filla (inscrita al Registre Civil Espanyol).*

***Petició formulada:** Al. no volia iniciar cap procediment judicial, deia que el seu company mai reconeixeria a la seva filla, la consulta venia motivada per la possibilitat de poder tenir permís de residència per a la seva filla.*

*Finalment, davant la por que el pare de la nena torni i li reclami o s'endugui a la seva filla, Al. decideix iniciar procediment judicial en reclamació de guarda i custòdia de la menor. Litiga amb advocat d'ofici.*

## **8.- dificultats pràctiques en l'aplicació del sistema de competència judicial descrit**

### **A. La poca activitat judicial dedicada a la comprovació d'ofici de la competència per part dels tribunals espanyols.**

Els tribunals espanyols davant d'un litigi en l'àmbit de família amb un element d'estrangeria, s'han de plantejar si són competents o no i com actuar en conseqüència. Aquesta és la primera activitat que haurien de realitzar, doncs, quan se'ls plantegen litigis en els que com a mínim un dels litigants és estranger, com passa en els procediments de família en els que intervenen magribins. A aquesta activitat està obligat el jutge espanyol, tant si aplica el reglament comunitari com si aplica la LOPJ. Ara bé, com a jutges d'un estat membre en què sí regeix el Reglament, primer haurà de mirar si és competent d'acord amb el Reglament comunitari en vigor i només subsidiàriament si

ho és segons la seva legislació interna pels casos en què el Reglament comunitari no hi sigui d'aplicació.

El Reglament comunitari acompanya aquesta necessitat d'analitzar la seva pròpia competència amb un conjunt de normes sobre la inhibició, sobre l'admissibilitat de la demanda i sobre la litispendència.

En l'àmbit del dret intern, no existeix tanta regulació al respecte. L'únic que ha fet la nova LEC 1/2000 és establir el control d'ofici de la competència i facilitar el règim de la declinatòria per a la possible oposició de les parts tant a nivell intern com a nivell internacional. En canvi, no es diu res sobre la litispendència.

L'article 17 del Reglament comunitari 2201/2003 obliga al jutge o tribunal a declarar-se incompetent d'ofici quan en virtut de l'aplicació del propi Reglament en resulti competent un altre tribunal d'un altre Estat membre i l'article 18 l'obliga a suspendre el procés fins a garantir que el demandat resident en un altre Estat membre hagi rebut la demanda en condicions de poder-la contestar<sup>197</sup> i tanca tot el sistema amb la determinació que la remissió de documents entre estats es regirà per les disposicions del Reglament comunitari 1348/2000 del Consell de 29 de maig o si aquest reglament no és aplicable, segons el disposat en el Conveni de la Haia de 15 de novembre de 1965.

Evidentment, el sistema del reglament és molt més elaborat i molt més pensat en vistes a la internacionalització d'un procés que l'article 36 i 38 de la LEC 1/2000.

L'article 36 per una banda remet a la LOPJ com a la norma on es regulen els supòsits en què els tribunals espanyols són competents, afegint però també que la competència també vindrà determinada pels tractats i convenis internacionals en els que Espanya en sigui part. Aquest mateix article, per una altra banda, regula els supòsits en els que els tribunals Espanyols s'han d'abstenir de conèixer i ho limita a tres: en casos d'immunitat de jurisdicció, quan per un conveni o tractat internacional en el que Espanya sigui part, la competència estigui atribuïda en exclusivitat a un altre estat i els casos en què podent determinar-se només la competència dels tribunals espanyols per submissió tàcita de les parts, el demandat no comparegui.

L'article 38 simplement determina que un cop advertida la falta de competència internacional s'ha d'acordar d'ofici amb audiència de les parts i del ministeri fiscal. Article que, per tant, obliga l'òrgan jurisdiccional a pronunciar-se d'ofici sobre aquesta competència.

---

<sup>197</sup> Aquestes previsions ja existien en el Reglament comunitari 1347/2000 amb redaccions similars en els articles 9 i 10.

L'article 39 de la LEC 1/2000 tanca el sistema en donar a les parts (de fet, al demandat) la possibilitat de formular la corresponent declinatòria, regulant-se llavors el procediment tan per la declinatòria interna com internacional en els articles 62 i següents de la LEC 1/2000.

A la pràctica diària en un inici les confusions eren habituals, dubtant fins i tot de quin era el fonament jurídic de les normes de competència, si la LOPJ o les contingudes en la Disposició Addicional Primera de la Llei 30/1981<sup>198</sup>. La clarificació de l'àmbit de competència de cada una d'aquestes normes, l'entrada en vigor del Reglament Comunitari i la LEC 1/2000 que ha fixat uns nous criteris de competència territorial en l'àmbit dels procediments de família, han fet canviar la situació cap a una general despreocupació en la determinació dels tribunals competents. En la majoria dels procediments de família pràcticament no es fa cap mena referència a la competència dels tribunals espanyols. No es fa d'ofici on les resolucions judicials es limiten a transcriure el text habitual per dir que en són competents i poques vegades en l'àmbit dels litigis entre magribins es fa a instància de part. A la pràctica en la majoria de supòsits la competència dels tribunals espanyols és clara i per aquest motiu no s'acostumen a gastar energies tampoc des de les parts. Normalment les oposicions més normals ho són per temes de litispendència o per temes de llei aplicable al fons de l'afer.<sup>199</sup>

En els casos reals que vaig analitzant i que ja han arribat a enjudiciar-se, no s'ha plantejat mai la qüestió de competència dels tribunals espanyols, ni per part del propi òrgan jurisdiccional, ni per part de les parts litigants. Els conflictes es fixaven bàsicament en la llei que havia d'aplicar-se, però no en la competència i només en un d'ells es va plantejar la possible excepció de litispendència.

---

<sup>198</sup> SAP Girona 04-02-1995 (secció 2) que aplica les normes de la Disposició Addicional Primera de la Llei 30/1981 i confon termes de llei aplicable i competència judicial. Comentada per MARCHAL ESCALONA, N. REDI vol XLIX (1997) I.

AUTO AP Madrid 21-02-1997, que tot i aplicar la LOPJ determina que s'ha de tenir en compte els criteris de la Disposició Addicional Tercera de la Llei 30/1981 de 7 de juliol. Comentada per ESTEBAN DE LA ROSA, F.. REDI vol L (1998) I.

Torna a insistir en aquest aspecte la sentència més recent de l'Audiència Provincial de Màlaga 31-04-04 en referir-se encara a la Disposició Addicional Primera de la llei 30/1981 en referència a la LOPJ. Aranzadi JUR 2004\128865.

<sup>199</sup> Veure però SAP BARCELONA 1-04-2003 (AZ AC 2003/1120) en el cas d'una família equatoriana en que es denega la competència dels Tribunals Espanyols en el cas d'una demanda de guarda i custòdia de la filla extramatrimonial i on es constata un cop més la confusió de termes i conceptes dels òrgans jurisdiccionalen en la matèria. Veure també comentari de la mateixa de RUIZ SUTH, C, a REDI vol LVI (2004), 1.

En la majoria dels casos i fins a la sentència del Tribunal Constitucional 33/2002 de 11 de febrer<sup>200</sup> i tenint en compte el criteri restrictiu de la Audiència Provincial de Barcelona, durant anys, l'objectiu de la part demandada era aconseguir com a molt una desestimació de la demanda per evitar haver de pagar pensions alimentàries. En els casos més inicials i a manca encara de jurisprudència consolidada no hi havia ni aquesta preocupació. Si es podia resoldre pels tribunals espanyols i aplicar dret espanyol no calia plantejar-se res més.

Sovint l'existència d'un subjecte espanyol ja inclinava als tribunals a pronunciar-se sobre la seva competència encara que en fos dubtosa. Aquest és el cas de la Sentència de del Jutjat de Primera Instància 45 de Barcelona de 30-09-1994,<sup>201</sup> en el cas de demanda de divorci entre espanyol i xilena, residents ell a França i ella a Xile, en què es va determinar la competència dels tribunals espanyols, malgrat la LOPJ, per evitar denegació de justícia. Aquesta tendència a donar una resposta al conflicte en virtut de la tutela judicial efectiva és lloable si es fa amb caràcter general i no només quan un dels litigants és espanyol. En aquest cas concret la resposta es justificava perquè a Xile no existia el divorci i França no era competent, però la mateixa Audiència de Barcelona per aquelles mateixes dates havia desestimat la demanda de separació o divorci de magribins per no acreditar el dret estranger, deixant desemparats i sense protecció jurídica amb aquesta excusa a un menor.<sup>202</sup>

En molts altres casos, fruit de la tradicional despreocupació de la jurisprudència espanyola per a les qüestions de dret internacional, ha costat d'assumir les normes de competència basades en el reglament comunitari 1347/2000. Si ja hem trobat sentències que, malgrat la LOPJ, continuaven aplicant les normes de la llei 30/1981, hem continuat trobant sentències després de l'entrada en vigor del Reglament comunitari de 2000 que encara aplicaven la LOPJ, encara que en els darrers temps aquest procés ja és més ràpid.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Az RTC 2002/33.

<sup>201</sup> Sentència del Jutjat de Primera Instància 45 de Barcelona de 30-09-1994, referenciada al llibre ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio QUIÑONES 1999 - 2000. (Nota pàg. 92 d'aquest llibre).

<sup>202</sup> Veure SAP Barcelona 15-09-1998 (Secció 12) Aranzadi 1998/1564, referida al cas de Be. que es desenvolupa àmpliament més endavant. (veure l'annex 2 ref. 1-1/1995)

<sup>203</sup> Així la SAP Lleida 10-02-2003 núm. 7/2003 (Az AC 2003/575), ja aplica el Reglament comunitari 1347/2000. La SAP Murcia 12-05-2003 núm. 166/2003 (Aranzadi AC 22003/1676), també aplica el Reglament: *En cuanto a la competencia judicial internacional de la separación la ley aplicable es el Reglamento CE 1347/2000, de 29 de mayo (LCEur 2000\1558), conforme al cual los Tribunales españoles son competentes para conocer del presente proceso matrimonial de separación al residir habitualmente ambos cónyuges en España al tiempo de presentarse la demanda. (...)*

L'evolució de la jurisprudència ha afectat sobretot a la llei aplicable i a la prova del dret estranger però no a la competència judicial, qüestió que en la majoria dels casos ni s'analitza detingudament.

Prova d'això és el text de la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 18-06-2002 en el cas de R., on es pot veure l'aplicació tardana de les normes sobre competència judicial, on no es fa cap referència encara al Reglament comunitari i, en canvi, encara es parla com a referència de la Llei 30/1981<sup>204</sup>

*“Ya tiene expresada esta Sala en un caso similar de proceso matrimonial entre súbditos extranjeros, con residencia habitual en España, que de conformidad con lo establecido en el artículo 769.1 de la LEC en relación con el artículo 22.3 LOPJ, la residencia común de los litigantes en España al tiempo de la interposición de la separación conyugal determina la competencia de los tribunales españoles. Situación que incluso antes de la publicación de la Ley Adjetiva 1/2000 de 7 de enero, venía patrocinada, por la normativa de la D. A. 1ª Ley 30/1981 y artículo 51 LEC 1881 y con apoyo del artículo 117.3 de la CE.*

*La cuestión dudosa no era propiamente la del foro procesal, sino saber si la residencia habitual conllevaba la aplicación del derecho especial en el aspecto sustantivo, cuando los cónyuges residentes conservaban la nacionalidad común extranjera, con una interpretación favorable de la lex civilis fori del domicilio frente a la ley nacional común.”*

---

*En cuanto a la custodia de los hijos, lo que el comentado Reglamento denomina responsabilidad parental de los hijos comunes del matrimonio, conforme a su art. 2, son competentes los Tribunales que lo sean para conocer de la separación, siempre que esos hijos residan habitualmente en dicho Estado miembro o si es en otro Estado, cuando se trate de uno de los Estados miembros del Reglamento y al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el hijo y la competencia de las autoridades haya sido aceptada por los cónyuges y sea conforme con el interés superior del hijo. En el presente caso, uno de los hijos vive con la madre en España, por lo que respecto al mismo no hay ningún problema en aceptar la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la atribución de su guarda y custodia o el régimen de visitas para el progenitor no custodio. Respecto del otro hijo menor, ambos padres reconocen que vive en Marruecos, en compañía de la madre de la mujer, pero se trata de una situación transitoria, (...). Por todo ello debe admitirse la competencia de los Tribunales de España, pues hay que entender que la hija menor, aun hallándose temporalmente en Marruecos, tiene su residencia habitual en España, (...) Finalmente queda por examinar la competencia judicial en materia de alimentos, dentro de los cuales tiene cabida la pensión compensatoria (...) La materia viene regulada por el Reglamento CE 44/2001 (LCEur 2001/84), conforme al cual entre los foros que determinan la competencia de los Tribunales está el de los del Estado miembro en el Reglamento donde tenga su domicilio el demandado (art. 2), supuesto que concurre en el presente caso. Además, si, como aquí, se trata de una demanda accesoria a una acción relativa al estado civil de las personas, son competentes los Tribunales del Estado que, según la ley del mismo, lo sean para conocer de la acción relativa al estado de las personas, salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes (art. 5.2.II). Por esta causa, también serían competentes los Tribunales Españoles. Por lo expuesto, en todas las cuestiones referidas resultan competentes los Tribunales Españoles para conocer del proceso planteado.*

Aplicant igualment normativa no correcte per a analitzar la competència judicial trobem també per exemple la SAP LAS PALMAS DE 21-07-2000 (AZ JUR /15478) que encara fa referència a la la Disp. Adicional 1ª de la Ley 30/1.981, de 7 de julio.

<sup>204</sup> SAP Barcelona 18-02-2002 en relació al cas de R. que es recull més àmpliament més endavant explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999. També està recollida en el repertori de jurisprudència Aranzadi AC 2002/2176.

Malgrat aquesta tendència també es poden trobar algunes percepcions dissidents per part d'alguns òrgans jurisdiccionals que sí es paren a analitzar amb detall les normes de competència i que imposen la seva pròpia teoria. Aquest és el cas de la sentència de la secció 18<sup>o</sup> de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15-12-2005 <sup>205</sup>en el cas d'un parella de Moldàvia. En tractar-se de nacionals d'un país no membre de la Unió Europea entén que no és aplicable el Reglament comunitari, obrint així una línia perillosa, que pot abocar de nou a la no solució de problemes matrimonials entre estrangers no comunitaris, ara que es començava a superar el criteri de desestimació de la demanda.

*El auto recurrido inadmite a trámite la demanda de juicio de divorcio en base a que el demandado reside fuera de España y la demandante no es española, por lo que decreta la falta de competencia internacional para conocer del presente pleito en base al artículo 22.3 LOPJ; frente lo que se alza la actora en que solicita la revocación del auto recurrido, con admisión de la demanda, en los argumentos que expone; y asimismo en el otro si tercero plantea la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo.*

*En primer termino procede desestimar la petición última, por cuanto consideramos que siendo ambas partes nacionales de Moldavia, país no miembro de la Unión Europea, no cabe plantear ante dicho Tribunal la interpretación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, pues la existencia de una duda sobre la interpretación del Derecho comunitario, está injustificada cuando a criterio del Tribunal se está ante una norma clara, como es el caso, referido a Estados Miembros, y tampoco se alega la contradicción entre dicho Reglamento y el Ordenamiento Español.*

*SEGUNDO.- En estudio del presente recurso, debemos de partir de que nos encontramos ante una demanda de divorcio contencioso deducida por Doña Melisa que se dice en la demanda de nacionalidad moldava al igual que su esposo; si bien en sendos certificados de nacimiento de los hijos Romeo y Alvaro expedidos en la República de Moldavia, consta que ella tiene nacionalidad ucraniana -folio 26-, y en el padre consta de nacionalidad gaugaso, región que si corresponde a la República Moldava. El certificado de matrimonio es librado en fecha 4 de junio de 1989 en que consta ambos de la R.S.S. Moldova (República Soviética Socialista de Moldavia), debe tenerse en cuenta que Moldavia es independiente desde 1991, y, siendo que Moldavia limita al este con Ucrania (también independiente desde 1991), y ambos miembros de la C.E.I.. Por lo que fuere necesario en primer término que se hubiere aportado el documento correspondiente de identificación de la actora, que permita*

---

<sup>205</sup> SAP BARCELONA de15-12-2005 (AZ JUR 2006/96862)

*determinar su nacionalidad, pues de los dos últimos documentos que constan, los meritados certificados de nacimiento de sus hijos, consta de nacionalidad ucraniana; en relación a los dos hijos, nacieron ambos en el pueblo de Chirsovo, distrito de Comrat, República Moldava. Y, en dicho pueblo de Chirsovo, se dice que tiene el domicilio su esposo, sin tampoco indicar dirección alguna a los efectos de poder ser hallado.*

*Con dicha base, es decir, ambos de nacionalidad extracomunitaria, y la madre e hijos con residencia en España, y el padre en Moldavia, procede considerar la competencia de los tribunales españoles, distinguiendo en lo que se refiere al divorcio ,y en lo que afecta a los hijos.*

*En relación a los hijos, de conformidad con el artículo 22.3 LOPJ en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en materia de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España; en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español. Por lo que en relación a los menores, y las peticiones que se hacen en la demanda sobre atribución de la guarda y custodia, régimen de visitas, alimentos -en que se solicita que no se acuerde pensión de alimentos a favor de los mismos- y medidas de protección sobre limitación de salida y custodia de pasaportes, todo ello resultan competentes los Tribunales españoles, bastando para ello interponer la correspondiente demanda antes los mismos en petición de la adopción de dichas medidas. Más éste no es el caso, pues la demanda que se deduce es de divorcio, con solicitud de aplicación del Código de Familia de Moldavia, y con las medidas señaladas. Es decir, de deducir demanda con dichas peticiones hubiere debido ser admitida a trámite, más atendiendo a que se pide como efectos del divorcio, debemos estar a la admisión previa de éste (prorroga de la competencia, en términos del art. 12 del Reglamento (CE) n° 2201/2003). Por lo que compartimos los argumentos del apelante en cuanto a la competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental (custodia y régimen de visitas), y pensión de alimentos, por lo que la parte puede si es de su interés deducir nueva demanda circunscrita en dichos aspectos ante los tribunales españoles.*

*Pero no podemos compartir los argumentos vertidos sobre la competencia de los tribunales españoles en materia de divorcio; así en primer término, conforme el artículo 22.3 LOPJ se determina la competencia de aquellos "cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro"; ninguno de dichos supuestos se da en el caso que nos ocupa. Se alega la aplicación directa del Reglamento (CE) n°*



2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000; más entendemos que dicho Reglamento se refiere a foros competenciales entre países miembros, es decir, no vinculante cuando se refiere a países no miembros (caso de Moldavia), en que podrá estarse, en su caso, a los acuerdos o tratados con dicho estado, y en todo caso, a las normas nacionales internas, y, en este caso, el art. 22.3 LOPJ delimita los supuestos en que no tiene cabida el que aquí nos ocupa. Y, cabe plantear el problema que puede ocurrir que de dictarse aquí el divorcio, éste no fuere reconocido en la República Moldava, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo establece que "Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.", pero siempre se refiere a Estados miembros, véase lo señalado en el Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas de 14-3-2005 en que se plantea la revisión del citado Reglamento, y por ejemplo señala que "En caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconoce en la Unión Europea de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen.". Por otro lado debe tenerse en cuenta que en la República de Moldavia no se plantea cuestión de orden público, en este sentido el artículo 48 de la Constitución de la República de Moldavia aprobada el 29 de julio de 1994 garantiza los derechos necesarios a la familia, y en su código de familia parece que puede plantearse el divorcio ante la oficina del Registro Civil o vía judicial, según los casos, por lo que no aparece la necesidad de declarar un divorcio inaudita parte, como sería el caso que aquí se plantearía ante la falta de determinación del domicilio donde puede ser hallado, siendo que se cita como domicilio, no obstante, la misma población donde nacieron los hijos y se presume residió el matrimonio; es decir, si bien con relación a los menores procede atender las peticiones por la necesaria protección a los mismos, en la necesaria protección de los menores con independencia de su nacionalidad, en cuanto al divorcio que se refiere a la esfera de ambos cónyuges, no se ve razón para declarar un divorcio sin procurar la intervención de ambos, es decir, no se observa ninguna necesidad ni urgencia de protección de la disolución del matrimonio, ni que la otra parte deba ser excluido de ser oído, pudiendo en el país de origen disolver el matrimonio ante oficina del Registro Civil o vía judicial con la intervención de ambos cónyuges. Debe tenerse en cuenta el problema del denominado *forum shopping*, y consideramos que al menos en la necesidad de respetar los derechos de toda persona, debe considerarse la posibilidad de que sea oído en lo que afecta a su vínculo matrimonial.

## **B. La dificultat d'apreciació de supòsits de litispendència internacional en els casos de procediments paral·lels instats per magribins als països d'origen.**

En l'àmbit intern no hi ha cap regulació de la litispendència internacional. La LEC 1/2000 no ho ha solucionat tampoc. Cal recordar que aquesta llei el que ha fet és millorar la regulació sobre el tràmit processal amb una regulació més o menys extensa de la declinatòria (articles 63 a 65 de la LEC 1/2000) i la possibilitat d'al·legar-ho com a excepció a la vista preliminar (article 416 i 420 de la LEC 1/2000) però no fa cap referència concreta la litispendència internacional més enllà de la referència continguda a l'article 63 de l'esmentada LEC 1/2000 que diu que poden “denunciar la falta de jurisdicció del tribunal davant el qual s'ha interposat la demanda, perquè el coneixement d'aquesta demanda correspon a tribunals estrangers, a òrgans d'un altre ordre jurisdiccional o a àrbitres”. Aquí el que s'està permetent és oposar-se des del primer moment a la competència dels tribunals espanyols, però no diu res de qui s'ha d'entendre que és competent quan ja hi ha en marxa algun procediment en un altre país.

Per tant davant d'aquesta situació només queda la regulació concreta que s'ha pogut fer de la matèria en els tractats i convenis internacionals dels que Espanya és part. En aquest sentit, cal deixar present que fins i tot en els casos de tenir tractats internacionals amb certs països, la qüestió de la litispendència no s'hi aborda, ni es tracta, el que dificulta el seu tractament per part dels tribunals.<sup>206</sup>

En l'àmbit del Reglament comunitari sí que hi ha una regulació més o menys extensa sobre la litispendència però no és aplicable, evidentment, a tots els supòsits perquè aquest reglament no s'aplica a tots els litigis en l'àmbit de família.

D'entrada, aquest sistema de litispendència determinat en aquest Reglament només es podrà aplicar en casos de demandes presentades en dos estats membres, no en el cas que el tribunal en joc sigui un d'un tercer estat.

---

<sup>206</sup> Així, la sentència de l'Audiència Provincial de Lleida de 10-02-2003. Aranzadi 2003/575 en el cas d'un litigi comunitari instat abans de l'entrada en vigor de la LEC 1/2000 deia: *Aun cuando la excepción de litispendencia internacional se encuentra regulada en los artículos 21 y 23 del Convenio de Bruselas de 1968 y el artículo 21 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania de 1983, en el derecho interno español, y en concreto en la LOPJ y el la LEC 1881, no existía ninguna regulación al respecto, aun cuando la nueva LEC 2000 – no aplicable al presente caso – dedica los artículos 63 y 65 y los artículos 416 y 421 a la regulación de aquella excepción procesal.* La sentència decideix, doncs, a partir d'aquesta situació analitzar primer si els tribunals espanyols són els competents per acabar determinant la seva incompetència d'acord amb l'article 22. 3 i 4 de la LOPJ en no residir el menor a Espanya.

El sistema del reglament és simple però aparentment eficaç. Quan es formulin demandes amb el mateix objecte i la mateixa causa entre les mateixes parts davant òrgans jurisdiccionals d'estats membres diferents, l'òrgan en què s'hagi presentat la segona demanda, suspendrà d'ofici el procediment fins que no es declari competent l'òrgan on es va presentar la primera demanda.

S'actuarà també de manera semblant quan es presentin demandes sense el mateix objecte o la mateixa causa però entre les mateixes parts. En aquest supòsit s'està pensant, per exemple, en el fet que es presenti demanda de divorci en un lloc i de separació matrimonial en l'altra per aplicació de la llei aplicable a cada estat, ja que cal recordar que hi ha estats membres on només hi ha divorci.

En tots dos casos un cop el primer òrgan jurisdiccional es declari competent, el segon òrgan jurisdiccional s'inhibirà a favor d'aquell i llavors el litigant que hagi presentat la demanda en el segon òrgan jurisdiccional, podrà presentar-la davant del primer.

El sistema de litispendència es tanca fixant unes normes per determinar quan un tribunal coneix d'un litigi, per saber qui és el primer i qui el segon. Es determina que la data d'inici és la del dia que es presenti la demanda o si s'ha de notificar al demandat abans de presentar-la al tribunal, des de la data que ho rebi l'autoritat encarregada de la notificació, a condició en tots dos casos que el demandant hagi pres totes les diligències necessàries. És a dir, que no s'hagi actuat presentant la demanda, però després no s'hagi fet el necessari per poder-la notificar al demandat, com per exemple presentar la demanda sense les dades del demandat. Aquest fet faria demorar en el temps la recepció de la demanda i podria fer que el demandat sense saber res de la demanda presentada anés a un altre tribunal.<sup>207</sup> L'actuació del demandant llavors no seria correcte i només

---

<sup>207</sup> No sempre és fàcil localitzar el domicili d'una persona que ha marxat i que no vol ser localitzada, fins i tot a nivell intern. Sovint, ja hem vist que a vegades l'única solució és que el jutjat faci una recerca de domicili com en el cas exposat a la pàg. 108, nota 178. Per l'altra banda, aquesta possible mala fe ha de ser constatada pel propi tribunal en el cas concret com ja fa la STS de 24-09-01: *No disculpa el actuar del Sr. H. El hecho que alega de que su ex pareja tuvo conocimiento del pleito o más bien simple noticia del mismo, pues lo que se precisa es que dicho conocimiento debe ser suficiente y apto. (...) La revisión procede, pues se contó con domicilio suficientemente para la práctica del acto de comunicación de llamar al pleito a la interpelada por la demanda que lo creó, y así lo ha decretado en supuestos similares esta Sala Primera del TS.*

*La Sentencia de 15 de septiembre 1992 no apreció maquinación por constar el domicilio de la parte demandada en el extranjero (concretamente en la URSS) y se llevaron a cabo todos los trámites legales para efectuar la citación al pleito, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.*

*La Sentencia de 11 septiembre 1996 contempla el supuesto de que, constando en la diligencia de emplazamiento el domicilio en Bélgica de la interesada, el actor, no obstante constarle el domicilio de su esposa fuera de España, solicitó el emplazamiento edictal, en vez de instar que el emplazamiento se llevara a cabo en el domicilio que constaba y así resultaba conocido, lo que pone de manifiesto evidente conducta maliciosa al haber de este modo provado se decretase la rebeldía procesal, y no solicitar se*

s'hauria fet per impedir que en conegués un altre tribunal que també pogués resultar competent i per evitar donar validesa a aquesta actuació, llavors encara que la demanda s'hagués presentat primer, no es podria considerar la primera.<sup>208</sup>

Aquest sistema de litispendència no es pot aplicar quan es tracta d'un conflicte entre un òrgan jurisdiccional espanyol i un altre d'un tercer estat, no comunitari. Aquest seria el cas dels magribins.

En aquests casos caldria aplicar les normes per analogia, davant la manca de conveni internacional sobre la matèria i, per tant, tenir present les precisions del reglament comunitari i aplicar-les per analogia en allò que es pugui o recórrer a la doctrina interna.

Dels casos estudiats, en el cas de A. es va plantejar una qüestió de litispendència.

**Supòsit de fet.** *A és una noia jove marroquina (26 anys), que des dels 4 anys viu a Catalunya. Ha estat escolaritzada aquí fins a l'ensenyament obligatori i alguns cursos d'Institut, per la qual cosa té un nivell de formació bastant elevat.*

*Els pares i tota la família estan establerts a Espanya des de ja fa bastants anys. Tots els germans parlen català i castellà sense problemes, molts d'ells han cursat estudis no reglats aquí. Tot i així, el xoc entre la tradició (representada pels pares) i els fills es fa evident. A. es va casar forçada pel seu pare en arribar a la majoria d'edat amb un home que havia escollit la família, però un cop casada es va negar a continuar el matrimoni i el pare va haver d'arreglar un divorci al Marroc. Amb el primer marit no va arribar a conviure.*

*Després d'aquesta experiència A. es va tornar a casar, ara amb un home jove escollit per ella en contra de la voluntat dels pares. Ell és un jove marroquí, molt esportiu i aparentment molt modern i occidentalitzat. El matrimoni amb A. li facilita l'obtenció del primer permís de residència a Espanya. Un cop casats el marit resulta ser tot el contrari del que A. esperava, mostrant la seva vessant més masclista, li fa deixar la seva feina (ella regentava un negoci propi), no vol que*

---

*expidiera la correspondiente comisión rogatoria (Sentencia de 3-7-1996), y sin dejar de lado el indudable interés de defenderse la revisionista en una cuestión tan trascendental y de notorio interés familiar, como es la guarda y custodia de los hijos comunes”.*

<sup>208</sup> Sistema recollit al Reglament Comunitari 1347/2000 Article 11. En el nou Reglament 2201/2003 el sistema és similar (article 19), però no idèntic. Per una banda, distingeix clarament els supòsits de divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial i els de responsabilitat parental. Així, en els primers (article 19.1) es determina que si són entre les mateixes parts, l'òrgan que conegui en segon terme suspèn d'ofici fins que no es determini la competència de l'òrgan al que se li va presentar la primera demanda. En el cas dels segons (article 19.2) es determina que s'actuarà de la mateixa manera quan es presentin dues demandes respecte d'un menor que tingui el mateix objecte i la mateixa causa. No recull aquest article però les previsions tan pràctiques que recollia l'article 11 de l'Reglament 1347/00 en relació a quan es considera que un tribunal coneix d'un determinat afer.

*surti gaire de casa i, fins i tot, arriben algunes agressions que ella dissimula davant la família. Malgrat això, tenen un fill. Quan el nen té 4 anys el marit en una de les discussions li diu literal que si no vol acceptar el que ell diu que marxi de casa i ella sense pensar-s'ho marxa del pis de lloguer on vivien amb el fill i torna a casa als pares, sense a penes recollir res del pis. En aquell moment A. no té feina i un nen per alimentar.*

*A. és qui presenta demanda en contra del seu marit. Davant la seva manca de recursos econòmics li reconeixen el dret a l'assistència jurídica gratuïta i litiga amb advocat d'ofici. Tan ella com el marit tenen residència legal a Espanya. El marit primer recorre a un advocat particular, però en acordar el jutge les mesures cautelars a favor de la petició de la dona, renuncia a l'advocat perquè diu que no té diners i sol·licita el dret a l'assistència jurídica gratuïta que li reconeixen i litiga també amb un advocat d'ofici.*

**Petició formulada en la demanda:** *Davant d'aquesta situació i donat que no es pretén tampoc recuperar el domicili conjugal, es presenta una demanda de petició d'aliments a favor del fill i de la dona, demanant paral·lelament la guarda i custòdia del menor per la mare, demanant parel·lament mesures cautelars amb les mateixes peticions.*

**Dades processals:** *s'aplica encara la LEC de 1881. Es planteja si hi ha o no litispèndencia internacional arran de la demanda també per aliments presentada al Marroc.*

A. havia plantejat demanda d'aliments i mesures cautelars a Espanya, però també demanda d'aliments al Marroc.<sup>209</sup> En el procediment civil instat a Espanya, el marit al·legava que hi havia un plet al Marroc sobre el mateix objecte i que, en conseqüència, el tribunal espanyol no podia entrar a conèixer del cas i ho al·legava com a excepció. El tribunal de primera instància que va resoldre el cas va fixar el seu argument per determinar la no existència de litispèndencia en el fet que l'objecte del plet no era exactament igual, perquè al Marroc només es demanaven aliments i a Espanya es demanaven aliments i guarda i custòdia i règim de visites del fill menor d'edat del matrimoni. Així, la Sentència del Jutjat de Primera Instància e Instrucció 4 de Mataró (actual instància 3) va determinar:<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> Cal recordar que en aquell país durant molt de temps ha estat el pas previ per aconseguir el divorci. (veure nota 107 a la pàg. 65 relativa al cas d'Am., que havia fet la mateixa opció).

<sup>210</sup> Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 4 (actual mixte 3) de Mataró de data 19-09-1999 dictada en el cas de A. (explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998) que acabo d'exposar.

*El demandado alegó al contestar la demanda interpuesta por su esposa, la excención de litispendencia internacional, toda vez que existiendo pleito ante un Tribunal Marroquí, donde se sigue pleito por la misma causa, e interpuesto con anterioridad a este pleito, el juez español debe abstenerse de conocer del asunto, a favor de la demandada y que lo ostenta frente a un tercero ajeno a la litis.*

*Deberán analizarse entonces si se dan y concurren los requisitos que constante jurisprudencia viene exigiendo para la viabilidad de la mencionada excepción, a saber: identidad de personas, cosas y causas (art. 1252 del C.C.) a fin de evitar no sólo la duplicidad de pleitos, sino la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias y que pueda oponerse en el otro proceso la excepción de cosa juzgada (SsTS 8 junio 1990, 28 septiembre 1989)*

*En línea con lo anterior recordar que como enseña la sentencia del T.S., Sala 1ª de fecha 18 de junio de 1990 con carácter general la excepción de litispendencia consiste en la existencia de otro litigio, bien el propio Tribunal o en otro distinto, pero competente, en el que se reclama lo mismo que es objeto del pleito en que se aduce, y reconoce como fundamento la necesidad de evitar no sólo la duplicidad de pleitos, sino también la posibilidad de que se puedan dictar sentencias contradictorias y oponerse en el otro como alegación de cosa juzgada, precisándose que entre ambos pleitos exista la más perfecta identidad de cosas, causas, personas y calidad con que éstas fueron demandadas, requisitos enumerados en el art. 11252 del Código Civil para la procedencia de la presunción de cosa juzgada (Cfr. SsTS 8 marzo 1952, 10 octubre 1954, 30 abril 1960).*

*Analizando el ámbito de tal excepción en su vertiente internacional, lo cierto es que en todo caso habrá de ser examinado si los procesos seguidos en España y ante el tribunal extranjero del Reino de Marruecos son de idéntica naturaleza, es decir si se debate y se ejercita la misma acción, siendo de similar naturaleza el objeto de ambos pleitos. Así las cosas, una vez efectuado tal análisis, y con la documentación pròpiamente aportada por las partes, cabe estimar que el objeto del pleito entablado ante el tribunal marroquí, es divergente al aquí gestionado; así mientras allí se pretende exclusivamente la fijación de unas cuantías alimenticias en el presente, a virtud de la reconvención tácita que efectúa el demandado, se amplía el objeto al interesar pronunciamientos sobre guarda y custodia y régimen de visitas del progenitor no custodio, relaciones paternofiliales sobre las que también han versado las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 158 del Código Civil, medidas que incluso pueden adoptarse de oficio. Tal aplicación conlleva a que no pueda apreciarse la identidad de cosas entre los pleitos por los que se pretende se aplique y se aprecie la excepción de litispendencia internacional.*

El demandat, i finalment condemnat a pagar els aliments, va apel·lar a l'Audiència Provincial de Barcelona, que va confirmar la sentència d'instància amb el següent argument en sentència <sup>211</sup>

*La sentencia apelada, debe ser ratificada por sus propios y acertados razonamientos, al resultar éstos perfectamente coherentes con la situación de hecho y con la problemática jurídica planteada en la presente litis; abundando en la tesis del Juzgador de Instancia y frente a los argumentos revocatorios vertidos por el apelante en el acto de la vista del recurso, es de remarcar someramente, de una parte, que no puede prosperar la excepción de litispendencia internacional opuesta por el demandado, al amparo del artículo 535, 5º de la L.E.C., pues, aparte de que la eventual aplicación de tal excepción en relación con procedimientos pendientes en país extranjero operaría por medio de los correspondientes tratados, ya que en otro únicamente sería eficaz la resolución firme extranjera que obtuviera el correspondiente exequatur, excluyéndose cualquier efecto derivado de la mera pendencia, tal como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de septiembre de 1995, lo cierto es que en el caso enjuiciado, tal como concluye certeramente el Juez “a quo”, no puede apreciarse identidad de cosas entre el pleito instado en Marruecos y el que aquí nos ocupa, toda vez que mientras en aquel se pretende exclusivamente la fijación de unas sumas en concepto de alimentos, en éste, por medio de la reconvencción implícita efectuada por el demandado -de la cual se dio el oportuno traslado a la actora-, el objeto es mucho más amplio, al interesarse pronunciamientos sobre guarda y custodia y régimen de visitas del hijo común del matrimonio, ratificando en tal sentido y aspectos el auto del medidas cautelares dictado por el propio Juzgado, en fecha 16 de noviembre de 1998, al amparo del artículo 158 del Código Civil (folios 22 al 25)), y de otra parte, que la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer el presente litigio es clara, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22, 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues, además que la demandante tiene su domicilio en España, ha existido una sumisión tácita por parte del demandado a los Juzgados o Tribunales españoles - artículo 58,2º de la L.E.C.-, al reconvenir, en cuanto que ello implica una nueva demanda injertada en proceso ya planteado, lo que significa la aceptación y consiguiente reconocimiento de la jurisdicción del órgano ante el que se formula (Ss del T.S. de 19 de mayo de 1981 y 21 de diciembre de 1987m entre otras muchas sobre el particular).*

Com es pot apreciar, la sentència de l'Audiència confirma la teoria de la sentència d'instància sobre la necessitat de la identitat exacte d'objecte, però a més introdueix una qüestió força important i és que davant la manca de convenis específics en la matèria no

---

<sup>211</sup> Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de data 18-09-2000 (secció 18ena) Rollo 1148/99, dictada en el cas d'A. (explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998) com a conseqüència de l'apel·lació interposada pel seu marit respecte de la sentència de primera instància ja comentada

s'admet cap litispendència i només es podria oposar la excepció de cosa jutjada amb una sentència ferma estrangera i que hagués estat reconeguda per exequàtur.

Els convenis amb Marroc i Tunísia poc aporten al tema. El conveni amb Marroc<sup>212</sup> no recull normes tant precises com les contingudes en el Reglament comunitari i l'única referència que apareix és la continguda a l'article 23.5 i 26.1 on el fet que existeixi un procediment pendent entre les parts pot ser causa per desestimar el reconeixement de la resolució marroquina amb efectes de cosa jutjada i força executiva.<sup>213</sup>

Per tant la referència a la litispendència només apareix en aquest conveni en el moment del reconeixement recíproc de resolucions judicials però no amb caràcter previ.

En el cas d'A. que acabem de comentar, el conflicte no es produeix perquè el marit pretengui obtenir el reconeixement a Espanya de la resolució marroquina amb efectes de cosa jutjada i amb força executiva, sinó perquè pretén paralitzar o impedir que continuï a Espanya un procediment judicial ja en marxa, al·legant que al Marroc hi ha un altre procediment en funcionament. Per tant, entenc que queda clar que aquest supòsit queda fora del conveni.

El conveni es podria tenir en compte per analogia o com a ajuda interpretativa, com veurem que han fet en alguns casos els tribunals, però tampoc ens serviria de gaire perquè l'esmentat conveni no concreta molt els requisits que s'han de tenir en compte per determinar que es produeix aquesta pendència i, en conseqüència, denegar el reconeixement.

L'article 23.5 parla que sigui un procés entre les mateixes parts i amb el mateix objecte. Per tant, a la vista d'aquesta redacció la teoria del jutjat de primera instància i de l'Audiència en el cas d'A., que acabem d'analitzar, sobre la identitat de l'objecte seria vàlida i podríem arribar a la mateixa conclusió que no tenen el mateix objecte la reclamació només d'aliments iniciada al Marroc i la reclamació d'aliments demanant guarda i custòdia i règim de visites que es fa a Espanya.

---

<sup>212</sup> Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa. Hecho en Madrid (BOE núm. 151, de 25 junio) En vigor des d'1 de juliol 1999 per Anunci de 15 de juny 1999.

<sup>213</sup> Article 23.5 de l'esmentat Conveni amb Marroc: *Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto entre algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse.*

Article 26.1 de l'esmentat Conveni amb Marroc: *El tribunal competente se limitará a comprobar si la resolución cuya ejecución se solicita reúne todas las condiciones previstas en el artículo 23 para gozar de autoridad de cosa juzgada. Procederá de oficio dicho examen y deberá hacer constar el resultado del mismo en su resolución.*



El mateix article 23 diu també que cal per apreciar aquesta pendència d'un altre procediment que s'hagi iniciat abans que l'acció en la que s'ha dictat la sentència que ara es pretén reconèixer, però no determina cap criteri per entendre que vol dir "que s'hagi iniciat abans". És a dir, com en el cas d'A. si es presenta demanda a Espanya contra el seu marit i aquest no la rep fins passats quinze dies i se l'emplaça per a una vista que ha de tenir lloc en tres setmanes més i el marit abans de rebre la notificació i l'emplaçament ha presentat demanda al Marroc que ja s'ha tramitat i celebrat vista potser fins i tot sense la presència de la dona. Llavors, quina demanda és la primera? El sistema per notificar, emplaçar i celebrar les vistes en un país i altre és diferent i, per tant, la no concreció de res en el conveni, que seria l'instrument ideal per fer-ho, no soluciona la situació, ni aporta cap criteri interpretatiu utilitzable fins i tot a supòsits que no entrin dins de l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni.

El Conveni amb Tunísia<sup>214</sup> tampoc clarifica gaire més les coses. Malgrat que aquest conveni sí que recull unes normes de competència, força restrictives en el cas dels procediments de família,<sup>215</sup> no estableix tampoc un mecanisme de control en els casos de litispendència similar al dels reglaments comunitaris. L'única referència que hi apareix és referida igualment al moment de produir-se el reconeixement, essent una de les condicions perquè aquest es produeixi: la inexistència d'un altre procediment en marxa en l'altre estat part. De fet, el que reclama l'article 17 f) del Conveni<sup>216</sup> és que no s'hagi interposat cap procediment entre les mateixes parts, sobre els mateixos fets i amb el mateix motiu abans que es presentés la demanda en el procediment en el que s'ha dictat la sentència que ara es pretén executar.

Aquest conveni torna a complicar les coses en comptes de facilitar-les. En primer lloc, no parla del mateix objecte de la demanda sinó que demana que no siguin els mateixos fets ni el mateix motiu. Aquesta diferència de redacció podria semblar que ajuda a precisar el concepte objecte, però no ho veig tant clar. Si tornem agafar el cas d'A. com a exemple, malgrat que, evidentment, aquest conveni no li és aplicable, els fets que es denunciïn són els mateixos i el motiu és el mateix, necessitat que el pare contribueixi en els aliments del fill comú i, en canvi, es demanen coses diferents en els

---

<sup>214</sup> *Convenio España-Túnez 24-de septiembre 2001. Asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez. Instrumento de ratificación 28-10-2002. (BOE núm. 52 de 1 de marzo 2003). S'aplica provisionalment des de 15 de setembre de 2003.*

<sup>215</sup> veure pag 114 a 119 en fer una anàlisi més detallada del conveni.

<sup>216</sup> Article 17 f) de l'esmentat Conveni amb Tunísia: *que antes de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución cuya ejecución se solicita no se haya incoado ante ningún órgano jurisdiccional del Estado requerido ningún procedimiento entre las mismas partes sobre los mismos hechos y con el mismo motivo.*

dos procediments en marxa: en un només aliments i a l'altre aliments, guarda i custòdia i règim de visites, o és que el diferent petitum és un motiu diferent? Per sort aquestes normes només entren en joc en el cas d'un procediment de reconeixement i execució, que si hem de ser estrictes poques vegades es podrà produir a la vista de les normes de competència del mateix conveni i que, a més, numèricament afectaran a poques persones, ja que el nombre de tunisians al Maresme i a Espanya en general és poc elevat.<sup>217</sup>

En la majoria de casos ja ocorreguts més enllà de la comarca del Maresme de fet no s'al·lega pròpiament l'excepció de litispendència sinó de cosa jutjada perquè es posa de manifest, no un procediment en marxa, sinó l'existència d'una resolució judicial del país estranger on el plet segurament ja ha acabat i que es pretén excepcionar per evitar una altra resolució possiblement menys favorable. La realitat demostra que en aquests casos el que es pretén és evitar l'efecte de la resolució espanyola més negativa. En aquests casos potser el que correspondria és demanar el reconeixement i execució d'aquesta sentència estrangera que s'invoca però curiosament en cap d'aquests supòsits ni tan sols s'ha iniciat aquest procediment de reconeixement i execució i només s'al·lega com a excepció processal en el procediment que inicia l'altra part.

Amb caràcter més general, la resposta de la jurisprudència a aquests casos ha estat variada i en alguns casos incorrecta, no utilitzant gairebé el conveni bilateral existent amb el Marroc.

Aquest és el cas de la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 15-09-2003<sup>218</sup>, que és potser una de les poques que aprecia la litispendència o més pròpiament excepció de cosa jutjada, en desestimar la demanda per existir un altre procediment al Marroc, però de manera incorrecta, barrejant a més els conceptes de litispendència i cosa jutjada sense gairebé fonament fàctic ni jurídic del seu raonament.<sup>219</sup> Es tracta de dos litigants marroquins i el marit oposa l'excepció de litispendència al·legant que existeix un altre procediment al Marroc.

Els criteris per arribar la conclusió que cal apreciar aquesta litispendència *sui generis* de fet no són jurídicament correctes. En primer lloc, admet que la resolució marroquina és executiva perquè el demandant ha anat pagant allà a través de consignacions judicials.

---

<sup>217</sup> Veure les dades estadístiques generals referides a Catalunya i Espanya a la pes pàgines 26 a 31 i les dades per municipis que integren el partit judicial de Mataró a les pàgines 32 a 42.

<sup>218</sup> SAP Girona (secció 2ª) de 15-09-2003 núm. 335/2003. AC 2003\2313.

*En cuanto a la alegación de que la Sentencia extranjera no es firme, o que fue dictada en rebeldía de Sra. Margarita, pues no se deduce que la misma no sea firme del documento obrante al folio 69 de los autos, donde consta incluso que el aquí demandado ha depositado las sumas impuestas en la Sentencia extranjera en la Caja del Tribunal de 1ª Instancia de Nador, lo que evidencia el carácter ejecutivo de dicha resolución.*

Amb tots els respectes davant d'aquesta constatació cal indicar que una persona pot consignar en un jutjat precisament per deixar constància que està pagant el que l'altre no està d'acord en admetre. Aquest element, doncs, per sí sol no demostra que sigui una resolució executiva. L'únic que determina és la voluntat del pagador de pagar aquella quantitat i per aquell concepte, sigui o no ajustat a dret o admès per l'altra part del litigi.

Continua la sentència considerant irrellevant si la dona al procediment del Marroc va estar o no en rebel·lia, fet que ha de ser summament important si tenim en compte l'existència de procediments que el marit pot fer de manera gairebé unilateral en perjudici dels drets de la dona.

*Y si la Sra. Margarita permaneció o no en rebeldía en el procedimiento de divorcio ante los Tribunales de Marruecos, y si esa rebeldía fue voluntaria o no, es algo que no costa en autos, ni tiene relevancia en el presente proceso, donde se demuestra que siendo los litigantes de nacionalidad marroquí, ha recaído una Sentencia del Reino de Marruecos que les afecta en tanto acuerda su divorcio y se pronuncia sobre los alimentos para la hija común, régimen de visitas, guarda y custodia e incluso retribuciones económicas a la madre a cargo del demandado (esto último no objeto de la presente litis), por lo que no compete a esta jurisdicción española, acordar medidas ya fijadas en dicha resolución con respecto a la hija común conforme a la legislación aplicable a los litigantes por su nacionalidad común, ni es admisible la alegación de que se trata de medidas provisionales, cuando de la demanda se desprende claramente que no es así, y no es momento procesal para modificar el petitum.*

La conclusió més confusa, però, d'aquesta sentència és quan afirma que els tribunals espanyols no serien competents perquè existeix aquesta resolució al Marroc que seria executable a Espanya mitjançant el corresponent exequàtur.

---

<sup>219</sup> Veure comentari d'aquesta sentència a "Ley aplicable a la separación y divorcio" de MOYA ESCUDERO, M. en el AEDIPr 2005. (pàg. 878-882).

*Además, postulada también la atribución de la patria potestad exclusiva a la madre, ha de significarse que no acreditada la nacionalidad española de origen de la hija (art. 17 CC [LEG 1889\27]), cuyos padres son de nacionalidad marroquí, habría de apoyarse tal pretensión en la legislación de su nacionalidad, sin que la parte apelante haya aportado, ni siquiera invocado dicha legislación, por lo que aunque conforme al art. 22 LOPJ (RCL 1985\1578, 2635), art. 22.3º, son competentes los Tribunales españoles en materia de relaciones paternofiliales y filiación cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, ello no significa que sea de aplicación el derecho sustantivo español si conforme a los arts. 9 y 107 CC, es el derecho extranjero, y más aún si se acredita que ha recaído ya Sentencia del país del que son nacionales los litigantes, sobre las medidas solicitadas, ejecutables en el país de origen directamente y en este una vez obtenido el «exequatur».*

Podem admetre que existeix un procediment al Marroc i que aquest pugui ser executable a Espanya, però aquest fet no fa declinar la competència dels tribunals espanyols. Encara que es tractés d'un procediment en l'àmbit d'aplicació del reglament comunitari, l'existència d'una resolució judicial no faria per si sola declinar la competència del tribunal espanyol, que només l'hauria de declinar si és que el tribunal espanyol ha estat el segon el conèixer l'afer i tot això tenint en compte que els reglaments comunitaris a diferència del cas que ens ocupa si que recull normes específiques per apreciar la litispendència. Però tampoc en aquest cas seria aquest l'argument correcte, sinó, per exemple, el que utilitza l'Audiència Provincial de Balears en la sentència de 9-03-2004 en un litigi intracomunitari, on recull que el tribunal espanyol, també competent, el que fa és cedir la seva competència a favor del tribunal estranger que té igualment competència i que ha conegut de l'afer en primer lloc. Argument que l'Audiència Provincial de Balears gairebé utilitza per sentit comú, ja que el reglament 1347/2000, que recull aquesta possibilitat, no estava encara en vigor.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> SAP Balears núm. 26/2004 (Sección 3ª), de 9-03-2004 . Aranzadi AC 2004\608.

*En primer lugar, hay que reiterar que resulta inaplicable al caso que nos ocupa el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (LCEur 2000, 1558), del Consejo de la Unión Europea, habida cuenta que cuando se presenta la demanda ante los tribunales alemanes, 28 de noviembre de 2000, todavía no estaba en vigor, habida cuenta que establece un plazo de vacatio legis hasta el 28 de febrero de 2001 y en su art. 42 se prevé que sólo será aplicable a las acciones ejercidas tras su entrada en vigor. En segundo término, hay que reconocer que el tribunal alemán es competente para conocer de la demanda de divorcio planteada por la Sra. María Inmaculada habida cuenta que la demandante tiene nacionalidad alemana, reside allí en el momento de la demanda y tiene con ella a su hijo, que tienen la residencia habitual en aquel país. Estando así las cosas, admitida a trámite aquella demanda en Alemania resulta que se plantea un problema de litispendencia internacional puesto que si se admitiera la demanda ante el tribunal español podrían existir resoluciones contradictorias en dos litigios entre las mismas partes y con el mismo objeto*

Per tant, la resposta en aquest cas de l'Audiència de Girona hagués hagut de ser una desestimació de la demanda per existència de cosa jutjada que s'hauria d'apreciar d'acord amb les normes del conveni bilateral que sí que demana la comprovació de la notificació o rebel·lia d'alguna de les parts i la comprovació de la litispendència per saber si aquest procediment al Marroc s'havia buscant en frau del que es desenvolupava a Espanya. En aquest cas, el que finalment li correspondria a la part si aquesta hagués estat la resolució de l'Audiència és fer executar a Espanya aquesta resolució que el propi tribunal ha considerat amb efectes de cosa jutjada. L'únic que queda per determinar és si això s'hagués hagut de fer en un procediment a part o es podia aprofitar el mateix procediment de família en curs.

De totes maneres, el més correcte seria però no admetre l'existència de cosa jutjada fins que s'hagués realitzat el procediment pel reconeixement de la resolució estrangera en base al conveni bilateral amb el Marroc ja comentat, com fa precisament l'Audiència Provincial de Barcelona en la sentència de 25-11-2002<sup>221</sup>, encara que sense esmentar la possibilitat que dóna el conveni bilateral amb el Marroc:

*Por cuanto ambos esposos acataron el fuero territorial "lex fori" del matrimonio tanto en el aspecto procesal como en el sustantivo conforme a los art. 107 CC () Y 23 LOPJ y por consiguiente no les alcanza la excepción del 533-1º ni tampoco el párrafo segundo del mentado art. 107 CC por cuanto no ha recaído reconocimiento de validez de las resoluciones extranjeras de acuerdo con la LECiv (a través del reconocimiento del exequátur).*

En el mateix sentit, la Sentència de l'Audiència Provincial de Màlaga de 31-03-2004<sup>222</sup>, que tampoc es fonamenta en el conveni i que, a més, continua citant normes errònies per a l'apreciació de la competència judicial i la llei aplicable.

*Las pretensiones aducidas por el apelante no pueden prosperar. Expuesto lo anterior es procedente señalar en primer lugar que la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962*

---

*Evidentemente, si no hubiera existido la demanda planteada en Alemania y notificada por cierto al Sr. Cornelio el 28 de abril de 2003, un mes antes de que presentara la demanda en Inca, el juzgado español hubiera sido competente por cuanto quien insta el divorcio es español y reside en España. Por tanto, no debe confundirse el apelante: no es que el juzgado español no sea en sí mismo competente, de ahí que pudiera inicialmente admitir la demanda y declararse competente, sino que existe un elemento inicialmente ignorado que hace que su competencia ceda ante la del tribunal alemán ante el que con anterioridad se presentó una demanda con idéntico objeto. Por ello, cuando se tuvo conocimiento de esa circunstancia es cuando pudo estimar la falta de competencia internacional y abstenerse de conocer de la demanda.*

<sup>221</sup> SAP Barcelona (Sección 12ª), de 25 noviembre 2002 Aranzadi JUR 2003\61807.

*y RCL 2001, 1892) regula el reconocimiento de sentencias extranjeras en virtud del cual puede efectuarse la declaración de cosa juzgada material, para fundar en ella la correspondiente excepción, teniendo declarado el Tribunal Supremo que la sentencia de divorcio pronunciada por un Tribunal extranjero no puede servir de fundamento a la excepción de cosa juzgada sin haber obtenido el «exequatur», el cual no se ha solicitado tal y como reconoce el mismo solicitante al plantear la prejudicialidad civil pues textualmente afirmó «que desde ya se deja anunciado se estudia instar por esta parte el reconocimiento de la sentencia de divorcio para poder ejecutar el pronunciamiento que fija el derecho de visitas», y en tanto no se acuerde la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal extranjero ninguna eficacia produce en España, por lo que no puede estimarse la excepción aducida dado que la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Nador no tiene carácter de cosa juzgada material.*

Igualment, la sentència de l'Audiència Provincial de Múrcia de 12-05-2003,<sup>223</sup> que si fa referència al Conveni bilateral amb Marroc:

*Para que la resolución extranjera invocada por el recurrente tuviera eficacia en nuestro ordenamiento jurídico interno sería preciso que fuera reconocida en nuestro país conforme a las normas existentes sobre esa materia, que en el presente caso vienen establecidas en el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de fecha 30 de mayo de 1997 (RCL 1997\1606), que entró en vigor el 1 de julio de 1999.*

Hi ha altres arguments per desestimar l'excepció de litispendència o de cosa jutjada com és la comprovació de les notificacions de les respectives demandes i la seva data. Aquest és el cas de la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 25-11-2002, acabada d'esmentar, on precisament es té en compte les dates. El 10/07/00 es planteja demanda de separació a Espanya per la dona. El 4/10/2000 el marit contesta aquesta demanda i reconvé, però no presenta declinatòria. El 08/03/2001 es produeix una compareixença al Consolat del Marroc on es formalitza un acta de no conciliació. L'acta de divorci revocable de Nador no és homologada pel tribunal fins el 27/04/2001.

També les dates i els actes realment realitzats són els que es tenen en compte per part de l'Audiència de Múrcia en la sentència de 12-05-2003 per determinar que la resolució marroquina no ha estat la primera.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> SAP Màlaga, de 31-03-2004. Aranzadi JUR 2004\128865.

<sup>223</sup> SAP Múrcia núm. 166/2003 Murcia (Secció 1ª), de 12-05-2003. Aranzadi AC 2003\1676. Aquesta sentència a més fa una detallada relació de l'aplicació del conveni amb Marroc que analitzaré més

Es curiós l'argument interpretatiu que utilitza la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 1-02-00<sup>225</sup> que en el cas d'un divorci on hi ha una part que és de nacionalitat suïssa, aplica com a criteri interpretatiu l'establert en l'anomenat Brussel·les II encara que no està en vigor i centra la seva desestimació en el fet que la competència dels tribunals suïssos ha estat buscada expressament: existint un primer procediment de mutu acord a Barcelona, la dona va interposar demanda de divorci a Suïssa. El marit planteja divorci a Barcelona, on s'havia vist la separació de mutu acord, i llavors la dona al·lega la litispèndia del procediment instat per ella mateixa a Suïssa.

*La excepción de litispèndia internacional propuesta por la parte demandada, al haber interpuesto la esposa con antelación a la formulación de la presente demanda una acción de divorcio ante los Tribunales de Suiza, donde reside, y en cuyo proceso ha comparecido el esposo, ha sido analizada de forma muy pormenorizada por la juzgadora de instancia en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida. La constatación de la inexistencia de norma internacional aplicable entre España y Suiza que contemple esta institución jurídico procesal, constituye la base para la desestimación de la oposición formulada, puesto el Convenio bilateral de 19-11-1896 (NDL 27783) únicamente hace referencia al «exequatur» de resoluciones judiciales firmes, y el Convenio multilateral de Lugano de 1988 (RCL 1994\2918) ratificado también por Suiza, secuencia del de Bruselas (RCL 1991\217 y 1151; LCEur 1972\178 y LCEur 1989\1327), aun cuando menciona la institución en su artículo 21, excluye de su ámbito de aplicación las materias sobre estado civil.*

*Se analiza en la resolución impugnada, a mayor abundamiento, que no ha entrado en vigor el Convenio Bruselas II, en materia de competencia en derecho de familia, estado civil y menores y, aun cuando el mismo fuese de aplicación, el tratamiento que su artículo 11 otorga a la cuestión requiere una declaración inequívoca de competencia del primero de los Tribunales que en el caso de autos no se ha producido y que, con las reglas competenciales que el pacto internacional introduce sería de difícil encaje cuando, la*

---

endavant. Veure comentari de la mateixa a CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I.

<sup>224</sup> SAP Múrcia núm. 166/2003 Múrcia (Secció 1ª), de 12-05-2003. Aranzadi AC 2003\1676:

*En el presente caso sostiene la esposa que ella inició este procedimiento de separación el 26 de octubre de 2001, cuando interesó medidas previas, presentando la demanda de separación el 26 de marzo de 2002, en tanto que la resolución marroquí es de 26 de mayo de ese año. Según el apelante eso no es cierto, pues comenzó su proceso matrimonial en Marruecos en agosto de 2001, pero ello no son sino meras alegaciones de parte, pues nada prueba al respecto, presentando tan sólo el documento del acta levantada por el Tribunal de Fez, en el que la fecha inicial que consta es la de 24 de mayo de 2002, en la que los adoul (notarios de derecho musulmán) levantan acta en la que una Letrada, apoderada por el marido, manifiesta su voluntad unilateral de resolver el contrato matrimonial mediante el ejercicio de su derecho de repudio, lo que se hace en rebeldía de la esposa.*

<sup>225</sup> SAP Barcelona (Sección 12ª), de 1 febrero 2000. Aranzadi AC 2000\142.

*sentencia de separación matrimonial en el procedimiento de mutuo acuerdo que precedió al presente y cuyas medidas reguladoras se pretenden modificar se tramitaron ante el mismo juzgado cuya competencia hoy se discute, y el último domicilio familiar radicó en la ciudad de Barcelona. Las cuestiones sobre competencia judicial en conflictos de derecho internacional privado han de ser analizadas desde la perspectiva de que la jurisdicción es una manifestación de la soberanía de cada estado y que, al propio tiempo, el actor, ciudadano español, cuenta con el derecho fundamental de acceso a la justicia en los Tribunales de su propio país, concretado en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375). Los principios que inspiran el denominado orden público internacional en materia de litispendencia, son así mismo muy escrupulosos con el respecto al derecho y deber de enjuiciar, como se desprende de las cautelas que establecen los convenios bilaterales suscritos por España que contemplan la duplicidad de procesos sobre un mismo objeto y entre unas mismas personas en dos países distintos, en los que se otorga una gran relevancia a la discrecionalidad de los Tribunales en cada caso concreto que, en todo caso deben examinar sus propias reglas de competencia. Son exponentes de esta línea normativa los convenios con Austria (RCL 1985\2112 y ApNDL 13572) (artículo 18) o Francia (RCL 1970\451 y NDL 18576) (artículo 10), representando éstos la excepción, pues en la mayoría de los tratados suscritos la existencia de un proceso en trámite en cualquiera de los estados contratantes es contemplado, «a contrario sensu» del pretendido por el apelante, como una causa de denegación del «exequatur», incluso de las resoluciones judiciales firmes.*

*Es de significar que las cautelas antes referidas han de extremarse en los procedimientos sobre divorcio, puesto que la existencia de resoluciones judiciales previas sobre separación matrimonial, alimentos o custodia y la posibilidad de reforma y modificación de las mismas, con la importancia de las medidas de carácter provisional, puede dar lugar al uso fraudulento de esta excepción procesal, especialmente si se introduce el mecanismo de la inhibición de oficio, como resultaría procedente con la vigencia del Convenio de Bruselas II, ya que en casos como el de autos en el que la demandada no impugna en absoluto la competencia del juzgado español ante el que ella misma acudió en el proceso de separación y en el más reciente de modificación de medidas reguladoras de sus efectos, la búsqueda de un foro de conveniencia por una de las partes puede quebrantar el derecho fundamental al juez natural del artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y obedecer a razones defraudatorias, habida cuenta de los intereses en juego en esta clase de litigios. Las anteriores razones determinan que el motivo del recurso deba ser desestimado.*



### **C. Dificultats per posar en pràctica les previsions sobre substracció internacional de menors amb els litigants extracomunitaris com els magribins:**

El Reglament 2201/2003 recull una extensa regulació destinada a evitar els casos de substracció internacional de menors.

L'article 11 precisament està dedicat a la restitució del menor i a la seva compaginació amb el sistema establert pel Conveni de la Haia de 25 d'octubre de 1980.

Tot aquest sistema previst pels casos de substracció de menors, perdrà la seva eficàcia en el cas de famílies magribines, quan el trasllat del menor es faci cap a altres països no comunitaris, que és el que es produirà en la majoria de casos.

Les normes sobre competència judicial contingudes en el Reglament 2201/2003 poden ser les aplicables als menors magribins residents a Espanya, però quan l'aplicació d'aquestes normes es remet a un estat no comunitari, la normativa comunitària ja no tindrà més joc. Llavors poden entrar en joc les normes de la LOPJ (segons es desprèn de l'article 14 ja comentat), però quan malgrat tot aquest sistema de competència judicial el menor és traslladat a un tercer estat que tampoc és part del conveni de la Haia de 25 d'octubre de 1980, tot el sistema descrit en els articles 10 i 11 perden totes la seva eficàcia.

En el cas dels marroquins residents a Espanya entenc que seran competents els tribunals espanyols per aplicació de les normes d'aquest conveni, però si es produeix una substracció d'un menor cap al Marroc, la majoria de mecanismes previstos per a la restitució quedaran sense efecte. Sense perjudici d'una valoració més extensa del tema en l'apartat dedicat al reconeixement i execució de sentències, cal fer una mirada ràpida als mecanismes convencionals que existeixen respecte dels països magribins, que no ajuden a l'eficàcia en la majoria de casos i que no estant coordinats amb els mecanismes previstos en els reglaments comunitaris.

El conveni bilateral entre Espanya i Marroc de 30-05-1997, no té eficàcia pràctica si el menor és nacional de l'estat requerit, en aquest cas El Marroc. Cal tenir present aquets aquets seran la majoria de casos que es produeixin perquè normalment es tracta de procediments entre dos cònjuges magribins, el fill fets quals també ha adquirit la nacionalitat dels pares.<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> Art. 7.1 del *Conveni de 30-05-1997 Asistencia Judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid* (BOE núm. 150 de 24 junio 1997) Entrada en vigor 1 de julio de 1999, demana que en el moment de presentar la sol·licitud de restitució el menor tingui la seva residència en l'estat requerit i que en el

Descartada l'aplicació del conveni bilateral en la majoria de supòsits caldria recórrer als convenis multilaterals. En aquest sentit, Espanya és part del conveni de la Haia de 1980, però no ho és el Marroc i, per tant, aquest conveni tampoc podrà entrar en joc.

La situació podria canviar amb l'entrada en vigor i aplicació del Conveni de la Haia de 19-10-1996 sobre competència, llei aplicable, reconeixement i execució i cooperació en matèria de responsabilitat parental i mesures de protecció per a menors al que El Marroc sembla disposat a sotmetre-s'hi i ja l'ha ratificat estant en vigor des de l'1-12-2002. Espanya, en canvi, encara no l'ha ratificat.

Els trets bàsics d'aquest conveni en l'àmbit de la competència judicial estan en fixar com a criteri bàsic per determinar aquesta competència judicial internacional el de la residència habitual del menor. S'introdueix, però, una altra possibilitat que permet decidir que en interès del menor sigui millor que en siguin competents autoritats d'altres estats membres com per exemple les que estan decidint en el procediment de divorci o separació matrimonial. Criteri aquest, doncs, que camina a dos aigües per salvar la possible necessitat de tractament unitari (article 10 de conveni).

El conveni amb Tunísia de 24-09-2001 tampoc recull cap procediment especial per a la restitució dels menors desplaçats il·legalment i Tunísia tampoc no és part del Conveni de la Haia de 1980.

Amb els altres països del Magrib tampoc hi ha conveni específic i no són part del Conveni de la Haia de 25-10-1980, estant abocats a la gairebé impossibilitat de fer retornar al menor. Quan no hi ha conveni internacional els mecanismes de restitució que existeixen no aconsegueixen cap resultat pràctic. Davant la manca de conveni només és poden utilitzar les comissions rogatòries, intentar l'exequàtur de la sentència espanyola a l'estranger o iniciar un procediment intern al país on el menor ha estat traslladat.<sup>227</sup>

---

moment del desplaçament el menor i els seus pares tinguin únicament la nacionalitat de l'estat requirint. Aquest conveni està més àmpliament comentat a la pàg. 113 i 151 d'aquest estudi.

<sup>227</sup> CALVO BABÍO, F.: Sustracción internacional de menores. IURIS NÚM 95. Junio 2005.

### **III.- PROBLEMÀTIQUES BÀSIQUES QUE ES PRODUEIXEN EN L'ACCÈS DELS MAGRIBINS ALS TRIBUNALS ESPANYOLS.**

#### **1.- L'abast de l'ampliació de l'àmbit personal del dret d'assistència jurídica gratuïta als ciutadans magribins en situació de residència il·legal a Espanya.**

Un cop determinat que els tribunals espanyols seran els competents en la majoria dels casos que es plantegin en procediments de família on intervinguin magribins, cal veure quin és el segon pas a fer.

Evidentment, determinada la competència, caldrà presentar la corresponent demanda als tribunals espanyols. Per fer-ho, doncs, els magribins els caldrà poder accedir als mitjans i professionals necessaris que els hi permetin la presentació d'aquesta demanda. En definitiva: els hi caldrà accedir als tribunals espanyols.

En aquest sentit, són moltes les dificultats: idioma, desconeixement exacte sobre què fer, mitjans econòmics. Des de molts serveis socials d'Ajuntaments, serveis d'assessorament d'ONG, sindicats, etc... es va cobrint i donant resposta a les primeres necessitats.

El problema es complica si els manquen recursos econòmics per costejar-se bàsicament l'advocat i el procurador i poder així accedir als tribunals. En aquest punt, els immigrants magribins, com la resta de la població només poden recórrer al Torn d'Ofici dels diferents Col·legis Professionals. La resta de serveis d'assessorament o orientació jurídica en el partit judicial de Mataró i sobre tot en qüestions matrimonials o familiars, assessoren gratuïtament, però normalment no faciliten advocat i procuradors per pledejar gratuïtament. En termes generals, tret d'algun servei especial d'alguna associació, aquest és el sistema, perquè totes les organitzacions tendeixen cada cop més a no duplicar serveis i aprofitar els existents, sobretot si funcionen des dels propis organismes públics. Per aquest motiu és fonamental determinar quins són els requisits per accedir a aquest torn d'ofici, és a dir, com i en quines circumstàncies aquests immigrants magribins, igual que la resta de ciutadans, gaudiran del dret a l'assistència jurídica gratuïta que els permetrà accedir als tribunals, malgrat no tenir suficients

ingressos i, per tant, tenir advocat i procurador i també els altres serveis que inclou aquest dret. Després caldrà veure com es presta aquest servei i les dificultats diàries que sorgeixen per plantejar opcions de futur.

#### **A. El dret a l'assistència jurídica gratuïta i la seva evolució en el reconeixement a favor dels estrangers.**

La llei d'assistència jurídica gratuïta 1/1996 de 10 de gener, va dificultar l'accés dels estrangers no residents legals a Espanya en excloure'ls clarament d'aquest dret. El tribunal Constitucional en la sentència de 22 de maig de 2003 ha vingut a tancar la polèmica i ha deixat clar l'accés dels estrangers residents a Espanya encara que no legalment, a l'assistència jurídica gratuïta donant-los, per tant, la possibilitat d'accés als tribunals espanyols en cas de manca de recursos econòmics en totes les jurisdiccions

La normativa sobre justícia gratuïta, (o les diverses denominacions que ha rebut), té ja tradició històrica en el nostre país, però la llei 1/1996 de 10 de gener sobre assistència jurídica gratuïta, pretenia donar una regulació general i unitària d'aquest dret, amb independència del que després s'ha recollit a la LO 4/2000 i la LO 8/2000, la modificació que respecte de la llei de 1996 ha introduït la sentència del tribunal constitucional i la incidència que pot tenir la directiva comunitària. Aquesta llei de 1996 amb una gran polèmica en els sectors més afectats, va limitar en el nostre país el dret d'assistència jurídica gratuïta entre els estrangers, atorgant-lo en termes generals només a aquells estrangers que residien legalment a Espanya. L'anterior normativa continguda en el text de la Llei d'Enjudiciament Civil res concretava en aquest aspecte i d'acord amb els drets constitucionalment reconeguts als estrangers i la pròpia llei orgànica d'estrangeria, aquest dret s'estenia a tots els estrangers sense entrar a comprovar la legalitat de la seva residència.

En termes generals, direm que la llei de 1996 fa una referència als convenis internacionals i distingeix als ciutadans comunitaris, que semblava equiparar en la seva totalitat als ciutadans espanyols de la resta d'estrangers, alhora que l'àmbit personal de la llei varia lleugerament segons l'ordre jurisdiccional del que es tracti.

Malgrat aquesta referència expressa als estrangers, fins a les hores mancada en la regulació de la LEC, no queda reflectida en l'àmbit material de la llei cap més referència, on no es contempla el problema econòmic que poden suposar les traduccions i legalitzacions d'alguns documents, així com l'emissió de dictàmens a l'hora de provar el dret estranger.

Malgrat els principis de la E. de M. de la llei de 1996 sobre la pretesa unificació de la normativa del sistema del dret d'assistència jurídica gratuïta en aquest sola llei, aquesta unitat es va trencar en incloure una regulació ampliada de l'àmbit personal del dret d'assistència jurídica gratuïta en el llistat de drets i deures dels estrangers a Espanya contingut en la LO 4/2000. Si per tractar-se d'una ampliació aquesta inclusió tenia cert sentit malgrat desfer els principis de globalitat en què va néixer la llei de 1996, la nova redacció que sobre aquest dret fa la LO 8/2000 no té sentit, ni justificació jurídica i només ve afegir complicacions en l'àmbit de la regulació d'aquest dret.

La llei 4/2000 neix amb la voluntat de configurar-se com una veritable carta de drets dels ciutadans estrangers, acabant amb la ambigüitat total i amb les discussions jurídiques sobre si certs drets es podien exercir pels estrangers o no i en quines condicions. Per aquest motiu aquesta llei en el seu redactat inicial ja recull el que anomena drets i llibertats dels estrangers i ho fa dedicant-hi tot un títol, que alhora subdivideix en capítols. La voluntat d'aquest redactat és clara: dotar als estrangers de drets i llibertats constitucionals encara que no es trobin en situació de residència legal.

Dintre d'aquest títol i en el capítol dedicat a les garanties jurídiques trobem recollit el dret a la tutela judicial efectiva (art.18), el dret el recurs contra els actes administratius (art.19) i el dret a la assistència jurídica gratuïta (art. 20).

El redactat de la llei 4/2000 tenia, en l'àmbit concret d'aquest dret, com a finalitat ampliar l'àmbit personal de la llei 1/1996, tancant així la polèmica sorgida i resolent a la pràctica que els estrangers no residents legals però empadronats també tenien dret a l'assistència jurídica gratuïta en el cas de manca de recursos per litigar en totes les jurisdiccions.

El text era clar:

*Els estrangers residents i els que es trobin a Espanya inscrits en el padró del municipi en el que resideixin habitualment, que acreditin insuficiència de recursos econòmics per litigar tindran dret a l'assistència jurídica gratuïta en igualtat de condicions que els espanyols en els processos en què sigui part, qualsevol que sigui la jurisdicció.*

La llei 8/2000 canvia el redactat de l'article que alhora es renumera i ara se suprimeix tota referència als estrangers inscrits al padró municipal corresponen, perdent aquest punt 2 de l'article tota raó de ser, perquè en aquest sentit ja existia la llei 1/1996 l'esmentat article 2 C) i, a més, el nou redactat elimina tota referència als tractats i convenis internacionals.

Només sembla que té certa transcendència jurídica l'apartat primer d'aquest article ja que amplia el dret a l'assistència jurídica gratuïta encara que no tingui residència legal als estrangers pel que fa als tràmits administratius i judicials que puguin dur a la denegació de la seva entrada, a la seva devolució o expulsió del territori espanyol, i no només respecte els procediments en matèria d'asil que recollia la llei 1/1996, afegint a més el dret a l'interpret, complint en aquest punt l'establert al Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966 i que es recull també a l'article 6.3 del Conveni Europeu de protecció dels Drets Humans de 1950.

La complicació afegida a aquest dret per la LO 8/2000 ha estat objecte de disquisicions doctrinals. Hi ha autors que opinaven que al no recollir expressament la llei 8/2000 aquest dret respecte de les jurisdiccions penal i social, el que feia era impossibilitar l'accés dels estrangers il·legals al dret d'assistència jurídica gratuïta en aquests jurisdiccions limitant encara més l'establert a la llei 1/1996. Suposo que l'argument era considerar que aquesta llei derogava la llei 1/1996.<sup>228</sup> Altres opinaven el contrari <sup>229</sup> i determinaven que la gran diferència estava només en l'àmbit contenciós administratiu en el que el contingut material passava a ser més ampli que en l'àmbit penal, ja que la llei 1/1996 restringia el dret d'assistència jurídica gratuïta en l'àmbit penal a la defensa lletrada i representació mentre que la LO 8/2000 en parlar de l'ordre contenciós administratiu no fa aquesta limitació.

De tot l'exposat és clar que la LO 8/2000 en reformar la LO 4/2000 només va aportar complexitat al sistema sense gaire resultat pràctic i al mateix temps va trencar el criteri d'unitat de tractament del dret d'assistència jurídica gratuïta que intentava imposar la llei 1/1996.

## **B. La qüestió de la constitucionalitat de l'article 2 a) de la llei 1/1996 de 10 de gener.**

La sentència del Tribunal Constitucional de 22 de maig de 2003 resolent el recurs d'inconstitucionalitat interposat en el seu dia pel Defensor del Poble, ha vingut a clarificar definitivament l'àmbit personal de la llei de 1996 i a respondre algunes de les altres preguntes que després de la LO 4/2000 i la LO 9/2000 quedaven en l'aire. Han calgut però gairebé 7 anys perquè es resolgués l'esmentat recurs que va ser admès a

---

<sup>228</sup> Aquest era el criteri de CAMPO BADAL, J.M. en *Comentarios a la ley de extranjería (ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*. VV.AA. Civitas Madrid 2001. Pàg. 165.

tràmit per providència de 21 de maig de 1996 amb el número 1555/96. A més, la qüestió tampoc ha estat pacífica perquè aquesta sentència ve acompanyada de 3 vots particulars.<sup>230</sup>

La sentència ja esmentada del Tribunal constitucional determina que s'ha de treure del text el terme "legalment" i que el terme "resideixin" només és constitucional si s'estén com a situació fàctica i no en el sentit tècnic de titular d'autorització administrativa que li atribueix la llei d'estrangeria.

L'argument que utilitza el tribunal per arribar a aquesta consideració es fonamenta en la consideració de l'article 119 com una norma de programació final.<sup>231</sup> L'article 119 de la Constitució es podria donar a entendre que la justícia gratuïta la pot fixar discrecionalment l'estat, per tant els estrangers no tindrien dret a la justícia gratuïta de manera general perquè l'article 119 permet que aquest dret sigui restringit per llei, però considera la sentència del Tribunal Constitucional que hi ha un mínim constitucional indisponible per al legislador. Aquest nucli essencial és el determinar qui són els que no tenen recursos suficients per litigar. Per tant, un cop concretat per part del legislador el concepte de "insuficiència de recursos per litigar" que és el nucli dur de l'article 119, cal posar aquest dret a l'assistència jurídica gratuïta en relació amb l'article 24 de la Constitució i, en conseqüència, totes les persones físiques que són titulars del dret a la tutela judicial efectiva han de poder gaudir d'aquesta gratuïtat de la justícia i dels seus operadors (advocats i procuradors) sempre que acreditin que no tenen recursos econòmics suficients en els termes concretats pel propi legislador.

Afirma, doncs, el Tribunal Constitucional que el fet que el legislador limiti el dret a l'assistència jurídica gratuïta a un grup de persones no per manca de recursos econòmics, sinó per ser estrangers no legals, implica que aquestes persones no podran accedir als tribunals i veuran, en conseqüència, també afectat el dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la pròpia Constitució.

La conclusió final, doncs, és que la norma impugnada tal i com estava redactada vulnerava al dret a la tutela judicial efectiva en el cas de persones sense recursos

---

<sup>229</sup> CALDUCH GARGALLO, M.: *La asistencia jurídica gratuita al extranjero*. REVISTA DE DERECHO DE EXTRANJERÍA. Núm 4. Noviembre 2003. Pag 65-82. En aquest mateix article cita i es mostra en contra del manifestat per CAMPO BADAL, J. M. ob. Cit.

<sup>230</sup>En la STC 95/2003 de 22 de maig de 2003 (AZ RTC 2003/95) que resol el recurs d'inconstitucionalitat 1555/96, té dos vots particulars dels magistrats Vicente Conde Martín de Hijas i Roberto García-Calvo y Montiel i un vot concurrent del magistrat Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

<sup>231</sup> LARA AGUADO, Ángeles: *El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero*. REDI, volum XLVIII, núm. 2, 1996. pag. 116-121.

econòmics per litigar i, per tant, cal canviar el seu redactat, suprimint el terme “*legalment*” i donant una interpretació concreta però amplia al terme “*resideixin*”. Per tant, la sentència continua admeten una limitació per gaudir d’aquest dret, que és el fet de residir fàcticament a Espanya. Ara bé, aquesta limitació s’ha de posar de nou en relació amb els tractats internacionals dels que és part Espanya i als que la pròpia llei fa referència i que no es poden obviar. Així, doncs, els estrangers no residents a Espanya podran gaudir d’aquest dret a l’empara dels convenis internacionals existents.

També és interessant destacar altres punts de l’esmentada sentència del Tribunal Constitucional de 22 de maig de 2003.

Malgrat que el Defensor del Poble circumscrivia el recurs d’inconstitucionalitat a l’àmbit del procediment contenciós administratiu, la sentència amplia el seu abast a tots els òrgans jurisdiccionals per considerar que el fet argumentat pel Defensor del Poble, només era un dels supòsits o exemples possibles i que el dret a la tutela judicial efectiva es veuria igualment vulnerat en els altres òrgans jurisdiccionals.

La sentència recull la opinió de les parts respecte de la LO 4/2000 i la LO 8/2000 en relació a la llei 1/1996, on és curiós constatar que fins i tot l’advocat de l’estat afirma que hi ha redundància normativa i el Defensor del Poble manifesta que el redactat de la LO 8/2000 no ha solucionat res al respecte. El tribunal no es pronuncia.

També és de destacar que en defensa de la constitucionalitat de la llei l’advocat de l’estat arriba a argumentar que la llei és constitucional perquè existeixen convenis internacionals en la matèria que permeten als estrangers que no tenen residència legal a Espanya, gaudir d’aquest dret encara que no el tingui reconegut en el text de la llei, confirmant, doncs, la teoria que els convenis internacionals ampliaven l’àmbit personal del dret d’assistència jurídica gratuïta contingut a la llei de 1996 i que ara s’han de continuar considerant per dotar d’aquest dret a tots els estrangers no residents a Espanya.



## **2.- La insuficiència del contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta en els procediments de família on intervenen magribins.**

D'entrada, cal plantejar-se si el contingut d'aquest dret d'assistència jurídica gratuïta és igual per a totes les jurisdiccions. La Sentència del Tribunal Constitucional de 22 de maig de 2003 estén el dret a l'assistència jurídica gratuïta a tots els òrgans jurisdiccionals pels estrangers residents fàcticament a Espanya. Hi ha autors, però, que consideren que les previsions contingudes als apartats d) y e) de l'article 2 de la llei 1/1996, es mantindrà per als estrangers no residents.<sup>232</sup> Aquesta proposta pretén mantenir la validesa d'unes disposicions que a la llum de l'esmentada Sentència del Tribunal Constitucional perdrien tot el seu sentit, però considero que aquesta idea s'oblida dels convenis internacionals, als que cal recórrer entenc en primer lloc, donat l'ordre que els mateixos ocupen en el nostre ordenament. El més encertat seria considerar que les previsions dels apartats d) y e) del ja esmentat article 2 s'apliquen quan no hi ha cap conveni internacional aplicable als estrangers no residents en concret que sol·licitin aquest dret.

Aquesta disquisició té la seva importància perquè pot donar lloc a continguts materials diferents. Ara bé, el dret a l'advocat i procurador en termes generals estarà garantit i en molts casos com en la jurisdicció penal sense gaire més plantejaments. Normalment en el cas d'una detenció d'una persona amb caràcter general i de manera urgent se li designa advocat d'ofici, tan si és resident com si no ho és. Potser després en el moment que la Comissió Provincial examini l'expedient podrà confirmar o no aquesta designa. Així, s'actua per exemple en el cas d'una persona que és detinguda a Espanya per un delictes i que no hi resideix i només hi estava de pas. L'exemple més típic és el d'un conductor estranger que dóna positiu en un control d'alcoholèmia mentre està a Espanya per vacances. L'advocat d'ofici se li assignarà des del moment de la detenció.

Per tant en els litigis amb elements d'estrangeria el més important no és el contingut material tradicional: advocat i procurador sinó tots els altres drets que la llei 1/1996 recull en alguns casos per primera vegada. En aquest sentit, per tant, convé saber si el dret a l'assistència jurídica gratuïta és el reconegut en els apartats d) i e) de l'article

---

<sup>232</sup> CALDUCH GARGALLO, M.: *La asistencia jurídica gratuita al extranjero*. REVISTA DE DERECHO DE EXTRANJERÍA. Núm 4. Noviembre 2003. Pag 75.

2 de la llei o per contra prové per l'aplicació d'algun conveni internacional. L'origen del reconeixement d'aquest dret a la pràctica pot ser transcendental per determinar si el seu contingut inclou tan sols el dret a l'advocat i procurador o també als altres beneficis que recull la llei 1/1996.

Aquesta llei de 1996 és cert que amplia el contingut tradicional del dret donant cabuda dintre del mateix al servei d'orientació i assessorament jurídics previs a l'inici de qualsevol plet, que ha desembocat en la creació dels SOJ. Igualment més enllà del dret a l'assistència d'advocat en cas de detenció i la defensa i representació per advocat i procurador d'ofici, es recull de manera expressa l'assistència pericial gratuïta i l'obtenció de certs documents notariais o registrals amb reducció dels aranzels i drets dels mateixos. No tots aquests drets són nous. La llei doncs, amplia però no tant com semblaria segons la pròpia E. de M. de la llei. A més, segons aquesta pròpia E. de M., el que es pretén és garantir el principi d'igualtat entre les parts, però tampoc ho aconsegueix materialment del tot aquesta nova regulació. De manera general comentar que, la novetat introduïda per l'article 6.3 de la llei, en possibilitar que també es nomeni advocat i procurador d'ofici, fins i tot quan no és preceptiva la seva intervenció per garantir la igualtat entre les parts. Aquest article ha possibilitat després de temps d'haver entrat en vigor la llei que s'anés aplicant i que els jutges hagin començat a fer aquests autos demanant que es nomeni advocat i procurador d'ofici en els casos, per exemple, de judici de faltes quan l'altra part va acompanyada d'advocat per no crear desigualtat entre les parts.

Membres de les comissions d'oficis del Col·legis d'Advocats, entenien també que per garantir aquesta igualtat entre les parts, els tribunals per auto sol·licitessin advocat i procurador per a estrangers que d'acord amb la llei 1/1996 no podrien gaudir d'aquest dret. Tot i que aquesta possibilitat era una interpretació possible per no deixar en indefensió a les parts, de fet implicava contradir la llei i demanava, per tant, una bona implicació i voluntat dels òrgans jurisdiccionals en aquest sentit. A més, a la pràctica aquesta opció és difícil de dur a terme amb caràcter general perquè la intervenció jurisdiccional no es preveu per a la concessió inicial del dret.<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> A la pràctica quan una persona vol demanar un advocat d'ofici per interposar una demanda en la jurisdicció civil i en concret també en l'àmbit dels litigis de família, s'haurà de dirigir al respectiu Col·legi d'Advocats, que segurament primer el derivarà al Servei d'Orientació Jurídica, qui primer valorarà si el sol·licitant té dret aquest dret i el derivarà per a la tramitació corresponent de l'expedient per a acreditar la insuficiència de recursos de manera provisional pel propi Col·legi d'Advocats. Per tant si en aquesta fase se li diu que la llei no permet el dret d'assistència jurídica gratuïta, segueix la reclamació a la Comissió Provincial i fins i tot a nivell jurisdiccional. En aquesta situació el que passa és que el procediment que es vol entaular, no es presenta si no hi ha designa provisional d'advocat i procurador d'ofici, ja que el

El contingut material no supleix totes les mancances existents en la defensa d'un justiciable d'ofici. Aquestes mancances es constaten novament davant la pericial. L'article 6.6 de la llei estableix l'assistència pericial gratuïta a càrrec dels personals tècnics adscrits al jutjat. Aquesta precisió abans de l'entrada en vigor de la LEC 1/2000 no tenia cap efecte pràctic. En molts jutjats aquest personal tècnic era inexistent. Les llistes de perits privats en molts jutjats no hi eren o eren caòtiques per poder procedir a la insaculació i molts d'ells quan sabien que el litigant anava d'ofici renunciaven a fer el peritatge. A part aquest article es conjugava malament amb l'article 612 de la LEC de 1881, que establia que davant la manca d'acord es triaria el perit per insaculació, si la part d'ofici proposava alguns dels pocs perits adscrits al jutjat i l'altra part no l'acceptava s'havia de recórrer a insaculació, llavors el normal era que ni el jutge ni ningú tingués en compte el cost d'aquesta prova pericial. Amb la nova regulació de les pericials continguda a la LEC 1/2000, les coses no han millorat gaire. Ara el que és cert és que en compliment de l'esmentada LEC el que si ha començat a funcionar són les llistes judicials de perits. A més, com que amb la nova llei es pretén que els peritatges s'aportin a l'inici del procediment, quan una part litiga d'ofici ho ha de sol·licitar amb la demanda. El problema però dels perits adscrits al jutjat continua sent el mateix. No n'hi ha, i per tant cal recórrer sempre a les llistes privades que ara si existeixen perquè els respectius col·legis professionals les remetent d'acord amb la LEC 1/2000. Un cop es designa un perit cal esperar que aquest accepti, perquè no són pocs que en saber que el litigant va d'ofici no ho volen acceptar o si accepten després demanen al justiciable si pot pagar alguna cosa a part.

Aquesta situació respecte dels peritatges demostra que l'àmbit material de la llei de 1/1996 tampoc resol totes les qüestions a la pràctica per garantir l'accés als tribunals i una defensa adequada i tampoc la igualtat entre parts quan una litiga d'ofici i l'altra no.

Quan en un procés intervé un element d'estrangeria, les parts es poden trobar davant de despeses específiques com ara traduccions de documents i legalitzacions sobre les que no està contemplada cap reducció d'honoraris i que fa sovint que el litigant d'ofici no pugui aportar a la causa documents de vital importància. El contingut material del dret, d'assistència jurídica gratuïta de la llei 1/1996 no contempla res al

---

justiciable sol no ho pot fer. No hi haurà designa provisional d'aquests professionals si se li diu d'entrada al sol·licitant que no té dret a l'assistència jurídica gratuïta i per tant ja no hi ha possibilitat d'un auto motivat del jutge. Aquests mecanisme només seria possible en el cas del mandat, perquè llavors el procediment està instat i per a garantir la seva defensa el jutjat o tribunal ho pot acordar.

respecte i aquesta situació es pot donar tant en litigants estrangers com en litigants espanyols. Més difícil resulta encara quan el que es tracta és de provar el dret estranger (que és el que tradicionalment s'ha demanat) sinó hi ha recursos econòmics suficients per tal de poder aportar un dictamen d'un jurista estranger, que ha estat el criteri tradicional decimonònic en la jurisprudència espanyola, o a vegades tan sols per poder facilitar al jutjat la traducció del text legal pertinent (que és el que cada vegada es tendeix a fer més). La traducció del text legal estranger compost d'uns 30 articles pot suposar uns 300 euros pel cap baix. L'aportació d'aquests documents és molt important en el procés perquè la manca d'aquesta prova ha estat durant temps criteri utilitzat per la Audiència de Barcelona per desestimar les demandes, malgrat altres postures jurisprudencials del Tribunal Suprem i darrerament del Tribunal Constitucional.

Per tant tenint en compte tot l'exposat, un litigant estranger majoritàriament (també s'hi pot trobar un lligant espanyol en un procés amb elements d'estrangeria) que vagi d'ofici es podrà veure en una situació d'inferioritat respecte d'un altre litigant espanyol o estranger que pledegi amb recursos econòmics a l'hora de poder provar certs fets o portar documents legalment traduïts, fet que també afecta a la igualtat entre les parts i al dret a la tutela judicial efectiva. Aquesta dificultat també la pateixen aquells litigants que superen per poc el límit establert per a la concessió del dret a l'assistència jurídica gratuïta i que en conseqüència poden pagar a l'advocat i altres professionals amb moltes dificultats. Aquestes situacions en una societat on els litigis amb elements d'estrangeria ja no són exclusivament de les classes benestants fan necessari un altre plantejament sobre la prova del dret estranger en general, com es planteja més endavant en el present estudi.

D'una interpretació extensiva del contingut material d'aquest dret en concret, contemplat a l'article 6.8, en fer referència a escriptures públiques i testimonis notariais no contemplats en el número anterior, es podria entendre que es contempla també una reducció del 80% respecte de totes aquelles despeses que pugui ocasionar el reconeixement o utilització a Espanya d'un document notarial o judicial estranger (traduccions, legalitzacions etc), però a la pràctica no crec que funcioni. Per altra banda, la qüestió de les traduccions no està contemplada enlloc i pot representar un cost considerable. L'única possibilitat davant la manca de disponibilitat total de traductors per traduir un text legal, potser seria considerar-los com una pericial i llavors aplicar tot el sistema previst a la LEC per dur a terme les pericials amb tots els defectes i dificultats que també planteja aquest sistema quan es litiga d'ofici.

En la pràctica dels tribunals dels darrers anys amb un gran increment de pledejats estrangers s'ha generalitzat l'ús dels intèrprets en les vistes orals. És el jutjat qui els facilita, de moment sense cost repercutible en el litigant. Però aquests intèrprets normalment en qüestions civils només s'avisen si la part ho demana i rarament en un plet civil el jutjat avisarà per ell sol l'intèrpret, com sí que es fa bastant sovint en les declaracions penals. Sempre ha de ser l'interessat que ho ha d'al·legar. Això a la pràctica dóna lloc a disfuncions. En primer lloc, si la part no ho al·lega i el jutjat no ho aprecia (malgrat, a vegades, l'evident manca d'enteniment) es crea indefensió del litigant. D'altres, en canvi, l'intèrpret és una excusa per dilatar o suspendre el procediment. Per últim a vegades els intèrprets no parlen exactament el mateix dialecte del litigant i això dificulta o distorsiona les declaracions. Malgrat tot, si la persona ho manifesta, ni que sigui en el mateix moment d'anar a declarar, normalment per evitar indefensió se suspendrà l'acte i es tornarà a citar amb la presència d'intèrpret.

Si per qüestions d'intèrpret a nivell de declaracions i vistes orals amb aquestes dificultats el sistema va funcionant, en l'àmbit de les traduccions de documents no hi ha res fixat ni establert, ni cap mecanisme. Les traduccions les han d'aportar les parts, encara que siguin traduccions privades i això té un cost econòmic important. Aquesta és una dificultat general per a tots els litigants perquè encara que molts pledegin sense dret a assistència jurídica gratuïta els seus ingressos no són excessivament elevats, ja que els problemes d'estrangeria i Dret Internacional Privat ja no queden reduït a les classes benestants. Ara bé, aquest problema s'agreuja quan es té el dret d'assistència jurídica gratuïta. La majoria de vegades els documents oficials: certificats de matrimoni, naixement, etc... se'ls fan traduir als consolats corresponent a vegades legalitzats i d'altres no. Quan es tracta d'altres documents en alguns pobles es pot recórrer als Ajuntaments on existeix un servei de mediació intercultural on a vegades els mediadors fan d'intèrprets o traductors. Aquest sistema tampoc és una gran garantia, perquè textos llargs o molt complicats no s'arriben a traduir.

En l'àmbit del partit judicial de Mataró, on he centrat l'anàlisi concret d'aquest afer es funciona en termes generals com s'ha exposat. L'Ajuntament de Mataró sí que té un servei de mediació intercultural que en mes d'una ocasió ha fet tasques de traducció, normalment a petició del serveis socials que puguin haver tractat a la persona concreta. Molt pocs advocats que porten temes matrimonials des del torn d'ofici coneixen a vegades la possibilitat de recórrer a aquest servei que és gratuït. En altres ajuntament del mateix partit judicial sovint existeixen serveis semblants o els deriven a centres indicats.

### **3.- Repercussions de les normes supranacionals i dels convenis internacionals d'accés a la justícia en el cas dels magribins residents a Espanya en l'àmbit d'un procediment de família.**

**A. Menció a la Directiva comunitària 2003/8 CE del Consell de 27 de gener i la seva transposició a la normativa interna espanyola amb la llei 16/2005 de 18 de juliol.**

Menció especial mereix aquesta disposició de dret comunitari derivat que obligarà als diferents estats membres a adaptar la seva legislació al seu contingut, tret de Dinamarca. Norma comunitària que va entrar en vigor el 31 de gener del 2003 i que també afectarà als estrangers no comunitaris però residents en un estat membre pels litigis intrafronterers i, per tant, des d'aquesta perspectiva també afectarà als magribins residents en qualsevol país dels que els hi és aplicable aquesta directiva: entre ells Espanya.

#### a.1 Elements de la Directiva comunitària 2003/8

##### **a) Àmbit d'aplicació personal del dret a la justícia gratuïta.**

El primer punt a destacar és que aquesta norma comunitària imposa la necessitat de concedir el dret de benefici de justícia gratuïta sense discriminació a tots els ciutadans de la Unió i als nacionals de tercers països que resideixin legalment en un dels estats membres, en els àmbits civil i mercantil.

Per tant d'acord amb aquesta normativa en el cas espanyol queda ampliat el dret a aquells ciutadans estrangers no comunitaris que no siguin residents a Espanya però que si ho siguin legalment en un dels estats membres pel que fa a la jurisdicció civil i en l'àmbit dels judicis transfronterers.

Aquesta disposició no abraça a altres jurisdiccions i tampoc als residents il·legals a altres països comunitaris que hauran de continuar regint-se pel que puguin establir els convenis internacionals i en el seu defecte per els apartats d) i e) de l'article 2 de la llei 1/1996 només per la jurisdicció penal o social.

### **b) Contingut material de dret de la justícia gratuïta.**

En aquest aspecte la directiva recull un contingut mínim d'aquest dret per a tots aquells als que se li aplica:

- A) assessorament previ a la demanda.
- B) La assistència jurídica i la representació als tribunals. És a dir: l'advocat i el procurador en el cas espanyol amb una possibilitat similar a l'article 6.3 de la llei 1/1996 per garantir la igualtat de les parts.
- C) L'exempció de costes processals, inclosos els serveis d'interpretació, traducció de documents presentats a instàncies del tribunal i, fins i tot, despeses de desplaçament quan es requereixi la compareixença personal.
- D) Procediments extrajudicials quan la llei els imposi a les parts o quan el jutge els remeti dintre del litigi, quedant coberts, per tant, procediments de conciliació o mediació.

### **c) Procediment.**

Es pot sol·licitar tant en l'estat on ha de tenir lloc el procediment, com a l'estat de residència i, en aquest cas, es remetrà a l'autoritat competent del estat on es trobi el tribunal que és qui resoldrà.<sup>234</sup>

Les disposicions d'aquesta directiva afectaran, per tant, bàsicament als litigis transfronterers dintre de la Unió que són als que va dirigida, però no a tots els litigis interns. És a dir, no a aquells que es produeixen a Espanya amb estrangers residents aquí. A aquests se'ls hi aplicarà el contingut de la llei 1/1996. La precisió és important sobretot pel que fa a la gran ampliació del contingut material del dret a l'empara de la directiva comunitària respecte del contingut material del dret recollit a la llei 1/1996 de 10 de gener.

---

<sup>234</sup> Amb posterioritat a aquesta Directiva s'han dictat la Decisió 2004/844/CE de la Comissió de 9-11-2004 per la que s'estableix un formulari per a la sol·licitud de justícia gratuïta i la Decisió 2005/630/CE (DOUE L255 de 31-08-2005). de la Comissió, de 26 d'agost de 2005, per la que s'estableix un formulari

## a.2 Les modificacions que introdueix la llei 16/2005 de 18 de juliol.

Les directives comunitàries demanen una transposició a la llei interna i això és el que s'ha fet amb la llei 16/2005 de 18 de juliol que modifica la llei 1/1996.

Aquesta llei ha modificat l'àmbit personal d'aplicació del dret d'assistència jurídica gratuïta i així s'ha modificat l'article 2 c). La modificació de la redacció d'aquest article és deguda però a la STC 95/2003 de 22-05-2003 i no a la directiva. En el redactat de l'article 2 c), i tal i com ho indica la pròpia exposició de motius de la mateixa llei, s'ha suprimit el terme residents legals. De fet, i malgrat el contingut exacte de la STC 95/2003, també s'ha suprimit el terme residents i ara es diu literalment *“en els termes i amb l'abast previstos a aquesta llei i en els tractats i convenis internacionals sobre la matèria en els que Espanya sigui part, tindran dret a l'assistència jurídica gratuïta:*

*a) Els ciutadans espanyols, els nacionals dels altres Estats membres de la Unió Europea i els estrangers que es trobin a Espanya, quan acreditin insuficiència de recursos per litigar.”*

Amb aquesta redacció es podria entendre que també tenen aquest dret tots aquells estrangers que en un moment determinat es troben a Espanya malgrat que no hi resideixin de forma estable. No sembla que aquesta siguin realment la voluntat del legislador. La pròpia exposició de motius de la llei diu que en contraposició a la legislació anterior la nova regulació, aplicant la directiva, dóna al dret d'assistència jurídica gratuïta als estrangers nacionals de tercers estats, residents legalment a la Unió Europea. Si aquesta és la intenció només respecte dels residents legals a la Unió Europea i dintre dels litigis transfronterers, no crec que amb l'expressió *“que es trobin a Espanya”* pretengui la llei ampliar encara més el dret a l'assistència jurídica gratuïta.

Per altra banda, la incidència de la directiva no és global. La nova llei es limita a recollir el contingut d'aquest dret a l'assistència jurídica gratuïta de manera paral·lela només pels anomenats litigis transfronterers de la Unió Europea, que la mateixa llei defineix al seu article 47.1. La resta de supòsits es continuen regint pel text de la llei 1/1996 que es millora en alguns aspectes.

---

per a la transmissió de les sol·licituds de justícia gratuïta, totes dues en aplicació de l'esmentada Directiva 2003/8 CE



La nova normativa s'aplica, doncs, només als litigis en matèria civil i mercantil (entre els que s'inclouen els litigis derivats d'un contracte de treball) i només en aquells casos que es defineixen tècnicament com a litigis transfronterers, i que es produeixen quan la part que sol·licita l'assistència jurídica gratuïta resideix habitualment o està domiciliada en un estat membre de la Unió Europea diferent d'aquell altre on es troba el tribunal competent pel coneixement de l'afer

De la pròpia exposició de motius de la llei i de l'estructura de la mateixa queda clar que el contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta recollit a l'article 50 de la llei només és aplicable als litigis transfronterers i que no és d'abast general respecte dels litigis interns en els que intervinguin estrangers residents.

Per tant en l'àmbit dels litigis transfronterers en matèria civil i mercantil s'inclouen dintre del dret a l'assistència jurídica gratuïta els serveis d'interpretació i la traducció de documents, però aquesta previsió no és extrapolable als altres casos. S'ha desaprofitat, doncs, la possibilitat d'ampliar el contingut material del dret pels afers interns. Cal destacar que als litigis transfronterers se'ls hi aplica a més el contingut de l'article 6 de la llei amb limitacions. Situació que és, fins i tot, lògica si és té en compte que així es respecten els mínims de la directiva i, fins i tot, es pot considerar que s'amplien. Resulta en canvi curiós que els beneficis de la directiva no s'amplien als litigis interns quan intervenen elements d'estrangeria.

Per tant en la majoria dels afers de família entre magribins on tots els membres de la família resideixen a Espanya continuaran tenint els mateixos problemes de traducció de documents, als que no podran accedir o hauran de pagar a part. En canvi, si ens trobéssim davant d'un litigi entre magribins amb un cònjuge resident a Espanya<sup>235</sup> i l'altre a un altre estat membre, sí que tindrien accés gratuïtament a les traduccions.

### **B. Règim convencional de l'assistència jurídica gratuïta.**

Hi ha diferents convenis internacionals multilaterals, dels quals Espanya és part, que regulen en termes generals el tema de l'assistència jurídica gratuïta per tal de dotar d'aquest dret als nacionals d'un estat quan han de pledejar en un altre estat del qual no són nacionals. Hi ha diferents convenis i les solucions contingudes en aquests varien sensiblement. En termes generals, però, els diferents convenis atorguen aquest dret respecte a estrangers en un altre país diferent del seu i a on potser, sinó fos per aplicació

---

<sup>235</sup> Veure per exemple el casos de Ra. i d'Ab (explicat a l'annex 2 ref. 14-6/2001) i el de Sa. i M. explicat a l'annex 2 ref. 7-1/2000.

del conveni no el tindríem reconegut. Evidentment, quan parlem de convenis internacionals cal tenir present que molts remetent a les lleis nacionals amb expressions com "conforme a la legislació de l'estat on se sol·liciti la defensa gratuïta". Un exemple clar, però no l'únic, és l'article 24 del Conveni de la Haia relatiu al procediment civil d'1 de març de 1954. Per altra banda, sovint la nostra normativa interna que els contempla ho fa amb expressions com "sense perjudici dels convenis internacionals en la matèria" o "*amb l'abast i en el termes que fixin els convenis internacionals sobre la matèria dels que Espanya sigui part*".<sup>236</sup> Cal plantejar-se, doncs, com es compaginen aquests convenis amb la legislació interna sobre la matèria. En aquesta qüestió sembla que les idees no estan del tot clares. Molts autors que han analitzat la llei d'assistència jurídica gratuïta 1/1996, ho han fet tan sols des d'una perspectiva interna, centrant-se en aspectes més procedimentals de la mateixa i es limiten a deixar constància del tema en un apunt que diu alguna cosa semblant a "la llei també fa referència als convenis internacionals de la matèria". Aquesta postura, fins i tot, s'ha pres per part de qui ha analitzat el tema de l'article 2.c) de la llei i el dret dels estrangers a la justícia gratuïta, sense fer cap referència als convenis.<sup>237</sup> Altres autors, potser més seriosos, han volgut tractar el tema més àmpliament però des del meu punt de vista de manera incorrecta. Així, per exemple, Gómez Colomer afirma que els estrangers també poden tenir dret a l'assistència jurídica gratuïta quan tinguin reconegut aquest dret en matèria civil o laboral en el seu país i existeixi un conveni bilateral entre els dos països que ho permeti o hagi firmat el Acord europeu relatiu a la transmissió de sol·licituds d'Assistència Jurídica Gratuïta de 27 de gener de 1997 o el Conveni de la Haia d'accés internacional a la justícia de 25 d'octubre de 1980.<sup>238</sup> Això és així a mitges. La llei 1/1996 no limita tan sols la referència als convenis internacionals als àmbits civil o laboral i, per tant, qualsevol conveni en qualsevol matèria podria regular aquest dret en l'àmbit penal, per exemple, i més tenint en compte el caràcter general que també s'atribueix a l'article 2 a), no limitat tan sols als temes civils. Qüestió diferent és que la majoria de convenis internacionals existents siguin en l'àmbit civil i mercantil. Però, per una altra banda, només cal llegir algun d'aquests convenis per veure que no es limita a reconèixer el dret

---

<sup>236</sup> Aquesta última expressió és la que recull la Llei 1/1996 de 10 de gener i que conserva la llei 16/2005.

<sup>237</sup> Així es pot veure en l'article MARTÍN GARCÍA, Juan Jesús: *La asistencia jurídica gratuita*. LOCUS APPELLATIONIS. Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de León, núm. 25, 1997, p. 43-49 i en les ponències dels congressos ja citats I Congrés d'Advocats Joves de Catalunya, juny 1997 i I Jornadas de Estudio sobre la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, febrer 1998.

<sup>238</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita*. LA LEY, núm. 4020, 1996, p.4

a l'assistència jurídica gratuïta a aquells que la tinguin reconeguda ja en el seu país. Així, el Conveni de la Haia de 1980 estableix que aquest dret el tindran tots aquells nacionals o residents habituals d'un estat contractant en un altre estat contractant en els mateixos termes que els nacionals i residents en aquest darrer, per tant, no implica que hagi de tenir aquest dret reconegut en el seu estat d'origen, donant cabuda des del meu punt de vista a ampliar el reconeixement del dret a certs estrangers que per aplicació de la llei podrien no gaudir-lo. És cert que existeixen convenis que permeten reconèixer aquest dret a l'assistència jurídica gratuïta, en un estat contractant a persones que el tenen reconegut en el seu estat d'origen, fins i tot de manera automàtica, però no són tots, i normalment són els convenis dedicats al reconeixement i execució de resolucions judicials. Per tant, no considero encertada la conclusió a què arriba GÓMEZ COLOMER. La postura de què és possible tenir aquest dret a l'empara d'algun dels convenis, encara que la llei interna no li doni, ve reafirmada per l'opinió de diversos autors.<sup>239</sup> Al mateix aquesta postura es confirma amb la interpretació de les expressions com "*según la legislación interna*", que apareixen en aquests convenis, en el sentit que van referides a les condicions de tramitació del dret, però no a l'atorgament del propi dret.<sup>240</sup> Si no fos així, entenc que els convenis quedarien en un no res. Si per la via convencional es reconeix un dret a certes persones i llavors, perquè realment aquest dret sigui reconegut, es necessita que la legislació estatal el reconegui formalment, no cal que hi hagi l'esforç en l'elaboració de convenis, ja que amb la pròpia legislació interna n'hi hauria prou, i tot el que aquesta no reconegui, no es podria reconèixer a nivell convencional. Si fos així, els convenis internacionals tan sols serien una confirmació de la legislació estatal. Per tant, s'ha d'admetre la possibilitat que per via convencional s'ampliï el dret als estrangers que prevegi el conveni en qüestió, fins i tot més enllà del que preveu la llei 1/1996 de 10 de gener modificada. Així ho feia fins i tot el propi advocat de l'estat en les seves al·legacions en el recurs d'inconstitucionalitat contra la llei 1/1996.<sup>241</sup>

El cert és que després de la Sentència del Tribunal Constitucional 93/2005 aquesta discussió ha perdut efectivitat pràctica generalitzada, en ampliar amb caràcter general l'àmbit personal de la llei 1/1996 a tots els estrangers que resideixin a Espanya, des d'un punt de vista purament fàctic i sense necessitat de tenir residència legal. Abans

---

<sup>239</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos i SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. Ed. Civitas, Madrid, 1997. Pàg. 622.

<sup>240</sup> LARA AGUADO, Ángeles: *El derecho de los extranjeros (...)* ob. cit. pàg. 125.

de la sentència els convenis eren importants per donar aquest dret a aquelles persones que per aplicació estricta de la llei no el tindrien. Ara, donat que la llei s'entén que encara limita el dret només als residents, el recurs als convenis manté tota la seva actualitat respecte dels estrangers no comunitaris que no resideixin a Espanya ni en cap altre estat membre. En els casos de litigis familiars i tot i que la majoria de supòsits es plantejaran quan els dos litigants es trobin a Espanya, també hi ha casos en què un dels cònjuges ja no hi viu i s'ha traslladat a un altre país o no ha arribat mai a viure a Espanya i, en canvi, es manté la competència dels tribunals espanyols. És possible llavors que aquest no resident vulgui gaudir del dret a la justícia gratuïta si ha de pledejar a Espanya i per tenir-lo hagi de recorre a un dels convenis existents.

L'experiència de concessions del dret d'assistència jurídica gratuïta a l'empara d'un conveni és minsa des del funcionament de la llei.<sup>242</sup> La Comissió d'assistència jurídica Gratuïta de Barcelona, només havia registrat fins al mes d'abril del 2003 vuit casos. Tenint en compte que aquestes estadístiques són anteriors a la sentència del tribunal constitucional, d'entrada ja es demostra que el recurs als convenis per poder tenir reconeguts el dret que la llei 1/1996 limitava als estrangers legals era molt poc utilitzat. Si seguim l'anàlisi d'aquestes dades a més observem que dels vuit casos cap es referia a magribins i afectaven majoritàriament a comunitaris anglesos i francesos<sup>243</sup> (tret de dos polonesos), no residents amb algun incident a Espanya durant les seves vacances. D'aquests casos, només un era un conflicte matrimonial entre un espanyol i una francesa.

Aquesta poca experiència però apunta que el recurs als convenis, amb totes les seves dificultats es continuarà fent només per als no residents.<sup>244</sup>

En els casos comentats els convenis de referència han estat els convenis multilaterals, però el recurs als convenis bilaterals també es pot produir, encara que menys, perquè si poc es coneixen els convenis multilaterals, menys encara els bilaterals, que en són mes i que poden venir a donar aquest dret als nacionals dels diferents països

---

<sup>241</sup> Veure STC 95/2003 de 22-05-2005 STC 95/2003 (AZ RTC 2003/95) comentada a les pàgines 157-158

<sup>242</sup> Dades obtigudes gràcies a la col·laboració de Daniel Castaño de la Comissió d'Assistència Jurídica Gratuïta de Barcelona, referides a dades comptabilitzades fins l'any 2003.

<sup>243</sup> Dades referides evidentment als comunitaris abans de la darrera ampliació de la UE i abans de la incidència de la directiva comunitària 2002/8 CE de 27 de gener de 2003

<sup>244</sup> Veure de DIOS, J.M *La asistencia jurídica gratuita en Derecho Internacional Privado Español. Colección Estudios Internacionales*. EUROLEX SL 1999. Aquest autor diferencia clarament els procediments per a la concessió del dret respecte dels residents i dels no residents, determinant-se en aquests últims per via convencional.

amb els que s'han signat<sup>245</sup> En el cas concret dels magribins cal tenir present l'existència de convenis amb Marroc o Tunísia, que poden ser d'aplicació en algun cas .

---

<sup>245</sup> Els convenis bilaterals signats per Espanya són nombrosos. A continuació es detallen alguns d'ells pel que fa referència a la qüestió del dret d'assistència jurídica gratuïta de manera explícita o implícita:

En primer lloc tenim convenis signats amb països membres de la UE, que s'hauran de posar en relació amb els diferents reglaments comunitaris per a reconeixement i execució de resolucions que general els desplaçaran dintre del seu àmbit d'acció.

***Conveni amb la República Federal d'Alemanya, fet a Bonn el 14 de novembre de 1983, sobre reconeixement i execució de resolucions i transaccions judicials i documents públics amb força executiva en matèria civil i mercantil. Instrument de ratificació 18 de gener de 1988 o acta de canvi de 19 de gener de 1988 (BOE núm. 40 de 16 de febrer; rect BOE núm 230 de 24 de setembre 1992).***

Aquest conveni delimita la seva matèria a l'àmbit civil i mercantil però en el seu article 3 fixa algunes excepcions. Pel que fa al benefici de justícia gratuïta es pot dir que tractant-se d'un conveni sobre execució i reconeixement de resolucions judicials recull un sistema de reconeixement automàtic quan aquest dret s'hagi gaudit en l'estat d'origen de la decisió. L'article 14 especifica que si la part que sol·licités l'execució hagués gaudit del benefici de justícia gratuïta en l'Estat d'origen, gaudirà igualment del mateix , d'acord amb la normativa de l'estat requerit, tant en el procediment d'execució de la resolució com en el de la pròpia execució forçosa. L'atorgament sembla, doncs, automàtic perquè no demana un nou procediment per a aconseguir aquest dret, però se'ns torna plantejar quin paper té la normativa de l'estat requerit. Entenc com ja he dir abans que això implica que el contingut d'aquest dret el delimita la normativa de l'estat requerit, però que passa quan aquest dret és inferior en l'estat requerit que al dret reconegut a l'estat d'origen o quan aquest dret no existeix en l'estat requerit. Les solucions apuntades pel Conveni de Brussel·les de 1968 crec que són extrapolables. Aquest conveni va ser substituït pel Conveni de Brussel·les de 1968, però continuava essent aplicable per les matèries no incloses en el conveni de Brussel·les. Ara caldrà a més tenir present els nous reglaments comunitaris.

***Conveni amb Àustria fet a Viena el 17 de febrer de 1984, sobre reconeixement i execució de resolucions i transaccions judicials i documents públics amb força executiva en matèria civil i mercantil. Instrument de ratificació 11 de juliol de 1985 (BOE núm. 209 de 29 d'agost)***

Molt semblant al conveni amb la República Federal d'Alemanya tant en l'àmbit material d'aplicació com en la seva estructura, encara que amb algunes diferències . L'article 15 és el que recull la referència a la Justícia gratuïta i aquí difereix de la solució continguda en l'àmbit d'altres convenis, ja que no sembla recollir una extensió automàtica, no diu el conveni que "gaudirà del dret qui el tingui a l'estat d'origen", sinó que afirma que el sol·licitant de l'execució gaudirà del benefici de justícia gratuïta en els mateixos casos que els nacionals d'aquest estat que tinguin el seu domicili en aquest estat. Entenc, doncs, que en aquest cas si que fa una referència clara a la normativa interna, ja que només si els nacionals que tingui el seu domicili en l'estat requerit tenen aquest dret en l'àmbit de l'execució i reconeixement, segons el seu dret intern, gaudirà d'aquest dret el sol·licitant provinent d'un altre estat. Aquest article no dona lloc a la polèmica de què passa si a l'estat requerit no hi ha dret a l'assistència jurídica gratuïta, si aquest dret no hi és, el sol·licitant de l'execució no el tindrà encara que en el seu país d'origen el tingui i si existeix en l'estat requerit en unes condicions menys beneficioses, el sol·licitant d'aquest execució tindrà el dret amb aquestes mateixes condicions.

***Conveni amb França fet a París el 28 de maig de 1969, sobre reconeixement de decisions judicial i arbitrals i actes autèntiques en matèria civil o mercantil. Instrument de ratificació de 15 de gener de 1970 (BOE núm. 63 de 14 de març)***

L'àmbit material d'aquest conveni es circumscriu a l'àmbit civil i mercantil amb exclusió de matèries com la fallida, la seguretat social o els danys nuclears. Aquest conveni l'igual que el celebrat amb Àustria i la República federal d'Alemanya recull alguns conceptes que precisa . La referència a la assistència judicial gratuïta està a l'article 16 que recull una extensió automàtic del dret sense més en els casos de reconeixement i execució.

---

D'altres convenis que són els que tindran més influència pràctica, són els signats amb estats no membres de la UE:

***Conveni amb Brasil fet a Madrid el 13 d'abril de 1989 sobre cooperació jurídica en matèria civil. Instrument de ratificació 29 de novembre 1990. (BOE núm, 164 de 10 de juliol 1991; rect BOE núm 193 de 13 d'agost).***

Es tracta d'un conveni de cooperació jurídica, no d'execució de resolucions com els altres que hem vist, encara que aquesta qüestió també es tracti en el mateix (capítol III). L'àmbit material d'aquest conveni queda limitat a les qüestions civils, mercantils, laborals ni contenciós-administrativa (art. 1).

L'article 36 és el que recull la referència a la justícia gratuïta. Per aquest conveni els nacionals d'un estat contractant gaudiran del benefici de justícia gratuïta igual que els nacionals d'un altre estat contractant, amb independència de quin sigui el lloc de la seva residència habitual. Tractant-se d'un conveni bilateral els estats contractants són tants sols dos i per tant aquest article entenc que s'ha d'interpretar en el sentit que els nacionals d'un estat contractant gaudiran en l'altra estat contractant del benefici de justícia gratuïta en els mateixos termes que els propis nacionals.

Continua aquest article 36 establint la possibilitat de que les sol·licituds es transmetin per via d'autoritats centrals, però com que és una possibilitat no impedeix el meu entendre la sol·licitud directe en el cas espanyol a la Comissió Provincial d'Assistència Jurídica corresponent quan el sol·licitant sigui un brasiler resident a Espanya, legal o il·legalment, ja que per aplicació d'aquest conveni ha de gaudir del dret en els mateixos termes que un nacionals espanyol, sense entrar a qüestionar la legalitat de la seva residència.

El punt tercer d'aquest article permet el reconeixement automàtic d'aquest dret obtingut a l'estat d'origen a l'estat requerit per a les notificacions relatives al litigis, execució de comissions rogatòries i procediments d'execució de l'execució de l'execució, sens reemborsos entre els estats.

***Conveni amb Uruguai fet a Montevideo el 4 de novembre de 1987 sobre conflictes de lleis en matèria de aliments para menors i reconeixement i execució de decisions o transaccions judicial relatives a aliments.***

Aquest conveni es mou, doncs, bàsicament en l'àmbit dels aliments, en concret en el cas d'aliments entre parents recollint en un mateix conveni qüestions de llei aplicable, competència judicial i reconeixement de decisions, ja que l'import aquí és la matèria.

L'àmbit d'aplicació sembla que va referit als casos de petició d'aliments d'un menor resident en un dels estats part, contra l'obligat a prestar-los que resideixi en l'altre estat o hi tingui bens o ingressos.

L'article 12 és el que recull la referència al benefici de justícia gratuïta per admetre un reconeixement automàtic en el procediment de reconeixement i execució quan el menor hagués gaudit d'aquest benefici en l'estat on hagués exercit l'acció de reclamació del aliments.

***Conveni amb Bulgària fet a Sofia el 23 de maig de 1993 sobre assistència judicial en matèria civil***

D'acord amb l'article 1 del Conveni l'àmbit material comprèn el dret civil, el dret de família i el dret mercantil.

Aquest és un conveni d'assistència judicial per tan la regulació sobre l'assistència judicial gratuïta és més extensa, no limitant-se tan sols a un article. D'entrada cal destacar que qualsevol assistència judicial es farà a través de les autoritats centrals en l'idioma de la part demanada i gratuïtament.

L'assistència judicial gratuïta la gaudiran els nacional dels dos estats contractants en el territori de l'altre en els mateixos termes que els propis nacionals i d'acord amb la legislació interna sobre la matèria del territori on s'hagin sol·licitat l'assistència judicial gratuïta. Aquesta és potser la regulació més clara de totes les que hem analitzat fins ara i deixa molt poques dubtes al meu entendre. En l'àmbit espanyol, un nacional búlgar ha de gaudir a Espanya del mateix dret a l'assistència judicial gratuïta que gaudiria un Espanyol, amb independència de si està resident aquí legalment o no, i el contingut d'aquest dret a l'assistència judicial gratuïta serà el que marqui la llei 1/1996 pels propis nacionals espanyols. Si s'entengués que cal igualment la residència legal pera atorgar-li aquest dret al búlgar entenc que s'estaria vulnerant el propi conveni ja que aquest requisit no existeix pels nacionals, als que és evident que no és extrapolable. Per altra banda sinó s'entén així, les disposicions d'aquest conveni en matèria d'assistència jurídica gratuïta deixarien de tenir importància pràctica.

---

L'article 5 recull el reconeixement automàtic del dret obtingut en un dels dos estats contractants per a un procediment que hagi donat lloc a una resolució quan es pretengui reconèixer o executar aquesta decisió a l'altra estat contractant.

La sol·licitud es farà a través de les autoritats centrals esmentades o directament a l'autoritat competent. Per tant entenc que no hi ha cap inconvenient en què es pugui presentar la sol·licitud directament a la Comissió d'assistència Jurídica que pertoqui i fins i tot d'acord amb la nostra llei iniciar la sol·licitud en el Col·legi d'Advocats pertinent. Aquesta sol·licitud hauria d'anar acompanyada d'un document oficial que certifiqui els recursos del demandant. Estranyament no especifica com ha de ser aquest document, cosa que deixa una gran inseguretat.

Per altra banda aquest conveni especifica la supressió de la legalització de documents públics formalitzats en un estat part i que hagi de ser presentat en l'altra estat part.

***Conveni amb Mèxic fet a Madrid el 17 d'abril de 1989, sobre execució de sentències judicial i laudes arbitrals en matèria civil i mercantil.***

En el seu article 15 aquest conveni recull també en l'àmbit d'execució un reconeixement directe del benefici de justícia gratuïta que s'hagi reconegut a l'estat d'origen, ja que aquest article estableix sense més "que serà mantingut a l'estat requerit".

És clar que el que tingui aquest dret en l'estat d'origen serà mantingut en l'estat requerit encara que en aquest darrer estat aquest dret no existís o fos menys beneficiós. Ara bé aquesta extensió automàtica s'ha d'entendre produïda tan sols en l'àmbit de l'execució de sentència i laudes arbitrals i això per la seva ubicació sistemàtica dintre del conveni i per el propi text de l'article, i a més perquè aquest tipus de reconeixement o extensió directa del dret s'acostuma a fer en l'àmbit de l'execució a reconeixement.

Es tracta d'una extensió directa perquè no s'estableix cap procediment necessari per aprovar-lo de nou, encara que no ho digui expressament.

***Conveni amb la Unió de Repúbliques Socialistes Soviètiques fet a Madrid el 26 d'octubre de 1990 sobre assistència judicial en matèria civil.***

Aquest conveni no va ser ratificat fins el 22 de novembre de 1996 i no va entrar en vigor fins el 22 de juliol de 1997. Ara només ens vincula clarament respecte de la Federació Russa.

L'article 3 d'aquest conveni recull que els nacionals d'una part contractant rebran l'assistència jurídica gratuïta a l'altra part contractant en les mateixes condicions que els seus nacionals. Per tant els nacionals de l'altra part contractant no, poden ser discriminats a Espanya per raó de la seva residència habitual legal o no i per tant gaudiran a Espanya del mateix dret que els espanyols respecte de l'assistència jurídica gratuïta i amb el mateix contingut.

El conveni recull detalladament com s'ha de tramitar l'assistència judicial. El problema és si dintre d'aquest concepte s'inclou també l'assistència jurídica gratuïta, ja que del text literal del conveni s'entén que l'assistència judicial en afers civils va referida a "el lliurament i notificació de documents, a facilitar informació sobre el dret vigent i la pràctica judicial, així com el compliment de les comissions rogatòries previstes per la legislació de la part contractant requerida, en particular l'interrogatori de les parts en el procés, de testimonis i perits, el reconeixement judicial i el lliurament de proves materials." Per tant, sembla que aquest terme es refereix bàsicament a la cooperació entre estats en l'àmbit del procediment civil. El cert és que la gran quantitat de termes per a designar el dret a gaudir de la gratuïtat d'un procediment judicial, dificulta les coses. En l'àmbit del conveni de la Haia de 1980 ningú dubte que dintre del terme assistència judicial va inclòs el que nosaltres entenem per justícia gratuïta perquè això es deriva clarament dels treballs preparatoris i del propi text.

La qüestió és saber si aquest concepte pot ser extrapolable a altres convenis. Aquest conveni segons es desprèn de la seva introducció es pot entendre com a complementari de la Haia de 1954. En aquest conveni de la Haia de 1954 queda clar què és l'assistència judicial i que és la defensa gratuïta. A més l'article 5 del Conveni especifica què s'ha d'entendre per assistència jurídica en afers civils i no inclou en concret el dret a la defensa gratuïta. Per tant entenc que en tot en què no reculli aquest conveni bilateral amb la URSS, regirà el de la Haia de 1954. Si és així la precisió de l'article 3 resulta fins i tot supèrflua atès l'article 24 del Conveni de la Haia de 1954, i només es pot entendre amb l'ànim de clarificar i fugir per exemple de la definició de pobresa o indigència d'aquell conveni.

***Conveni Espanya-Romania de 17 de novembre de 1997 sobre competència judicial, reconeixement i execució de decisions en matèria civil i mercantil, fet a Bucarest "ad referendum"***

## b.1 Convenis amb Marroc de 30-05-1997.

---

L'article 2 exclou del seu àmbit d'aplicació les matèries matrimonials i l'article 18 es dedica en exclusiva a l'assistència jurídica gratuïta amb aquests termes exactes, i determina que el sol·licitant d'execució que hagi tingut aquest dret en l'estat contractant d'origen, tindrà un *benefici comparable* davant del tribunal competent per a l'execució.

***Conveni Espanya-El Salvador de 7 de novembre de 2002 sobre competència judicial, reconeixement i execució de decisions en matèria civil i mercantil, fet a Madrid. Instrument de ratificació 28 de juny 2001.***

La redacció és pràcticament igual que la del conveni amb Romania. L'article 1 exclou del seu àmbit d'aplicació les matèries matrimonials i l'article 17 es dedica en exclusiva a l'assistència jurídica gratuïta amb aquests termes exactes, i determina que el sol·licitant d'execució que hagi tingut aquest dret, de manera total o parcial, en l'estat contractant d'origen, tindrà un *benefici comparable* davant del tribunal competent per a l'execució.

Existeixen molts altres convenis sobre assistència judicial que poden contenir disposicions relatives al dret a la justícia gratuïta. Hi ha altres convenis que no recullen de manera concreta aquest dret però que permeten deduir-lo.

### **Conveni amb Txecoslovàquia de 4 de maig de 1987**

El primer d'aquests dos textos és un conveni que pretén complementar el de la Haia de 1954 i per tant encara que no reculli expressament la qüestió de la justícia gratuïta, aquesta queda inclosa en el propi conveni de 1954. Aquest article en el seu article 1.2 estableix que els ciutadans d'una de les parts contractants podran comparèixer davant les autoritats judicials de l'altra part contractant en les mateixes condicions que els ciutadans d'aquesta altra part contractant i per tant si aquest ciutadans hi poden comparèixer gaudint del dret a la justícia gratuïta o a la defensa gratuïta o a l'assistència jurídica gratuïta també ho podran fer els altres ciutadans de l'altra estat contractant en els mateixos termes Ara bé el dret dels ciutadans de Txecoslovàquia a la assistència gratuïta queda garantit pe propi article 20 del conveni e la Haia de 1954 que aquest conveni desenvolupa.

Després del desmembrament de Txecoslovàquia en dos estats, la República Txeca i Espanya han confirmat que el tractat continua vigent entre els dos països, existent a més una referència en l'intercanvi de notes de 21 de març 1994 i de 2 de febrer de 2005, respecte de la República Txeca.

### **Tractat amb la Xina de 2 de maig de 1992.**

Respecte al tractat amb la Xina sense parlar pròpiament de assistència jurídica gratuïta o un altre terme semblant, en el seu article 1 manifesta que els nacionals d'una part contractant en el territori de l'altra part contractant tindran accés als tribunals en les mateixes condicions que als nacionals i per tant si els seus nacionals hi poden accedir gaudint del dret a l'assistència jurídica gratuïta, també hauran d'accedir gaudint del mateix dret els nacionals de l'altra estat contractant.

*Des d'aquesta perspectiva i entenent assistència judicial en un sentit ampli, els nacionals de la Xina han de poder gaudir a Espanya d'acord amb aquest tractant del dret d'assistència jurídica gratuïta igual que els espanyols encara que no hi resideixin legalment*

En el mateix sentit es pot citar el **Conveni Espanya-Tailàndia de 15 de juny 1998, sobre assistència judicial en matèria civil i mercantil, fet a Madrid, Instrument de ratificació de 26 de març de 1999**. En el seu article segon es diu que els nacionals dels dos estats tindran a l'altra estat accés als tribunals en les mateixes condicions que els nacionals.

Redacció similar que es recull a l'article 2 del en el **Conveni Espanya- República Dominicana de 15 de setembre de 2003 sobre assistència judicial en matèria civil i mercantil, fet a Madrid (aplicació provisional)**.

Igualment hi ha molts altres convenis bilaterals complementaris Conveni de la Haia de 1954 i que poden contenir alguna referència a aquesta qüestió. Així com d'altres convenis bilaterals fins i tot en matèries concretes que també hi puguin contenir una referència.



Amb el Marroc Espanya va signar a finals de la dècada dels 90 dos convenis força importants en l'àmbit civil i de la família, que ja he comentat.<sup>246</sup> Per una banda, el conveni de 30-5-1997 de cooperació judicial en matèria civil, mercantil i administrativa, publicat al BOE de 25-6-1997 i en vigor provisionalment, des del 30 de maig de 1997 i definitivament el 1 de juliol de 1999 i per altra banda, el sobre assistència judicial, reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria de dret de custòdia i dret de visita i devolució de menor de 30-5-1997 publicat al BOE de 25-6-1997 i en vigor provisionalment des del 30 de maig de 1997 i definitivament el 1 de juliol de 1999.

El primer d'aquests convenis, estableix contundentment respecte a l'accés a la justícia dels ciutadans dels dos estats signants del mateix. Ja en el seu article 1 diu clarament que *"los nacionales de cada uno de ambos estados disfrutarán en el territorio del otro estado de libre y fácil acceso a los tribunales, tanto judiciales como administrativos, para actuar en la defensa de sus derechos"*. A més, l'article 2 suprimeix el lliurament de l'anomenada Cautio Iudicatum Solvi o qualsevol altre dipòsit que es pugui reclamar als estrangers per litigar en aquells país, ja sigui en matèria civil, mercantil i administrativa i encara que el domicili o residència no es trobi al territori de una de les dues parts. Però més enllà d'aquestes declaracions atorgant drets generals d'accés als tribunals l'article 5 en parlar de l'assistència judicial entenc que entra de ple en el tema de la assistència jurídica gratuïta encara que no utilitzi aquestes paraules. Això és així perquè tot i que el terme assistència judicial pot englobar molts conceptes el afegir *"así como la dispensa del pago adelantado de tasas y gastos judiciales concedida a los nacionales de esta última, teniendo en cuenta su situación personal, material y familiar y en iguales condiciones"* crec que el conveni està clarament pensant el atorgar als nacionals dels dos estats part allò que històricament s'ha anomenat benefici de pobresa o justícia gratuïta i que dispensa als menys afavorits econòmicament del pagament de les taxes judicials. Això és així perquè en molts països s'ha establert des de fa molt de temps un sistema per permetre l'accés a la justícia als més pobres i és

---

<sup>246</sup> *Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho en Madrid* (BOE núm. 151, de 25 junio). En vigor des d'1 de juliol 1999 per Anunci de 15 de juny 1999.

*Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Asistencia Judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en matèria de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid* (BOE núm. 150 de 24 junio 1997). Entrada en vigor 1 de juliol de 1999.

Tots dos comentats en l'apartat dedicat a la determinació de la competència judicial en les pàgines 113 a 119.

lògic que a l'hora de plantejar-se un conveni de cooperació judicial entre dos països aquest tema sorgeixi i més quan els ciutadans marroquins desplaçats i residents a Espanya i amb pocs recursos, és força important. En segon lloc, si no anés dirigit a aquest tipus de garantia d'accés a la justícia als més pobres no caldria fer referència a la seva situació personal, material i familiar. A més, l'article 5 d'aquest conveni no es limita tan sols a fer aquesta referència a la situació familiar i material sinó que en el seu segon paràgraf parla de las "*certificaciones relativas a los ingresos y a la situación personal, familiar y patrimonial del requiriente*", que hauran de ser expedides per les autoritats competents de la part on el que sol·licita aquesta assistència judicial tingui el domicili o residència. A què s'està referint sinó? La referència només es pot entendre feta al dret a l'assistència judicial gratuïta, quan el conveni parla de l'autoritat judicial que ha de resoldre la sol·licitud d'assistència judicial. En darrer lloc, si aquest article no es refereix al dret a l'assistència jurídica gratuïta, entenc que no tindria sentit, perquè assistència judicial en termes generals i per matèria és el que reconeix tot el conveni en el seu Títol II, quan parla de documents i comissions rogatòries i que és una qüestió on en principi les circumstàncies personals de les parts no hi tenen cap importància. Per últim també cal tenir present la terminologia dels convenis de la Haia sobre la matèria dels que Espanya és part i també hi tendeix el Marroc després de la seva integració en la Conferència que li va costar fins i tot un canvi legislatiu important en el seu dret de família.<sup>247</sup>

Partint doncs, que la base d'aquest article es refereix a l'assistència jurídica gratuïta, que recull i que preveu en relació als ciutadans marroquins residents a Espanya. El conveni els concedeix en igualtat de condicions que als nacionals espanyols la dispensa de pagament avançat de taxes i despeses judicials segons la seva situació personal. Que vol dir això? Si ho traslладem al nostre sistema de assistència jurídica gratuïta ens trobem que no hi ha un pagament avançat de taxes judicials i el que hi ha és un dret a gaudir d'un contingut material del dret a assistència jurídica gratuïta, que bàsicament es configura en el dret a l'advocat i procurador d'ofici i altres qüestions recollides en l'article 6 de la llei 1/1996 de 10 de gener. Així les coses, és pot fer una interpretació analògica i considerar que l'article 5 del conveni s'està referint a això. Conclusió a la que s'arriba de la pròpia anàlisi del conveni que també de la dispensa de "*gastos judiciales concedidos a los nacionales de la otra parte*", per la qual cosa entenc

---

<sup>247</sup> GONZÁLEZ BEILFFUS, C.: *La aceptación del Estatuto de la Conferencia de la Haya por Marruecos y sus consecuencias*. REDI. XLVI, 1994 (1). Pàg. 451-454.

que tots les despeses judicials que es dispensen als espanyols també s'han de dispensar als marroquins en virtut d'aquest conveni i, per tant, gaudiran del dret a assistència jurídica gratuïta en tota la seva extensió igual que els espanyols. Això a més, entenc que és així amb independència de la residència, legal o no, en territori espanyol, perquè el conveni no menciona res a aquest respecte i si, en canvi, parla "*en iguales condiciones*" que els nacionals de l'altra part, en aquest cas espanyols.

Per altra banda, tenint en compte l'àmbit d'aplicació material del conveni, això serà així respecte a les qüestions civils, mercantils i administratives sense limitació, perquè la limitació respecte a algunes matèries només apareix en el títol tercer del conveni en relació al reconeixement i execució de resolucions judicials, sentències arbitral i documents autèntics.

A més, l'article 5 del conveni admet que l'autoritat competent per emetre les certificacions referides als ingressos i patrimonis del sol·licitant d'aquest dret serà la que sigui competent en el territori part del conveni on el subjecte en qüestió tingui el domicili o residència, per la qual cosa res no exclou que un marroquí resident legalment o no a Espanya pugui demanar informes a les autoritats competents d'aquí. El problema serà pràctic sinó està registrat o censat enlloc.

Per altra banda, la referència a l'autoritat judicial que ha de resoldre la sol·licitud crec que d'acord amb la nova llei assistència jurídica gratuïta s'ha d'entendre referida també a l'autoritat administrativa competent i en darrer lloc considerar que en virtut del títol tercer del mateix conveni l'àmbit material del dret tant per espanyols com per a marroquins quedés estès a altres qüestions com despeses de notificació i comissions rogatòries, però això no fa que l'assistència judicial recollida en aquest conveni s'estengui tan sols a aquestes qüestions.

De tot plegat, crec poder deduir que els marroquins en virtut d'aquest conveni gaudiran a Espanya del dret a l'assistència jurídica gratuïta en igualtat de condicions que els espanyols amb independència de la seva residència. Per tant, es podran acollir a aquest Conveni, els litigants marroquins no residents ni Espanya ni als estats membres, quan els tribunals espanyols resultin competents malgrat aquesta falta de residència. Supòsits que es podrien donar a la pràctica d'acord amb les normes del Reglament comunitari en vigor, com és el cas del Reglament 2201/2003. A la pràctica el més normal que passi en aquests casos és que el marroquí resident al Marroc sigui molt difícil de notificar i/o emplaçar i encara que així s'arribi a fer, no comparegui.

Un cas recent, no comptabilitzat per data dintre dels casos estudiats ho posa de manifest:

***Supòsit de fet.** T. és una noia marroquina, resident a Espanya des de fa molts anys, on viu també la seva mare que en el seu dia la va reagrupar. Al mes d'agost viatja al Marroc i es casa. El marit no vol venir a residir a Espanya. Ella va i bé. En un d'aquests viatges queda embarassada. Té un fill que neix a Espanya, on es queda a viure també el menor. Cansada d'aquesta situació, quan el nen té un any, li diu al marit que sinó vol venir a viure amb ella, que és millor que es divorciïn, però ell no ho vol.*

*Ella instal·lada a Espanya des de fa més d'un any podrà recórrer als tribunals espanyols que seran competents. S'ha quedat sense feina i, per tant, necessita recórrer al torn d'ofici per sol·licitar el divorci. Té dret al ser resident a Espanya. A més, ella és resident legal.*

*El marit si arriba a ser emplaçat podrà utilitzar el conveni amb el Marroc per intentar que se li reconegui el dret a l'assistència jurídica gratuïta si és que l'interessa. Ell diu que no farà res i no compareixerà de cap manera.*

***Petició feta:** Servei d'orientació jurídica per saber si podia plantejar el divorci a Espanya i si tenia dret a l'advocat d'ofici.*

## b.2 Acords Internacionals amb Tunísia.

### **b.2.1 Tractat d'amistat, bon veïnatge i cooperació amb la Comunitat Europea de 26-10-1995 (BOE de 9-1-1997).**

Aquests tractat, com el seu títol indica, és molt ampli i recull disposicions sobre cooperació en diferents àmbits; social, cultural, financer, jurídic, etc...

Aquest tractat recull, per exemple, normes de no discriminació respecte als treballadors tunisians i estableix quin règim de seguretat social gaudiran. Igualment des d'un punt de vista més social es recullen accions i programes per millorar les condicions dels immigrants i reduir la pressió migratòria. Crea, fins i tot, un Consell d'Associació que es reunirà a nivell ministerial, però em centraré només en l'àmbit jurídic, per tal d'esbrinar si pot tenir alguna incidència amb el tema de assistència jurídica gratuïta.

D'entrada, cal dir que aquest no és pròpiament un tractat bilateral sinó un acord entre una organització internacional de caràcter regional (la Comunitat Europea) i un país (Tunísia).

Les disposicions en l'àmbit jurídic són molt minses i generals. Les parts acorden promoure i reforçar la cooperació jurídica en matèria civil, mercantil, penal i administrativa entre les seves respectives administracions judicial i pública. Reforçar l'estudi de les respectives legislacions comercials i empresarials a efectes de afavorir la cooperació entre empreses i la col·laboració per tal de lluitar contra el terrorisme, la delinqüència organitzada i el tràfic d'estupefaents.

De tot plegat, doncs, es dedueix que aquest acord no té una incidència concreta en l'àmbit de assistència judicial gratuïta, encara que qualsevol acció en aquest sentit es podria incloure dintre de la cooperació jurídica en general, però, evidentment, a través d'alguna normativa posterior que ho concretés.

Ara bé respecte els treballadors tunisians com que s'estableixen mesures de no discriminació, entenc que en el marc del conveni i per no ser discriminats respecte als nacionals comunitaris haurien de gaudir dels mateixos drets que aquests a l'hora d'accedir a la justícia gratuïta, clar que si són treballadors legals ja tenen el dret a assistència jurídica gratuïta assegurat a Espanya per la normativa interna.

### **b.2.2 Conveni entre Espanya i Tunísia sobre assistència judicial en matèria civil i mercantil i reconeixement i execució de resolucions judicials de 24-09-2001 (BOE 1-03-2003)**

Seguint potser les passes del conveni signat amb el Marroc s'han signat amb Tunísia dos convenis similars als signats amb el Marroc l'any 1997.

Els convenis signats amb el Marroc eren en dues vessants una de cooperació judicial en matèria civil, mercantil i administrativa i l'altra sobre assistència judicial, reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria de dret de custòdia i dret de visita i devolució de menors. En canvi, els convenis signats amb Tunísia són un d'assistència judicial en matèria penal i l'altre en matèria d'assistència judicial en matèria civil i mercantil que inclou també l'execució de resolucions judicials i que és el que aquí comentem.

Els convenis amb Tunísia, doncs, són potser similars però no iguals als del Marroc, ja que com es pot veure no cobreixen exactament el mateix àmbit d'aplicació.

Pel que fa a la matèria d'assistència jurídica gratuïta el conveni amb Tunísia, a diferència del marroquí, si que recull tot un capítol dedicat literalment a l'assistència jurídica gratuïta. En concret l'article 4 del conveni diu:

*Los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes gozarán, en el territorio de la otra, de asistencia jurídica gratuita en la misma medida que sus nacionales, siempre que se ajusten a la ley del Estado en que se solicite su asistencia.*

Per tant hem d'interpretar que sempre que tingui les mateixes circumstàncies que els espanyols per gaudir d'aquest dret, els tunisians podran gaudir-ne. La referència a la llei crec que s'ha d'entendre en el sentit que s'han d'ajustar a les condicions econòmiques que fixa la llei, perquè si es referís també al seu àmbit d'aplicació el conveni perdria sentit.

Després de la STC 95/2003 de 22 de maig es reforça aquest idea. Ara l'àmbit d'aplicació de la llei s'ha d'entendre referit a tots els estrangers sense recursos econòmics que resideixin fàcticament a Espanya, sense demanar residència legal o no. Per tant, perquè el conveni tingui una aplicació pràctica real s'ha d'entendre referit als tunisians que no resideixin a Espanya però que necessitin plantejar-hi un procediment legal i no tingui recursos econòmics suficients. La valoració de la manca de recursos econòmics es farà, doncs, per a aquests tunisians segons el que estableix la legislació espanyola al respecte, que també és el marge d'actuació legal que deixa el Tribunal Constitucional en la seva sentència de 22 de maig.

El conveni també estableix l'establiment d'un certificat d'insuficiència de recursos que s'expedirà a favor del sol·licitant per l'estat a on resideixi. Aquest certificat entenc que determinarà els recursos econòmics que es disposin i després d'acord amb la llei i normativa espanyola d'assistència jurídica gratuïta s'haurà de determinar si aquest recursos econòmics que certifica aquest certificat són suficients o no per gaudir d'aquest dret. Aquest seria el sistema a seguir per part de sol·licitants del dret d'assistència jurídica gratuïta tunisians i que no resideixen a Espanya. Una altra interpretació del conveni més restrictiva entenc que no tindria sentit.

El conveni en el seu article 5 recull una referència al certificat quan l'interessat resideixi en l'estat en què es presenta la sol·licitud, establint que llavors es podrà demanar amb caràcter complementari informació a les autoritats de les que sigui nacional. Aquestes precisions en el cas de Tunisians residents a Espanya perden sentit,

davant de l'existència de la llei espanyola 1/1996, sinó es podria produir una diferència comparativa respecte dels altres estrangers residents i respecte dels espanyols incomplint el propi conveni.

A la pràctica els tunisians residents a Espanya que no tingui recursos per litigar es dirigiran als serveis d'orientació jurídica dels diferents Col·legis d'Advocats i allà se'ls demanarà segurament la mateixa documentació per acreditar la insuficiència de recursos que es demana als espanyols.

Les estipulacions d'aquest conveni respecte a l'assistència jurídica gratuïta per ser plenament eficaces en la pràctica a Espanya s'han d'entendre referides als tunisians no residents a Espanya, ni a la Unió Europea, perquè pels residents a Espanya o en un estat membre, ja existeix la llei 1/1996, amb les darreres modificacions. La realitat demostra que pocs són els tunisians residents a Espanya. Potser encara podrà més incidència la normativa interna respecte dels litigis transfronters per aquells tunisians que residents a França o Itàlia<sup>248</sup>, hagin de presentar algun litigi a Espanya.

La pràctica de la pròpia Comissió d'Assistència Jurídica de Barcelona en l'àmbit de la sol·licitud de justícia gratuïta via algun conveni internacional posa de manifest que sempre ve per part d'estrangers no residents.<sup>249</sup>

Entenc que un conveni internacional entre dos estats ha de servir per millorar les condicions dels respectius nacionals no per complicar-les o empitjorar-les i aquest conveni amb Tunísia entenc que en molts aspectes empitjora les condicions dels tunisians a Espanya i, per tant, entenc que l'efecte important pot ser a la inversa respecte als espanyols a Tunísia.

### b.3 Breu referència al conveni amb Algèria de 25-02-2005.

L'article 3 d'aquest conveni recull en un primer moment la fórmula tradicional *“los nacionales de cada una de las partes contratantes podrán beneficiarse en el territorio de la otra Parte, de la asistencia jurídica y de la gratuidad de la defensa como los propios nacionales”*, però després afegeix una precisió *“siempre y cuando se sometan a la legislación de la Parte donde se solicita la asistencia jurídica”*.

---

<sup>248</sup> Cal recordar que aquest paísos eren el destí tradicional dels tunisians (veure dades pàgines 29 i 30).

<sup>249</sup> Cal recordar les dades de la Comissió d'Assistència Jurídica Gratuïta de Barcelona referides al 2003, on la incidència dels convenis és molt reduïda i sempre referida a sol·licituds d'estrangers no residents. (nota 242).

La conclusió a priori més ajustada amb els drets del justiciable és que la referència a la legislació interna s'ha d'entendre a la legislació que fixa els requisits econòmics per a accedir-hi, que són els mateixos que han de complir també els espanyols. Si no és així de què serviria el dret que els hi dóna el conveni si després la llei els pot excloure per exemple per a no ser residents o no se residents legals.

Amb la reforma del redactat de la llei 1/1996 imposada pel Tribunal Constitucional pot semblar que aquest punt perd transcendència. Potser és així respecte als algerians residents, però no respecte dels algerians no residents, que sinó fos pel conveni aquests veurien limitat el seu accés a l'assistència jurídica gratuïta<sup>250</sup>, mancança que s'entén que és la que pretén evitar precisament aquest text internacional.

#### **4.- Les dificultats d'actuació pràctica dels professionals del torn d'ofici davant la necessitat d'especialització i de coneixements extrajurídics.**

Malgrat les discussions jurídiques de si el dret d'assistència jurídica gratuïta s'estén als estrangers residents legals o no i la sentència del Tribunal Constitucional, el cert és que l'existència d'aquest dret ja és conegut entra la població magribina resident a Espanya. El fet de demanar advocat d'ofici és un recurs ja molt utilitzat pels magribins, segurament perquè funcionen els serveis d'assessorament previ dels diferents serveis socials o d'atenció ciutadana i també perquè funciona el servei d'informació boca a orela dels propis immigrants que ja han gaudit d'aquest dret.<sup>251</sup>

En primer lloc, la percepció social dels sol·licitants d'advocat d'ofici, no s'allunya gaire de la que puguin tenir els espanyols. Un nombre important desconfia de l'advocat assignat d'ofici i té la sensació que sinó paga no tindrà un bon servei. Hi ha, en canvi, un altre sector que sap que “el govern paga l'advocat” i exigeix aquest dret a tota costa.

En l'altra cara de la moneda hi ha la preparació i els mitjans dels advocats d'ofici per tramitar procediments de família amb elements d'estrangeria, com és el cas quan hi ha litigants magribins.

---

<sup>250</sup> Recordem que la STC 95/2003 de 22 de maig de 2003 (AZ RTC 2003/95) de terminava que calia canviar el redactat de la llei, suprimint el terme “*legalment*” i donant una interpretació concreta però amplia al terme “*resideixin*” per a que el text fos plenament constitucional.

<sup>251</sup> Cal recordar les dades del torn d'ofici del partit judicial de Mataró (pàg. 53) i el fet que dels casos d'anàlisi utilitzats en aquest estudi un 80% litigaven d'ofici (pàg. 60).



En aquest sentit, cal tornar a insistir en la manca de tradició en el nostre país de conflictes de Dret Internacional Privat a petita escala afegida a la manca en general en el nostre país durant anys del desconeixement d'idiomes estrangers. Fins que la immigració ha estat massiva i els moviments de persones a tots els nivells no s'han generalitzat, les qüestions de Dret Internacional Privat es reservaven pels grans despatxos de les capitals i en ciutats mitjanes, com Mataró, on si hi havia despatxos d'advocats establerts des de fa molt de temps, aquesta necessitat no s'havia plantejat. Ara s'ha estès, si més no a les zones properes a capitals, com és el cas del Maresme.

La preparació que s'ha rebut durant la carrera de Dret ha consistit tradicionalment en una sola assignatura durant tota la carrera i que, a més, no era gaire estimada per la majoria d'estudiants. Tot això fa que els advocats adscrits al torn d'ofici matrimonial, que en termes generals actuen amb molta professionalitat i eficiència, malgrat el que la gent pensa, quan els hi arriben casos on litiguen magribins sovint els falten recursos de tota mena.

En un procediment amb elements d'estrangeria, com és el cas dels magribins, sovint caldrà provar el dret estranger i obtenir aquesta prova és costós per les parts. Malgrat l'àmbit material de la llei d'assistència jurídica gratuïta, sovint no hi ha mecanismes prou establerts per poder aconseguir els textos legals d'altres països i les seves traduccions en les condicions legalment necessàries.

L'informe del Defensor del Poble sobre l'assistència jurídica als estrangers de l'any 2005<sup>252</sup>, a partir de les dades de l'estudi de la Universitat de Zaragoza i d'una enquesta feta en el Col·legi d'advocats de València, constata aquesta necessitat de familiarització dels advocats sobre els ordenaments jurídics estrangers respecte dels que hi ha més justiciables, però no acaba de posar criteris o fer propostes, limitant-se a dir que el nou redactat sobre la prova del dret estranger de l'article 281.2 de la LEC 1/2000 ha de contribuir a millorar la situació.<sup>253</sup> El gran nombre de marroquins residents a Espanya posa de manifest, doncs, aquesta necessitat de coneixement del dret de família

---

<sup>252</sup> *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*. Defensor del Pueblo. Informes, estudios y documentos. Madrid 2005. En aquest informe es recullen les conclusions de l'estudi de la Universitat de Zaragoza citat i comentat a la pàg. 49 i següents referit encara a l'any 2000 i l'informe del Col·legi d'Advocats de València a partir de l'enquesta realitzada als advocats. Aquesta enquesta del Col·legi d'Advocats de València revela que el 26% dels enquestats manifesta tenir problemes en l'acreditació i prova del dret estranger i un 9% manifesten tenir por de que es produeixen substraccions internacionals de menors.

<sup>253</sup> El llibre verd sobre els problemes als que s'enfronta el litigant transfronterer, encara que només a l'àmbit comunitari també recull algunes d'aquestes dificultats dels justiciables i els costos extres que pot suposar (despeses de dos advocats, de traducció i interpretació, desplaçaments etc). DOUE COM (2000) 51 final de 8 de febrer de 2000.

autòcton. En aquest context s'inscriuen iniciatives com la del Grup d'Advocats Joves del Col·legi d'Advocats de Barcelona en traduir la nova Mudawana marroquina<sup>254</sup>, que parteix també de la radiografia actual de l'advocacia, constatada, per exemple, en un estudi elaborat pel mateix Col·legi d'Advocats de Barcelona, allunyada també dels estereotips de fa uns anys i més vinculada a un substrat social més ampli.<sup>255</sup> Aquesta manca de recursos i dificultats que es constata en aquests estudis i informes encara és més present en els casos que es litiga amb advocat d'ofici, perquè els recursos econòmics tant del professional com del justiciable són menors. En aquest sentit, per garantir un tracte igualitari davant la justícia a tots els ciutadans s'haurien d'incrementar els esforços de tota mena. Al llarg del present estudi es proposen per això algunes opcions o millores.

Per l'altra banda cal tenir present que no sempre els clients parlen espanyol per poder-s'hi entendre directament i que, per tant, les explicacions han de passar sempre per un traductor, que en la fase prèvia al procediment o en les connexions privades amb l'advocat sempre són altres membres de la família o amics.

En aquest sentit, s'ha de tenir especial cura d'aclarir si el litigant entén el que s'està fent i que els altres també l'entenguin. Per aquest motiu, tenint en compte que des de l'entrada en vigor de la LEC 1/2000 tots els procediments de família es ventilen en vistes orals davant del jutjat, cal assegurar-se que hi hagi en aquell moment un intèrpret per al litigant magribí que hi participi. La manca d'aquest intèrpret pot dur a una total indefensió de la part, malgrat tenir advocat i procurador. Aquest és el cas de K:

*Supòsit de fet: K és una noia jove, casada amb un marit que la maltracta. Té un nen petit de 4 anys. Degut a l'actitud del marit i la dependència d'ell a tots els nivells, no ha après prou l'idioma i li costa molt d'entendre el castellà i pràcticament no el parla.*

*Quan es decideix a denunciar els maltractaments, demana ajut als serveis socials de la ciutat, que a la vista de la dificultat d'idioma intervé des del centre de mediació intercultural, una mediadora cultural. Des dels Serveis Socials gestionen el seu ingrés en una casa d'acollida.*

---

<sup>254</sup> LA Mudawana. El nou Codi de Família marroquí (2004) Grup d'Advocats Joves. Comissió de Dones Advocades. Col·legi d'Advocats de Barcelona. Editorial Mediterrània SL. 2005.

<sup>255</sup> L'ADVOCACIA – ESTAT ACTUAL I PERSPECTIVES DE FUTUR – ESTUDI RADRIOGRAFIA DE LA PROFESSION – COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA - COMISSIÓ DE PROSPECTIVES SOCIOPROFESSIONALS – 7 de juny 2005. Estudi realitzat a partir d'entrevistes a 1000 advocats. A destacar que el 30% dels advocats treballen per compte propi i que el 53% s'organitzen en despatx

*Seguint els passos habituals i davant la manca de recursos, K demana que se li reconegui el dret a l'assistència jurídica gratuïta, que se li concedeix i se li assigna un advocat d'ofici.*

**Petició formulada a la demanda:** *Es presenta una demanda de mesures prèvies a la separació matrimonial sense al·legar ni provar dret marroquí, però en el moment de la vista, compareix el marit amb el seu advocat i intenta arribar a un acord. L'advocat d'ofici accepta l'acord entre el que es recull un règim de visites a favor del pare. No hi ha intèrpret K no entén el que passa però signa l'acord sense saber que signa.*

*En cap moment es planteja la qüestió del dret estranger ni es té en compte cap element d'estrangeria.*

*La problemàtica de fons (aquest malentès per motiu d'idioma) no es detecta fins que la dona, no lliura el nen al seu pare per complir el règim de visites. Ella està ingressada en una casa per a dones maltractades i no és conscient del que van pactar. El marit denuncia aquest incompliment i llavors en el judici de faltes que se celebra arran d'aquesta denúncia, es demana un intèrpret i es descobreix tota la problemàtica de fons.*

*Assabentat l'advocat d'ofici intenta canviar les coses però és molt difícil, llavors intenta provar que en dret marroquí la guarda i custòdia en nens molt petits és per a la mare. De moment, K.. ve cada quinze dies des d'un centre d'acollida situat a més de 200 quilòmetres de la ciutat, per lliurar el fill al seu pare i ha de passar el cap de setmana a casa de coneguts i amics, ja que no té família i no pot pagar-se un allotjament.*

**Dades processals:** *S'aplica la LEC 1/2000 a tots els efectes.*

A la pràctica, l'assignació d'intèrprets per part del tribunal es fa sense problema si es demana. A més, tant és així que per part de jutges i fiscals si es posa de manifest que no s'estén l'idioma i que cal intèrpret i aquest no ha estat avisat, no posaran cap objecció a ajornar la vista fins que hi hagi intèrpret per evitar una possible indefensió, però cal que sigui la persona que ho demani, a no ser que es tracti d'un desconeixement de l'idioma molt manifest. Sabent això en molts casos, aquesta és una tàctica que s'utilitza pels demandats per allargar un pronunciament del tribunal i sovint quan es demana a fora d'hora la recepció per part de jutges i tribunals no és gaire bona. La pràctica habitual dels jutjats (llenguatge complicat i tràmits fets amb preses), la

---

unipersonals, amb un promig de 45 a 50 hores de feina setmanals i on hi ha un important gruix de gent jove, entre els que predominen les dones.

desconfiança present respecte als estrangers (molts diuen que no entenen el castellà quan si que ho fan), fan que el jutjat no es cregui K. quan, ara si a través d'un intèrpret que proporciona el servei de mediació de l'Ajuntament, diu que no sabia que signava. En aquest cas, s'entén com una simple excusa i prou. Són precisament casos com aquest, en què les coses no funcionen com haurien de funcionar els que després arriben a la opinió pública i a la premsa i els que acaben donant al conjunt dels ciutadans la imatge generalitzada del que passa en els litigis de família amb litigants magribins amb idees falses

Per tant per assegurar-se un bon desenvolupament del procediment cal confirmar que hi ha un intèrpret present i que s'entén l'idioma. Aquesta si que és una previsió que han de tenir present tots els professionals en aquests casos i, fins i tot, demanar-ho ja en la demanda inicial o en la contestació d'aquesta o en el primer escrit o acte que es fa en aquell jutjat.

Un cas com el de K no s'hauria de repetir. A més, els professionals que fan el torn d'ofici, cal que tinguin present que des dels Ajuntaments hi ha mediadors interculturals que els poden ajudar a entendre's amb els seus clients i, fins i tot, fer informes de la situació social, sense cap cost. Cal conèixer aquests recursos i aprofundir aquesta col·laboració interprofessional, perquè aquest casos de família amb magribins els hi cal un tractament multidisciplinari.

La dificultat d'enteniment o la bona marxa del procés no depèn sols de l'advocat i procurador designat d'ofici, sinó també de la col·laboració i bona disposició del justiciable i en aquest casos, acostuma a passar sovint que el client demandat, no va al despatx de l'advocat, no contacta amb ell, i a vegades ni es presenta al judici. És evident que així no es pot portar una defensa. Aquest és el cas de F, G i N.

***Supòsit de fet:** F. és una dona jove marroquina (24 anys), amb forces anys de residència a Espanya on havia vingut amb els seus pares, casada al Marroc amb un home també marroquí, ja resident a Espanya abans del casament. El matrimoni se celebra al Marroc aprofitant les vacances i així fan una gran celebració. En el moment de la separació tenen un nen de 4 anys i ella està esperant el seu segon fill. El marit ha marxat. Vivien en un pis de lloguer i com que ella no podia fer front a la renda va marxar a casa de la seva germana. Totes les famílies (pares d'un i pares de l'altre) també viuen a la mateixa ciutat. Els pares d'ella estan separats.*

*Per tant, F. no té recursos econòmics. Li reconeixen el dret a l'assistència jurídica gratuïta i litiga amb advocat d'ofici. Tan ella com el marit tenen residència legal a Espanya.*

*La demanda la interposa F. contra el marit. Aquest arriba a comparèixer i a demanar el reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta, que se li concedeix i litiga també amb advocat d'ofici. Però a mig procediment desapareix, no compareix ni a la prova de confessió en judici i l'advocat d'ofici tampoc sap res més d'ell.*

**Petició formulada en la demanda:** *Se sol·licita separació matrimonial d'acord amb la legislació espanyola, per considerar que la legislació marroquina en aquest punt és contrària a l'ordre públic. S'aporta prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada. En concret, les peticions que es formulen són la guarda i custòdia dels fills menors per la mare i pensió alimentària del pare pels fills, així com una pensió per la dona en concepte de contribució a les càrregues del matrimoni o en concepte de compensatòria..*

**Dades processals:** *s'aplica encara la LEC de 1881 i, per tant, també les normes processals de la llei 30/1981 de 7 de juliol.*

El marit de F, va demanar advocat d'ofici, va anar una sola vegada al despatx de l'advocat i quan va ser cridat per a la pràctica de la confessió en judici, no va venir i no va tornar a donar senyals de vida. De manera que la defensa l'advocat la va haver de portar pràcticament a cegues.

**Supòsit de fet:** *N. es va casar als 16 anys al Marroc, seguint el costum i indicacions familiars, amb un home més gran que ella, que semblava molt pietós. En el moment de la separació en té 20.*

*Quan N. es va casar els seus pares ja portaven un temps vivint a Espanya i el seu marit també. Per a ella el matrimoni va agilitar la vinguda a Espanya.*

*Un cop aquí el matrimoni va anar viure a un pis de lloguer al mateix carrer que els pares de N., però el marit no la deixava visitar a la família, la controlava a totes hores, en prou feines la deixava anar a comprar o a buscar els nens a l'escola i, a més, era molt gelós i sense motiu va començar a agredir-la.*

*Quan les agressions van ser evidents, els seus familiars i, fins i tot, altres membres de la comunitat musulmana, van aconsellar a N que el denunciés i van recolzar-la. Després de la primera denuncia ella el va perdonar i van tornar a viure junts i en prova de bona voluntat van tornar al Marroc de vacances amb els*

*fills, un cop allà i, a més, trobant-se a casa als sogres i a uns 100 Km del poble on viuen els familiars de N., el marit la va fer fora de casa, va retenir els nens i els documents de N.*

*N, sola i sense gaire recursos, va aconseguir contactar a través de la policia amb els seus familiars, que la van ajudar a tramitar un nou passaport, però no tenia el permís de residència perquè el marit li havia pres. Els pares de N a Espanya, ajudats per la comunitat musulmana, recorren a un advocat, que contactant amb la Policia Espanyola de la frontera i amb la copia del NIE de N, l'aconsegueix fer entrar a Espanya, però sense els fills, ja que primer no sap exactament on els ha amagat el pare i segon no té cap document d'ells. Tots dos són nascuts a Espanya.*

*No té recursos i, per tant, li cal advocat i procurador d'ofici, per la qual cosa ho sol·licita i se li reconeix el dret a l'assistència jurídica gratuïta.*

***Petició formulada a la demanda:*** *De tornada a Espanya es presenta demanda de mesures prèvies a la separació o el divorci (en plet principal es formularà petició subsidiària), sol·licitant als mateix temps que d'acord amb l'article 771 de la LEC 1/2000 amb l'auto convocant vista s'acordi la guarda i custòdia a favor de la mare. S'aporta prova del dret estranger consistent en copia del Codi d'Estatut Personal per fotocopia i traducció privada i informes i comentaris d'advocats i professors universitaris, marroquins trets de publicacions en francès i castellà, amb traducció privada de les que estan en francès, aportant les còpies de les publicacions algunes d'elles compulsades per notari. Algunes d'aquests comentaris s'han extret d'internet designant llavors la pagina web a efectes probatoris d'acord amb els nous mitjans probatoris admesos per la LEC 1/2000. Un d'aquests informes tret d'internet és un elaborat des del propi govern del Marroc. Les peticions concretes que es formulen són: atorgar la guarda i custòdia dels fills a la dona, sense regim de visites pel pare i amb la prohibició que surtin del territori espanyol i una pensió a favor dels fills i de la dona, que no treballa*

*Paral·lelament es va presentar denuncia penal per haver-se endut als nens i des del jutjat se l'ha requerit perquè en 30 dies els retorni.*

***Dades processals:*** *S'aplica la Lec 1/2000 a tots els efectes.*

El marit de N. demandat, tot i haver comparegut a demanar advocat d'ofici, el dia de vista no va venir i va deixar igualment al seu advocat d'ofici sense gaire possibilitat de defensa, tenint en compte que abans de la vista només s'havia entrevistat amb ell una vegada.

**Supòsit de fet:** G. és una noia marroquina de 30 anys. Casada i amb dues filles, nascudes les dues ja a Mataró. El marit és més gran que ella. Li van triar els pares. Una germana d'ella està casada amb un germà d'ell i van voler continuar l'aliança matrimonial malgrat els antecedents d'ell (ja havia tingut un fill amb una altra dona que havia deixat, sense voler reconèixer-lo). La família d'ella al Marroc té certa posició, són propietaris d'una botiga i ell en residir a Espanya era un bon partit ja que així la seva filla tenia la possibilitat de venir a Espanya i prosperar.

G. havia estudiat al Marroc, sap escriure i llegir l'àrab. Aquest bagatge cultural, li fa aprendre un cop aquí molt ràpidament el castellà que parla amb molta fluïdesa. Això li ha donat des de sempre moltes possibilitats i recursos a l'hora de buscar solucions als seus problemes.

El marit és el que treballa i guanya bastants diners, ja que treballa primer a la construcció, però beu sovint i juga molt a les màquines. Quan ha begut i no té diners per jugar es posa violent amb ella i les nenes, fins a l'extrem de voler-la escanyar o matar amb un ganivet tot això en presència de les filles, que tenen molta por del pare.

A conseqüència d'aquestes agressions segurament, G. ha patit dos avortaments.

Finalment, en una d'aquestes agressions G. és escanyada per seu marit, però aconsegueix fugir. Marxa de casa ella i les nenes, va a l'hospital i d'allà a casa de la seva germana que l'acull. Després recorre a serveis socials. En aquest moment G. feia algunes hores de neteja però no suficients per mantenir-se ella i les nenes. Els seus germans residents a la ciutat que són varis, l'ajuden i també l'ajuden a buscar un advocat de pagament que poder pagar mica en mica.

Es ella qui presenta la demanda. El marit acut amb advocat també particular, però després l'advocat renuncia a portar el tema, ell no compareix per demanar l'advocat d'ofici el dia en què estava citat. En el plet principal, doncs, el marit està en rebel·lia.

**Petició formulada en la demanda:** Es presenta demanda de mesures prèvies a la separació matrimonial o al divorci (perquè en plet principal es farà petició subsidiària), demandant bàsicament, la separació provisional, l'ús del domicili conjugal a favor de la dona, una pensió d'aliments per les filles, una pensió en contribució a les càrregues familiars, la guarda i custòdia de les nenes sense regim de visites a favor del pare. Se sol·licita que amb caràcter urgent i abans de la vista d'acord amb l'article 771 de la LEC 1/2000 s'acordi l'ús del domicili conjugal a favor de la dona, i la guarda i custòdia de les nenes sense regim de visites a favor del pare. En la petició del plet principal es demana separació matrimonial per

*considerar que s'ha d'aplicar dret espanyol per excepció d'ordre públic i subsidiàriament es demana divorci per si es considera que s'aplica la legislació marroquina. Tant amb la demanda de mesures prèvies com a la del plet principal s'aporta prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada i informes i comentaris d'advocats i professors universitaris, marroquins trets de publicacions en francès i castellà, amb traducció privada de les que estan en francès, aportant les còpies de les publicacions algunes d'elles compulsades per notari. Algunes d'aquests comentaris s'han extret d'internet designant llavors la pàgina web a efectes probatoris d'acord amb els nous mitjans probatoris admesos per la LEC 1/2000. Un d'aquests informes tret d'internet és un elaborat des del propi govern del Marroc. En aquestes mesures se sol·licita: la separació provisional, la guarda i custòdia dels fills a favor de la mare, sense règim de visites pel pare o molt limitat, l'ús del domicili conjugal a favor de la dona i la inscripció d'aquest ús al registre de la propietat.*

**Dades processals:** *S'aplica la LEC 1/2000 a tots els efectes.*

En el cas de G., el marit demandat va recórrer a advocat particular, però després de la primera vista per a mesures, no hi va tornar, ni va pagar a l'advocat. Evidentment, l'advocat va renunciar a la defensa.

Per altra banda, les dones demandants, més sovint, el que fan, és que després de plantejar demanda, hi renunciïn o tornen amb el marit per la pressió d'aquest o de la família. Aquesta actitud també desespera i confon a la pròpia defensa.

En el cas de S. aquesta es troba el mig de tota la pressió i després d'haver preparat costosament la defensa, decideix tornar amb el marit.

**Supòsit de fet:** *S. és també una jove marroquina de 26 anys, casada i amb dos fills. El marit també és marroquí. Tots dos són residents a Espanya des de fa temps, però es van casar al Marroc com és habitual. Ella fa algunes hores de neteja a cases particulars. Ell era cambrer en un bar. Ho va deixar i va posar una carnisseria àrab, però oficialment no a nom seu perquè al mateix temps estava a l'atur i cobrava la prestació.*

*La convivència semblava normal. El matrimoni vivia al mateix bloc que el germà de S. Els altres germans de S. i els pares viuen també a Mataró. Un nit S. demana ajuda al seu germà perquè el seu marit l'ha pegat. Van a posar una denúncia a la comissaria. Els germans de S s'enfronten amb el marit. El matrimoni ho torna a provar fins que hi ha una nova agressió. Els germans de S. es barallen amb el*



*marit i, fins i tot, li causen lesions. S. és una noia molt apocada, parla molt poc i a més, malgrat els anys de residència a Espanya, no coneix prou bé l'idioma. El marit, en canvi, és força conegut a la ciutat, té molta capacitat per expressar-se i un gran domini de l'idioma. Arran de la última agressió S. demana un auto d'allunyament al jutjat de guàrdia que li acorda. El marit se'n va del domicili. Tot i això la torna a agredir al mig del carrer.*

*La família de S. es volca en el tema. Busquen un advocat de pagament que sufragi un dels germans. Es produeixen denúncies encreuades entre els germans i el marit.*

*El pis que és el domicili conjugal és només del marit i aquest amenaçava amb vendre'l. De fet, comencen a aparèixer compradors suposadament interessats.*

*Presentada la demanda de mesures prèvies a la separació matrimonial, el marit hi compareix també amb advocat de pagament. Després de celebrades les mesures el marit torna a pressionar i aconseguir que la seva dona S. torni amb ell, en contra de la voluntat de la família d'ella que s'havia possessionat al seu favor de manera extrema.*

**Petició formulada en la demanda:** *Es presenta demanda de mesures prèvies a la separació matrimonial d'acord amb la legislació espanyola, per considerar que la legislació marroquina en aquest punt és contrària a l'ordre públic. S'aporta prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada i informes i comentaris d'advocats i professors universitaris, marroquins tret de publicacions en francès i castellà, amb traducció privada de les que estan en francès, aportant les còpies de les publicacions algunes d'elles compulsades per notari. Algunes d'aquests comentaris s'han extret d'internet designant llavors la pàgina web a efectes probatoris d'acord amb els nous mitjans probatoris admesos per la LEC 1/2000. Un d'aquests informes tret d'internet és un elaborat des del propi govern del Marroc. En aquestes mesures se sol·licita: la separació provisional, la guarda i custòdia dels fills a favor de la mare, sense regim de visites pel pare o molt limitat, l'ús del domicili conjugal a favor de la dona i la inscripció d'aquest ús al registre de la propietat.*

**Dades processals:** *S'aplica ja la LEC 1/2000 a tots els efectes.*

En el cas de R. la reconciliació o intent va motivar la sol·licitud de suspensió del procediment.

**Supòsit de fet:** *R. és una noia marroquina (31 anys), es va casar amb el seu marit als 16 anys. Era el marit escollit pel pare, que de fet era cosí de R. El marit Abs.*

era 15 anys més gran que ella, però explica que sempre havien viscut bé. R. no sabia ni llegir ni escriure ja que no havia anat a l'escola o ho havia fet molt pocs anys i de molt petit. Va ser el marit Abs. qui li va ensenyar a llegir i escriure amb àrab i qui un cop a Espanya la va animar i recolzar perquè anés a classes de castellà i català per a adults. Potser Abs. va ser per R.. més un pare que un marit. Abs. és molt ben considerat per la població musulmana de la població on viuen i, fins i tot, és molt respectat a la mesquita. El matrimoni era, doncs, relativament feliç. Mai havia maltractat a R. i sempre l'havia encoratjat perquè prengués iniciatives i es desenvolupés culturalment. R. feina algunes hores de neteja alguna casa particular, però el pes de l'economia familiar la duia el marit. En el moment de produir-se la crisi matrimonial i R. no treballava i no tenia cap ingrés. En aquest cas, el problema va venir perquè R. en tots els anys de matrimoni no ha pogut tenir fills, malgrat que ho ha intentat i ha seguit tractaments mèdics per aconseguir-ho. Això li va fer deixar les poques feines a hores que tenia. Quan Abs. va fer els 40 anys això va començar a ser un problema greu, perquè veia perillar la seva descendència i la transmissió del seu saber i les seves petites possessions. La família d'ell, establerta al Marroc, va començar a pressionar-lo perquè agafés una segona dona amb la que pogués tenir fills. R. conscient d'això (ja que en ser parents la família directa d'ella va saber els plans de la família d'ell) no li va donar el permís per aquesta segona dona. Abs. volia que R. acollís a casa seva, un pis d'uns 70 metres quadrats a la segona esposa i ella va dir que no. Abs. llavors va optar per marxar de casa. R. va posar demanda de separació matrimonial. Davant d'aquest fet els pares d'ella (establerts a Espanya des de feia anys) van intentar reconciliar-los i R. va decidir tornar-ho a provar. Abs. llavors en prova de bona voluntat va fer donació de la meitat del domicili conjugal, propietat exclusiva d'ell a favor de R. Aquest també era un punt conflictiu perquè aquest pis era una mena de compensació per part de la Generalitat de Catalunya, del pis que s'havia hagut d'enderrocar per aluminosi i que era el primer domicili conjugal que havien adquirit tots dos. Després d'això, Abs. i R. van tornar a viure junts i en harmonia un anys més, fins que el marit va tornar-li a proposar a R. que agafaria una segona dona amb la que tenir un fill. Ella no ho va acceptar i Abs. va decidir marxar de casa i endur-se estris de la llar i casar-se (segons deien els coneguts) amb aquesta segona dona pel ritus musulmà. R. va demanar que s'alcés la suspensió del procediment de separació en marxa, procedint-se a practicar-se l'any 2001 la compareixença de mesures provisionals.

R.. en el moment de la separació no té ingressos. Per tant, li reconeixen el dret a l'assistència jurídica gratuïta i litiga amb advocat d'ofici. Tan ella com el marit

*tenen residència legal a Espanya. Abs. guanya bona part en negre en el moment de la separació i, en conseqüència, li reconeixen el dret a l'assistència jurídica gratuïta i litiga amb advocat d'ofici.*

**Petició formulada en la demanda:** *Se sol·licita separació matrimonial d'acord amb la legislació espanyola, per considerar que la legislació marroquina en aquest punt és contrària a l'ordre públic. S'aporta prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada. Es demanen també mesures provisionals on se sol·licita: la separació provisional, l'ús del domicili conjugal i una pensió per la dona i que el marit sufragi la meitat de la hipoteca sobre el pis. Aquestes peticions són les que també es demanen en el plet principal. També es planteja inicialment una liquidació del regim conjugal i s'intenta fer valer de manera molt forçada que estaven casats en ganancials perquè així era com constaven a diferents registres i així s'intentava que R. també tingués la propietat de la meitat del domicili conjugal, però es va arribar a un acord en aquest sentit a l'inici de la crisi i, per tant, en reanudar el procediment aquesta petició ja no es formula i es retira de la petició inicial. Se sol·licita paral·lelament en mesures provisionals l'ús del domicili conjugal una pensió en concepte de contribució a les càrregues familiars i la contribució del marit a pagar la meitat de la hipoteca del pis.*

**Dades processals:** *s'aplica encara la LEC de 1881 i, per tant, també les normes processals de la llei 30/1981 de 7 de juliol.*

En el cas de FD també es va demanar la suspensió del procediment, perquè no se sap mai si tornarà a haver-hi algun problema en un breu lapse de temps. La defensa actua així per resguardar-se davant l'actitud canviant de les clientes. Donat que ja estava en marxa la LEC 1/2000, la suspensió no és indefinida i, per tant, davant la manca de notícies de FD. transcorregut el termini fixat es va donar per acabat el procediment. La defensa va intentar un escrit per allargar-ho però sense èxit evident.

**Supòsit de fet:** *FD. és una dona marroquina, casada i amb 4 fills, el més gran ja te 14 anys. Ells van venir en reagrupament familiar amb el marit. De fet, els dos fills grans van néixer encara al Marroc i els dos petits ja a Espanya. Ella porta uns 9 o 10 anys a Espanya, però parla molt poc l'idioma.*

*El marit és una persona que porta molts anys a Espanya, amb feina estable i bastant ben considerat socialment.*

*Amb el marit havien tingut alguns enfrontaments i baralles, però amb els nens petits ella ni es planteja la possibilitat de trencament familiar. El que treballa i porta ingressos a casa és el marit. Ella potser fa algunes hores de neteja a cases particulars al mes.*

*La crisi la desenvolupa el germà del marit. Aquest arriba del Marroc i l'acullen a casa de la família. Un nit que el marit es fora treballant, el germà es finca el llit de FD i ella aconsegueix fer-lo fora sense que li arribi a fer cap agressió. FD denuncia aquests fets. El marit fa costat al germà i la fan anar a ella al Consolat marroquí a retirar la denúncia. Ella no vol. El marit amenaça d'endur-se els nens al Marroc i no deixar-los tornar. El fill gran davant d'aquesta amenaça pren cartes en l'afer i empeny a la seva mare perquè demani advocat d'ofici.*

*A FD que no té ingressos li reconeixen el dret a l'assistència jurídica gratuïta i litiga amb advocat d'ofici. El marit també obté el dret a l'assistència jurídica gratuïta i litiga amb advocat d'ofici.*

*FD. és qui presenta sol·licitud de mesures prèvies i urgents a la separació matrimonial perquè hi ha el perill que s'endugui els nens, sobre tot els dos més petits.*

*El marit en rebre la demanda, intenta convèncer a la dona que torni amb ell i que retiri la demanda. Ella accedeix, quan el marit fa fora de casa al seu germà- El marit força a que ella desisteix de la demanda.*

**Petició que es formula en la demanda:** *Se sol·licita mesures prèvies a la separació matrimonial o el divorci. Es considera que s'ha d'aplicar separació matrimonial d'acord amb la legislació espanyola, per considerar que la legislació marroquina en aquest punt és contrària a l'ordre públic, però si això no s'estima subsidiàriament llavors es peticiona divorci segons el dret marroquí per considerar que hi ha causa de maltractaments envers la dona i fills. S'aporta prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada i informes i comentaris d'advocats i professors universitaris, marroquins trets de publicacions en francès i castellà, amb traducció privada de les que estan en francès, aportant les còpies de les publicacions algunes d'elles compulsades per notari. Algunes d'aquests comentaris s'han extret d'internet designant llavors la pàgina web a efectes probatoris d'acord amb els nous mitjans probatoris admesos per la LEC 1/2000. Un d'aquests informes tret d'internet és un elaborat des del propi govern del Marroc. Les peticions concretes que es formulen són: atorgar la guarda i custòdia dels fills a la dona, sense regim de visites pel pare i amb la prohibició que surtin del territori espanyol i una pensió a favor dels fills i de la dona, que no treballa.*

***Dades processals:** s'aplica la LEC 1/2000, perquè entre intents de demanda i reconciliacions, la demanda no es presenta fins al 2001. Donades les pressions del marit es fa necessari suspendre la vista fixada i el procediment i, per tant, entre en joc el regim de suspensió fixat en aquesta nova llei processal*

És habitual en els casos familiars amb element d'estrangeria o no, que els sentiments siguin confusos i contradictoris i que les parelles a vegades decideixin tornar-ho a provar, fins i tot en casos de maltractaments, les dones sovint perdonen i tornen a provar-ho. Aquesta situació és normalment desesperant pel professional jurídic que no és psicòleg, però en el cas de les dones magribins a vegades costa més d'entendre els seus motius, que si ens parem a analitzar-los potser no són tant diferents dels que esgrimarien les nostres àvies. Aquest és el cas també de ZA.

***Supòsit de fet:** ZA és una dona marroquina, divorciada al Marroc i amb un fill adolescent que es va tornar casar amb una home marroquí resident legal a Espanya amb el que va tenir un altre fill. El marit l'ha agredit diverses vegades. A l'última li dóna un cop molt fort al cap. Amenaça sovint amb endur-se el fill petit al Marroc i deixar-lo allà. El tema arriba al jutjat de guàrdia i s'acorda una ordre d'allunyament i la prohibició de sortida del menor d'Espanya. Al cap de pocs dies decideix tornar amb el marit. Els seus arguments: el meu fill gran ja va créixer sense pare i no vull que això li torni a passar al meu fill petit. El meu fill gran no té papers i ell ha promès que li arreglaria. El meu marit és molt net i aquests dies que ha hagut de sortir de casa per l'ordre del jutjat ho ha passat molt malament. Ara es porta be i ho vull tornar a provar. El primer divorci va ser molt dur i tenia l'ajut de la família. Ara aquí no tinc ningú.*

***Demanda formulada:** procediment iniciat per denúncia de maltractaments en l'àmbit de la llar en el que es demanen mesures civils. Reconciliació abans que es pugui iniciar cap procediment.*

A diferència de R i S <sup>256</sup> que es tracta potser d'una pressió més familiar, en el cas de ZA és ella mateixa que sentint-se sola i empesa per totes les seves connotacions culturals i socials torna amb el marit,

Aquests comportaments, també existents entre els litigants espanyols, són potser més estesos entre els magribins i potser per entendre'ls cal tenir present les seves cultures i societats d'origen. En aquest sentit, és bo tenir present el pes del marit en

aquella societat. La percepció de fons que si el marit ho demana, obligarà la dona a tornar amb ell i que si és ella qui demana el divorci perdrà tots els drets. Aquesta situació que ens sembla estranya en la nostra societat es produeix clarament en els països del Magrib. Tenint en compte que fins a la darrera reforma de la Mudawana marroquina de 2004, la causa més al·legada per les dones per aconseguir el divorci era la no manutenció per part dels marits i que existeix una prèvia compareixença davant dels tribunals per intentar una conciliació, en aquest acte podia ser que el marit demanés que tornés a casa obligant-se al pagament de la manutenció deguda i que la dona ho hagués d'acceptar. Les dones magribins litigants a Espanya en el seu imaginari col·lectiu tenen aquesta imatge i per això sovint els fa por o dubten acudir als tribunals espanyols.

Els homes magribins, majoritàriament demandants també tenen un altre imaginari col·lectiu: que a ells la llei els protegeix, sobretot la seva llei. Per tant, no prenen interès en anar als tribunals i creuen que els tribunals d'aquí no els obligaran a res, fins que es comencen a dictar ordres d'allunyament en el cas de maltractaments o se'ls hi embarga el sou.

En el cas d'A.<sup>257</sup> ha costat anys per fer entendre el seu marit que per recollir i tornar al nen hi havia uns dies concrets i que calia que contribuís al seu manteniment. Van caler lliuraments i recollides a la Policia i embargs reiterats del sou perquè finalment la seva actitud canviés una mica.

Tampoc es pot bilateritzar les nostres concepcions sobre el matrimoni ni la família i tampoc caure en la idea estereotipada del que fan i com són les famílies magribines. Per aquest motiu és bo que els professionals dels dret que es dediquen als conflictes familiars en aquest àmbit tingui una formació multidisciplinària que els doni aquests coneixements. El desconeixement fa que molts advocats no sàpiguen quan algun client els hi està prenent el pèl o no. En el cas de N<sup>258</sup> el marit ara desaparegut i que es van endur els nens al Marroc intentava fer creure al seu advocat d'ofici que per anar a recollir als nens al Marroc li calia que també hi anés la seva dona, perquè li deien havia de demanar el llibre de família i els carnets de residència dels nens els tenia l'esposa, quan tradicionalment el marit com a cap de família podia accedir a qualsevol document a diferència de l'esposa i quan, a més, en aquest cas els nens a nivell de documentació espanyola depenien de la residència del pare. La realitat és que era una estratègia per

---

<sup>256</sup> Casos explicats a l'annex 2 ref. 6-3/1999 i ref. 13-5/2001..

<sup>257</sup> Cas explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

fer-la tornar a ella al Marroc i deixar-la allà. Quan se li va refutar el que aquests senyor explicava va marxar sense deixar rastre.

Sovint també passa que el professional només coneix el que li arriba a través dels mitjans de comunicació. Aquest va ser el cas de la proposta de modificació de la Mudawana, que abans que entrés en vigor, els mitjans ja donaven per establerta i aquí alguns professionals deien que ja no havia problemes, que ja no calia parlar d'excepció d'ordre públic i alguns deien que fins i tot ja no els calia demanar el divorci aquí perquè al Marroc aniria més ràpid, quan en realitat es tracta d'una reforma legislativa que va començar mesos després del discurs del Rei Mohamed VI, a posar en marxa i on caldrà veure la interpretació real que en fan els jutges.

També aquesta desconfiança barrejada de desconeixement està en el fons del cas de ZC.

***Supòsit de fet:** ZC. és una noia d'uns 24 anys que vivia al Marroc, mentre la seva mare ja vivia a Espanya amb un altre germà. ZC. es va casar al Marroc amb un noi marroquí resident legal a Espanya. Ell la va portar amb el procediment de reagrupament familiar. Ella va arribar a Espanya, a la casa del marit hi vivia també la mare de ZC. i el seu germà que li pagaven un lloguer per viure allà. Als pocs dies d'arribar a Espanya, el marit es discuteix amb ella l'agredeix i fa fora de casa a ella, la mare i el seu germà. L'afer es denuncia com un cas de maltractament en l'àmbit domèstic.*

***Demanda processal:** Compareix com a víctima en un procediment de violència domèstica. Després formula demanda de divorci d'acord amb la llei marroquina després de la reforma de la Mudawana de 2004. Tots dos litiguen d'ofici.*

En l'interrogatori al jutjat donat el recent matrimoni, tan el fiscal, com el jutge pregunten a ZC i a la seva mare si havia sortit com a promesos amb el marit abans de casar-se, si es coneixien abans, si els van presentar els pares. Tenien en ment que es podria tractar d'un matrimoni arreglat i això podria fer variar la qualificació del delictes.

Malgrat aquestes preguntes, finalment es va formular l'acusació per part de fiscalia contra el marit de ZC.

Amb aquest panorama de consciència col·lectiva, cal que el professional que atén aquestes persones el tingui present i per això una formació multidisciplinària dels mateixos, no estrictament jurídica, és necessària.

---

<sup>258</sup> Cas explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

Aquesta mancança es pot posar de manifest per part dels qui en el dia a dia es troben amb aquest problemes i les respostes doctrinals i dels professionals dedicats a la investigació d'aquestes matèries, que són els que elaboren criteris jurídics interessants i raonats, han d'anar més encaminades a donar elements de solució a aquests professionals, que tot i que evidentment s'han d'esforçar a fer la seva feina ben feta, no hem d'oblidar que en el cas dels advocats del torn d'ofici sovint els manquen els mitjans materials necessaris. En aquest sentit no ajuden les crítiques a la mala tasca dels advocats fetes simplement a partir de la lectura d'una sentència de l'Audiència, sense saber la dificultat del cas i la manca de mitjans que hi ha hagut al darrera.

En l'àmbit pràctic seria bo, doncs, crear un torn especial dins del torn d'ofici per atendre aquests casos, perquè realment les persones que s'hi inscrivissin tinguessin ganes de treballar en aquest àmbit i per part dels Col·legis s'oferís també una formació continuada adequada.

No es tracta de crear un apartat especial per atendre els immigrants. L'atenció es faria de manera general. Es tracta que igual que existeixen torns especials per atendre les víctimes de violència domèstica, les incapacitacions, etc... i són subdivisions que afecten a l'organització interna dels Col·legis i que els justiciables desconeixen, caldria que existís un subtorn per a procediments civils amb elements d'estrangeria (evidentment, no només pels magribins) dintre del torn matrimonial o, fins i tot, dintre del torn de violència domèstica, ja que darrerament aquest existeix a la majoria de col·legis professionals i molts dels demandants són estrangers.

Això complicaria encara més la gestió del torn d'ofici, però evitaria disfuncions i assessoraments incorrectes i possibilitaria a través de l'existència d'un torn especial demandar més recursos professionals i educatius pels professionals inscrits.



### **III- PRINCIPALS PROBLEMÀTIQUES EN LA DETERMINACIÓ DE LA LLEI APLICABLE EN ELS LITIGIS DE FAMÍLIA EN ELS QUE INTERVENEN MAGRIBINS.**

#### **1.- El primer pas: anàlisi de la lleis magribines que poden resultar aplicables en els litigis de família.**

##### **A.- Necessitat d'una aproximació a l'anomenat dret islàmic**

Havent arribat a la conclusió, doncs, que en la majoria dels casos els tribunals espanyols seran els competents, però que hauran d'aplicar en canvi en molts casos una llei estrangera que els hi és desconeguda, la complicació màxima es planteja quan aquesta llei estrangera que d'entrada apareix com la llei aplicable al cas concret remet a normatives d'inspiració islàmica com passa en el cas dels magribins.

Per tant abans d'entrar a analitzar les dificultats d'aplicació d'aquesta normativa estrangera d'inspiració islàmica, crec important fer una anàlisi d'això que anomenem dret islàmic i en concret de les legislacions en matèria de família dels països el Magrib en els que m'he centrat: Marroc, Algèria i Tunísia. D'aquesta manera podrem després fer propostes dels criteris més adequats per al tractament de les qüestions lligades a la determinació de la llei aplicable a aquest tipus de processos

Aquesta aproximació no pretén ser exhaustiva, sinó tan sols sintetitzar de manera breu una matèria que per si sola ha estat objecte i hi serà encara de molts estudis i anàlisis, segurament des de perspectives més extenses. Malgrat aquestes limitacions crec que és imprescindible abordar la matèria des d'una perspectiva interdisciplinària apropant-se a treballs antropològics i també des de l'experiència pràctica a partir dels casos utilitzats en aquest treball.

Si una des les crítiques constants a la jurisprudència espanyola en aquesta matèria ha estat falta de coneixement, cal dotar d'elements també no només i estrictament legals sinó recolzats en altres disciplines socials, que complementin

l'anàlisi estrictament jurídica a la que sovint estem acostumats des dels treballs elaborats per professionals i estudiosos del dret.

D'acord amb aquesta pretensió de fons i abans de centrar-me en les legislacions positives de Marroc, Algèria i Tunísia, faré una breu anàlisi del que és el dret islàmic, les seves fonts i la seva evolució.

### a.1 El concepte de dret islàmic.

Primerament, i a l'hora d'analitzar, si més no breument, que és i com funciona això que anomenem Dret Islàmic o Dret Musulmà, cal plantejar-nos moltes coses. D'entrada, la correcció del terme a utilitzar i després quina és la relació existent entre el Dret Musulmà o Dret Islàmic i el dret positiu, tal i com nosaltres el coneixem. És a dir, cal veure si aquest concepte de legislació que nosaltres tenim és igual en els països on regeix aquest dret, qui i com dicta i imposa les lleis que regeixen la vida quotidiana dels ciutadans d'un país. Aquesta anàlisi a nivell general és difícil de fer perquè el territori geogràfic on està vigent, això que anomenem "dret islàmic", és molt ampli i s'hi troben una gran varietat de contextos socials i econòmics. En la present anàlisi, més enllà de possibles referències, em centraré en els tres països del Magrib on he focalitzat l'estudi. D'entrada, però, cal definir una sèrie de termes essencials per abordar aquest tema i ho faré seguint al professor Ramdane BABADJI:<sup>259</sup>

El Dret positiu és el conjunt de regles jurídiques en vigor en un estat o en una comunitat internacional.

La xara o *sharia* és el conjunt de normes o prescripcions de la religió musulmana que afecten no sols al dret, sinó també al culte i a la moral i que es troben recollides a l'Alcorà i a la *Sunna* que és la tradició del profeta. Hi ha altres definicions de xara, però totes coincideixen en termes generals en què es refereix a la llei islàmica de revelació divina i, per tant, amb un clar component teològic. Alguns autors l'assimilen com a una llei religiosa semblant a la llei de l'antic testament.<sup>260</sup>

El *fiqh* és la interpretació que s'ha fet de la xara a partir "de la lectura sana i un veritable coneixement de les fonts", per trobar així la solució als nous casos que s'han

---

<sup>259</sup> *Les relations entre la Sharia et le droit positif*. Ramdane Babadj. Curs: Europa davant la problemàtica jurídica del món islàmic. Novembre 1994

<sup>260</sup> FUNDACIÓ SERVEIS DE CULTURA POPULAR. *Quan l'Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya*. Ed. Alta Fulla 2<sup>o</sup> edició 1996. Pàg. 47

pogut produir. Segons Alfonso Carmona<sup>261</sup>, el *fiqh* seria una mena de jurisprudència islàmica tradicional, que no podem assimilar a la nostra concepte de jurisprudència i que també difereix del concepte *amal*, com a producció jurisprudencial dels tribunals del *cadí*. Ara bé, hi ha autors que semblen assimilar el *fiqh* a la llei musulmana o al que l'anomenen “antic dret musulmà”. Aquests autors distingeixen la xara del *fiqh*, emmarcant la primera dins del camp de la utopia, la llei divina, la llei revelada, i la segona dins del camp de la legislació, el dret pròpiament dit, ja que a l'Islam el text sagrat no té tant una funció legislativa com una funció litúrgica. La xara seria el dret constituït per les dues fonts del dret principals, l'Alcorà i la *Sunna*, i el *fiqh* es nodriria bàsicament per les altres dues, l'*ijmà* i el *qiyàs*. Des d'aquesta perspectiva, el *fiqh* seria el tot i la xara una part d'aquest dret tradicional islàmic.

Dret musulmà que és una expressió aliena a la llei islàmica que s'ha imposat recentment. Segurament correspon a l'aprehensió per la ciència occidental de les disposicions pròpiament jurídiques de la xara.

El dret dels països musulmans, que és un terme que amaga realitats molt diverses que van des de la total submissió al dret islàmic com a Aràbia Saudita a una absència pràcticament total d'aquest com és el cas de Turquia passant per situacions intermèdies que són les més nombroses.

Ara bé, en realitat reconèixer aquests conceptes que acabem d'exposar és més difícil perquè no a tot arreu utilitzen el mateix terme per designar el mateix concepte. Al llarg de la meua exposició tractaré de cenyir-me als termes i conceptes acabats d'exposar, però a vegades és difícil des de la perspectiva de jurista occidental entendre aquests categories o classificacions jurídiques. Per això, cal obrir la perspectiva i, fins i tot, treure les pròpies conclusions per clarificar tot el sistema i poder entendre'l així millor.

Personalment, al llarg de present treball, seguint les diferents obres sobre dret islàmic analitzades i d'acord amb les precisions fetes, he utilitzat el terme xara com la llei divina i revelada, que configura el dret islàmic tradicional. He preferit també el terme dret islàmic al de dret musulmà.

De totes maneres malgrat haver delimitat el concepte o el terme a utilitzar, el que cal també és veure com he dit abans quina és la relació entre la xara o dret islàmic (segons el nom que rebí per identificar el mateix concepte) i el dret positiu en els

---

<sup>261</sup> En la seva intervenció en el Curs: Europa davant la problemàtica jurídica del món islàmic. Novembre de 1994 en parlar de "*La percepció del dret al món àrab*".

diferents països i quin lloc ocupa en els respectius ordenaments jurídics. Potser aquesta anàlisi també està massa enfocada des de la nostra perspectiva de dret occidental i sobretot de dret codificat i /o escrit sotmès sempre a l'imperi de la llei. Malgrat tot, crec que és útil a l'hora d'analitzar aquest dret islàmic que ens arriba als nostres ordenaments com a dret estranger, majoritàriament com a llei personal dels litigants. Un dret islàmic que ens arriba contingut en textos normatius positius paral·lels als nostres per tal de aplicar-lo als conflictes de família entre ciutadans magribins que es produeixen a Europa.

Així, la preponderància o no del que anomenem xara o dret islàmic varia en els diferents països. N'hi ha que donen al dret islàmic una importància fonamental i primordial com ara Aràbia Saudita, Oman que no tenen constitució, l'antic Iemen del Nord i Líbia. D'altres estableixen que el dret islàmic és la font principal de la legislació com ara Síria, Bahrain, Sudan i Qatar. Un tercer grup de països situa el dret islàmic com una font principal, sembla que no pas l'única. Aquest països són Egipte, Emirats Àrabs Units i Kuwait. Curiosament als països del Magrib no es menciona el lloc que ocupa el dret islàmic dintre de la seva llei fonamental.

El cert és que el dret islàmic és present als diferents països i que configura la seva legislació en un sentit o altre. Perquè hi ha, doncs, diferències? En primer terme perquè com acabem d'exposar el dret islàmic no ocupa el mateix lloc dintre dels respectius ordenaments jurídics i en segon terme perquè sempre hi ha interpretacions més o menys estrictes responnent a realitats socioeconòmiques i culturals també diferents, malgrat que teòricament es digui que es tracta d'un dret tancat i inamovible, ja que si més no des d'una perspectiva legal el dret islàmic s'ha de considerar com un sistema legal evolutiu.<sup>262</sup>

El fet és que dintre del dret islàmica es poden parlar de diferents tendències i escoles: així, es pot destacar, per exemple, el ritus malikita, considerat com a força tradicionalista; que és l'escola fundada per Malik Ibn Anas que en aquell moment tenia un gran prestigi en el món islàmic i que actualment encara està en vigor a bona part del Magrib i també cal esmentar els xiïtes i el cisma que va suposar.

En definitiva, doncs, no hi ha una unitat de dret islàmic i tot plegat juntament amb la evolució pròpia de cada país ha propiciat que s'anessin introduint modificacions

---

<sup>262</sup> NOEL J. COULSON: *Historia del Derecho Islámico*. Biblioteca Islam Contemporáneo 10. Edicions Bellaterra 1998. Pàg. 12.

al dret islàmic o que aquest es reinterpretés de manera diferent, sovint utilitzant tècniques i mitjans discutibles, que s'han concretat en reformes legislatives dels diferents textos normatius de dret positiu dels diferents països.

Seria una treball massa extens i allunyat d'aquest estudi, entrar en la discussió extensa al voltant de la legitimitat de canvis legislatius produïts en països del Magrib. Des d'Occident, per exemple, qualifiquem d'avançada i progressista legislacions com la de Tunísia que sembla allunyar-se de la tradició pròpiament islàmica. Cal preguntar-se, doncs, si és així realment i si això llavors constitueix un atac a les pròpies tradicions islàmiques, abocant a tots aquests països cap a una occidentalització per assolir la modernitat.

Ja he dit que entrar en una anàlisi detallada i extensa de la qüestió no és l'objectiu primordial d'aquest estudi, però si hem de tenir present les reformes que en el dret de família, tradicionalment de clara inspiració islàmica que s'han produït en els països del Magrib, els fonaments jurídics i religiosos de fons que l'han propiciat i com aquests canvis afectaran a l'aplicació d'aquest dret personal als països europeus i en concret a Espanya.

## a.2 Les fonts del dret islàmic.

D'entrada, cal parlar de les fonts del dret islàmic. L'estudi detallat d'aquestes fonts potser requerirà una ullada al passat i el dret històric. Parlem de fonts del dret islàmic en plural, perquè l'Alcorà i la *Sunna*, que constitueixen el que s'anomena xara o llei revelada i que, en conseqüència, són el primer fonament o font del dret, no donen resposta a tot. Ben aviat, per tant, es deixarà sentir la necessitat d'una tercera font de dret *l'ijmà*: una interpretació davant d'un cas nou adquirirà força de llei quan obtingui el reconeixement unànim de la comunitat musulmana. Així es pot considerar que el consentiment general és una manifestació indirecta de la revelació. Les controvèrsies dels doctors sobre la utilització restrictiva o extensiva del raonament per analogia portaren a reconèixer el *qiyàs* o deducció analògica com una altra font del dret. També amb l'establiment del poder de l'estat musulmà sorgirà una nova font lligada al poder del sobirà que podrà dictar normes, originant també així l'especificitat de cada un dels ordenaments dels diferents països.

Cal tenir present que inicialment l'accés a la revelació de la voluntat divina es va tancar amb la mort de Mahoma i, per tant, la llei divina revelada, la xara es va

considerar en un principi immutable i estable, però el cert és que ja des de bon començament aquesta llei revelada no donava resposta a tots els problemes. El propi Mahoma va haver d'afrontar durant el seu govern a Medina diversos problemes, derivats alguns d'ells fins i tot dels propis termes de l'Alcorà. Considerat el jutge suprem - recórrer a un àrbitre pagà havia estat refusat pel propi Alcorà- Mahoma es va limitar a donar solucions concretes per a casos concrets, però no va construir en absolut un codi de lleis.<sup>263</sup>

Aquesta situació fa que sigui necessari parlar de fonts del dret més enllà de l'Alcorà que evidentment és el fonament essencial de la xara o llei islàmica, malgrat que com ja hem avançat aquest text no és sols un codi legislatiu segons la concepció occidental.

### **a.2.1 Les fonts principals:**

#### **a) L'Alcorà**

L'Alcorà que significa lectura o proclamació, és el text sagrat i la font principal. Consta de 114 capítols o sures dividits a la seva vegada en versicles o *ayat*. No tenen un ordre lògic, ni estan agrupats per matèries. La classificació de les sures es fa més aviat per la seva extensió. A l'interior dels de cada capítol els versets se succeeixen sense cap lligam. Entre els escriptors musulmans els capítols alcorànics es coneixen no pel seu número sinó pel seu títol. S'hi distingeixen, dos períodes de la vida de Mahoma: el de la Meca i el de Medina. El primer està narrat amb un estil líric i en capítols curts (les anomenades sures mequines), al segon és on trobem el contingut jurídic en capítols més llargs (les sures medinines). Potser és per això que hi ha qui afirma que aquest text és una barreja d'empremtes nòmades i sedentàries.<sup>264</sup> La predicació del profeta que es recull a l'Alcorà va tenir lloc en un context clarament definit, l'Aràbia del segle VII, però no va ser recollit per escrit fins ben bé vint anys després de la mort de Mahoma. Durant la predicació del profeta milers de versets de l'Alcorà foren conservats per escrits, gravats en omòplats de camells, en branques de palmera a les pedres i, fins i tot, al pit d'alguns creient.<sup>265</sup> Aquesta revelació però corria el perill de perdre's amb el pas del temps i amb les guerres d'expansió religioses. Els tres primers califes recopilaren

---

<sup>263</sup> *Historia del Derecho Islámico* (ob.cit.) Pàg. 32.

<sup>264</sup> *Le Droit Musulman*. Raymon Charles. Que sais-je? Núm. 702. Ed. Presses Universitaires de France. 1965. Pàg. 12.

versets però no va ser sinó Uthman (644-655) qui va establir la redacció definitiva que ha arribat als nostres dies. Les altres recopilacions foren destruïdes. L'autor concret d'algunes d'aquestes recopilacions fou Zaid secretari del propi profeta.<sup>266</sup>

Cal tenir present que l'Alcorà no va ser recopilat segons l'ordre cronològic. És per això que curiosament les sures del període de la Meca, que fou el primer en el temps i que són les més curtes i antigues són les situades al final del llibre. Aquestes sures tenen un estil més líric i són fruit de la vida del profeta a la Meca marcada per l'escepticisme dels mercaders davant les seves predicacions. Les sures del període de Medina que són les més noves i llargues estan situades al principi del llibre i corresponen al període de la vida del profeta mercat per l'assentament i la cohabitació amb altres religions com la jueva o la cristiana. En aquestes segones és on, a més, es recullen les disposicions jurídiques.<sup>267</sup>

L'excepció a tot això és la sura d'obertura que és molt curta i les dues últimes que són fórmules màgiques per protegir el text sagrat.

A la Meca Mahoma és un predicador ardent, a Medina és més un legislador. Aquí és on es podria trobar certa correspondència entre un plantejament sedentari a la primera part (l'època de Medina) o un plantejament més nòmada a la segona (l'època de la Meca).

L'Alcorà recull normes jurídiques però també i abans que res és una llei religiosa que ordena el comportament dels creients musulmans.<sup>268</sup> Així, de manera molt resumida podríem dir que en aquest text hi trobaríem les normes de urbanitat i cortesia, bons modals i els principis a seguir per tot musulmà. La primera sura els musulmans la reciten com una oració i cada sura comença amb la fórmula clàssica "En el nom de Deu,

---

<sup>265</sup> *Quan l'Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya.* (ob. cit.) Pàg. 29.

<sup>266</sup> *Le Droit Musulman.* (ob. cit.) Pàg. 13.

Igualment en l'edició de *El Corán* de l'Editorial Planeta comentada per Juan Vernet de 1991 a les pàgines XIII i XIV de la introducció es comenta que el Califa Abu Bakr va cridar a Zayd ben Thabit natural de Medina i amb vint anys d'edat que havia estat escriba del Profeta per a que preparés una edició íntegra del Coran. Zayd va començar reunint tots els textos que va poder trobar. Els va copiar en fulls o pergamins i va recopilar alguns altres que només coneixien uns quants. Aquest text així creat va ser propietat del Califa Abu Bakr i després el van heretar Umar i la seva filla.

<sup>267</sup> <sup>(46)</sup> A títol d'exemple es pot citar la sura 4, 127/128: "si una dona té por que per part del seu marit es cometi, mal tractament, no cometen cap falta cap dels dos esposos en intentar arribar a un acord, doncs la concordia és un bé.(...)", corresponent a les sures de Medina i la sura 37, 73/75 "Noé ens invocà! Que be que fan els que escolten!", corresponent a les sures de la Meca. (textos de les sures traduïts al català a partir de l'edició en castellà de: *El Corán. Introducción, Traducción y nota de Juan Vernet.* Ed. Planeta 1991.)

<sup>268</sup> <sup>(47)</sup> *Le Droit Musulman.* (ob. cit.) Pàg. 13. "Ce livre sacré, (...) n'est rien moins qu'un code: il est bien loin de contenir tout le droit musulman".

el compassiu, el misericordiós". Els preceptes legals es refereixen bàsicament al matrimoni i a la família, i a qüestions de dret penal sense cap construcció legal global. De fet, tan sols uns 80 versets tracten de temes jurídics estrictament i en total es pot considerar que hi ha uns 500 o 600 articles amb cert contingut jurídic d'un total de 6.219. El dret que recull l'Alcorà era un dret per a una tribu, que era l'estructura bàsica existent abans de l'establiment del islam i un dret inacabat perquè el profeta morí sense poder donar regles per a tot.

L'Alcorà no va ser imprès per primera vegada a Europa fins el segle XVI. L'Alcorà té una gran musicalitat que fa que sigui un llibre per ser recitat o llegit en veu alta. Al mateix temps la traducció del seu contingut no està ben considerada, encara que l'Alcorà s'ha editat en més de 70 llengües.

Malgrat les recriminacions que es fan en l'actualitat a la normativa alcorànica, es podria dir que per a la seva època era progressista. Així, respecte a les dones es millora la seva condició sobre tot en qüestions succeòries, tenint dret a l'herència. Limita el matrimoni poligàmic a quatre esposes i sempre que es puguin mantenir equitativament a totes elles. En el camp penal tot i que la llei del talió està permesa, la venjança no ha d'obrir camí a una nova venjança de manera que es creï una cadena inacabable. Es prohibeix la matança de nenes acabades de néixer i tot i que es castiga l'adulteri aquest s'ha de provar inequívocament.

És potser la seva evolució posterior i la interpretació que s'ha fet d'aquest text durant segles que ha dut per una banda a pràctiques incomprensibles des d'Occident i per una altra a l'estancament en certes concepcions, per exemple, sobre la discriminació de les dones que fins fa poc eren encara vigents a les dues bandes de la Mediterrània i a tota Europa.

De fet, és en la pròpia revisió o no de l'Alcorà on comença la discussió de la possibilitat d'evolució del dret islàmic. En termes generals tots els musulmans es posaran fàcilment d'acord en què l'Alcorà forma part del nucli de la seva religió que s'ha de conservar en la seva globalitat i només hi cap la discussió de si és possible una reinterpretació o no. Evidentment, davant d'aquesta qüestió hi ha els que refusen qualsevol interpretació possible com, per exemple, els wahhabites i corrents afins, i els que respectant el propi Alcorà accepten els valors moderns encara que sigui forans, sempre que siguin profitosos a la comunitat musulmana.



## **b) La *Sunna*.**

Com ja he exposat l'Alcorà no havia previst totes les situacions. Calia, doncs, una altra font del dret que suplís aquestes omissions. Així és com apareix la *Sunna* o santa tradició, constituïda pel conjunt de paraules, fets i gestos de Mahoma que interpreten i completen la revelació continguda a l'Alcorà i que juntament amb aquest constitueixen la part sagrada del dret islàmic. S'ha arribat a afirmar que la *Sunna* pot passar-se de l'Alcorà però no a la inversa i que en les qüestions controvertides la *Sunna* decideix contra l'autoritat de l'Alcorà. Aquestes paraules enteses des d'una perspectiva occidental ens podríem portar a entendre la *Sunna* com a font jeràrquicament superior a l'Alcorà, clar que aquest principi de jerarquia de fonts va íntimament lligat al principi de legalitat fruit de l'evolució occidental i seria entenc, si més no perillós, voler entendre segons canons del nostre dret positiu el dret islàmic contingut a la xara, donat la seva diferència.

L'explicació de la universalitat d'aquests costums ve donada des de la perspectiva d'anàlisi islàmica, no per la primacia d'una norma sobre l'altra a l'estil occidental sinó pel fet que la *Sunna* està constituïda pels costums del *Hedjaz* (actual Aràbia Saudita) a l'època de l'Hègira (emigració de Medina a la Meca).<sup>269</sup> Els diferents *hadit* són utilitzats en la lluita entre partits, fent-los servir en funció de les seves tesis, a l'igual que les diferents escoles. A partir del segle II de l'Hègira comença la fàbrica dels *hadit* tendenciosos.

Per tant, per arribar a considerar quins *hadit* es podien utilitzar per fixar la *Sunna*, com a font sagrada, calia destriar quines de les sentències, afirmacions i reflexions de Mahoma eren veritablement atribuïdes a ell i així va aparèixer la ciència dels *hadit*, que consistia en analitzar cada *hadit* o notícia tenint en compte la seva cadena de transmissions (*isnad*) i el seu contingut (*math*). En la seva forma final els *hadit* estan encapçalats, doncs, per una llista d'aquells que han contribuït a la seva transmissió, que idealment s'ha de remontar fins el propi Mahoma o un company proper amb qui hagués parlat directament. Eliminant els *hadit* amb una cadena de transmissió més feble es va arribar a recopilar sis reculls. En el món sunnita les col·leccions més famoses i respectades són les de Al-Bukharí (que va recollir 8.000 tradicions) i Muslim ibn al-hajjaj, anomenats

---

<sup>269</sup> BOUIA, BADIA – DUPUY, CECILIA: *Dones marroquines*. Quadern 3 per a conèixer en la diversitat - Generalitat de Catalunya – Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.

reculls autèntics perquè s'han eliminat els textos apròcrifs.<sup>270</sup> El món xiïta també té un bon nombre de reculls de *hadit*, destacant potser com a més significativa la de al-Kulaynu.<sup>271</sup>

### c) L'*ijmà*.

L'Alcorà i la *Sunna* que constitueixen la xara o llei revelada, no donen resposta a tot, per la qual cosa calen altres mètodes per crear llei islàmica que doni resposta a les situacions no previstes.

En aquest context apareix la tercera font del dret: L'*ijmà*, que des d'una perspectiva occidental podria anomenar consens. De fet, l'*ijmà* seria el consentiment general que fa que una determinada manifestació sigui considerada revelació i, per tant, font del dret, aquesta és, doncs, una font fonamentada sobre la infal·libilitat de la comunitat musulmana quan el parer d'aquesta és unànim. La comunitat, entesa estrictament, hauria d'englobar tots els musulmans. En l'origen de la comunitat musulmana les qüestions es discutien des d'una perspectiva "democràtica" i, per tant, des d'aquesta perspectiva tenia sentit aquesta font del dret, ja que la comunitat s'entenia com el conjunt de tots tant erudits com profans. El cert és que la comunitat que es té en compte per a aquesta activitat creadora de dret és el conjunt format per teòlegs i juristes d'una mateixa època. És a dir: seria una mena de consens entre els erudits i parteix de la premissa del mateix Mahoma que la comunitat no s'ha de posar mai d'acord en l'error.<sup>272</sup>

També hi ha qui considera l'*ijmà* com a la veritable font del dret musulmà, perquè les altres dues (Alcorà i *Sunna*) serien les fonts històriques.

**d) El Qiyàs.** Les controvèrsies entre els diferents erudits sobre la utilització extensiva o restrictiva del mètode analògic portaren precisament a reconèixer la deducció analògica com una nova font del dret, que de totes maneres no serà plenament reconeguda si no té l'aprovació unànim de la comunitat.<sup>273</sup>

---

<sup>270</sup> *Quan l'Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya.* (ob. cit.) Pàg. 30. També cal veure MILLOT, L. I BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman.* Dalloz. 2<sup>e</sup> ed. 2001.

<sup>271</sup> GORDON, M. S.: *Entender el Islam.* Ed. Blume, 2004.

També s'ha estudiat la participació de les dones en la creació dels *hadit* com a part de la cadena de transmissió. Així, KUSHA, H. R.: *The Sacred Law of Islam. A case study of women's treatment in the Islamic Republic of Iran's criminal justice system.* Ashgate Publishing Company 2002.

<sup>272</sup> *Quan l'Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya.* (ob. cit.) Pàg. 49.

<sup>273</sup> *Le Droit Musulman.* (ob. cit.) Pàg. 16-17.

*Qiyàs*, doncs, es podria definir com a l'ús del raonament per analogia i es configura com a quarta font del dret. Aquesta font havia de permetre en el seu moment adaptar a l'actualitat els preceptes de les altres tres fonts. El problema és que des del segle X s'han impedit la creació de qualsevol escola jurídica que representés una novetat a través del tancament de l'*ijtihad*, que podríem traduir com el tancament de la porta de l'esforç.

Aquestes serien les quatre fonts tradicionals del dret islàmic, però per configurar-les o constituir-les hi ha múltiples tècniques, que alguns autors arriben a configurar com a fonts del dret secundàries.

Ja hem vist que per formar-se la *Sunna* es fa servir la tècnica del *hadit*.

Per arribar a la formació del *qiyàs*, "l'analogia" s'utilitza el *rày*. El *rày* és l'opinió d'un jurista que emet per suplir el silenci dels textos sagrats o per manca de precedent.<sup>274</sup> Aquest sistema d'interpretació humana és el que derivarà en el *qiyàs*, quan la simple interpretació ja no és solució, acabant recorrent a l'analogia.<sup>275</sup>

Com a mecanisme d'interpretació de la llei islàmica, també cal parlar del sistema de *tafzir* o explicació textual de la llei formal, utilitzat sobretot als primers temps de l'Islam on l'intèrpret només podria explicar els casos que la llei per dificultats gramaticals o lingüístiques no explicava prou bé, però sense innovar res. És un comentari, una anàlisi d'un teòleg o d'un jutge religiós però no és pròpiament font del dret des del punt de vista que no aporta res de nou, encara que algun autor l'englobi com una mena de tercera font originària en explicar el contingut de l'Alcorà i la *Sunna*.<sup>276</sup>

### **a.2.2. Les fonts secundàries o espontànies<sup>277</sup>.**

En l'àmbit d'aquestes altres possibles fonts del dret caldria també parlar de l'*orf* que seria una mena de costum jurídic i de l'*amal* o jurisprudència que supleix les llacunes de la xara que es posen de manifest a la pràctica. Aquesta és, doncs, més el

---

<sup>274</sup> *Quan l'Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya.* (ob. cit.) Pàg. 49.

<sup>275</sup> *Aquestes definicions estant extretes de "Le Droit Musulman".* (ob. cit). Per entendre aquests conceptes sempre són bons alguns exemples. Així un exemple de Kiyas o analogia seria: "el vi està prohibit, per tant també totes les begudes fermentades". (Exemple extret de: *Quan l'Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya.* (ob. cit.) Pàg. 49.

<sup>276</sup> Veure PANSIER, F.-J.; GUELLATY, K.: *Le droit musulman*. Col. Que sais -je? PUF 2000. En el sentit exposat de tercera font originària cal veure MILLOT, L. I BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001.

<sup>277</sup> Segons definició de MILLOT, L. I BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001.

concepte de jurisprudència similar al nostre. Els jutges han d'anar trobant solució als problemes pràctics que, fins i tot, pot ser en contra de l'opinió majoritària per evitar un mal. Els seus successors seguiran l'establert per aquest jutge, però no prevaldrà mai davant de l'Alcorà i la *Sunna*. El paper de la jurisprudència en la formació del dret es valora de manera recent. En la tecnologia jurídica musulmana la paraula *amal* no ha estat suficientment compresa i per això les opinions dels diferents autors varien. Existeixen però reculls especials de jurisprudència amb comentaris analítics i crítics. Un dels més coneguts és un recull d'abast local ja que recull la jurisprudència dels *cadis* de Fes "*Amal al-Fäsi*". També existeix, però, un recull de jurisprudència general "*Amal al-Mutlak*"

Totes aquestes fonts del dret com es pot veure ajuden als erudits, teòlegs i juristes a crear una mena d'interpretació. Aquesta interpretació pot ser més o menys tancada però és evident, malgrat el tancament de l'*ijtihad*, que el sistema de dret islàmic és un sistema igualment evolutiu igual que els altres i s'ha d'estudiar o entendre des d'aquesta perspectiva.

Les quatre fonts principals diuen que estan jerarquitzades, però aquesta jerarquia ja hem vist que no la podem entendre des de la nostra perspectiva occidental del principi de legalitat, és simplement una graduació en importància de les diferents fonts, guiades totes elles per la xara.

### **a.2.3 El *Qanoun*.**<sup>278</sup>

Aquesta és una font del dret que es pot considerar que apareix quan l'estat musulmà s'estableix, ja que es tracta dels reglaments dictats pels sobirans i que podríem exemplificar des de les primeres normes dictades pels califes fins els *firman* turcs o els *dahir* marroquins o els *beylical* de Tunísia. Ara bé, aquesta font del dret en principi està formalment lligada i condicionada per la llei sagrada continguda a la xara. De fet, partint de la concepció establerta al segle X que el dret musulmà és un dret tancat, es considera que aquesta font del dret només pot utilitzar-se purament en aquelles matèries que no estan tractades per la xara. Quan emanen de parlaments escollits pel poble aquest textos es poden considerar del tot legítims en virtut del mateix principi utilitzat per l'*ijmà*, que parteix del fet que la comunitat musulmana no pot estar en un error. És per

---

<sup>278</sup> Raymon Charles en el seu llibre *Le Droit Musulman*. (ob. cit). i Veure PANSIER, F.-J.; GUELLATY, K.: *Le droit musulman*. Col. Que sais -je? PUF 2000. En el sentit exposat de tercera font originària cal veure MILLOT, L. I BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001.

aquest motiu que en molts països musulmans s'imposa als representants del poble la condició que sigui de confessió musulmana.

D'acord amb aquest criteri molts països ha promulgat recentment les seves codificacions i legislacions positives, algunes d'elles amb canvis sobre qüestions reconegudes tradicionalment com les actuals legislacions de Tunísia que prohibeixen poligàmia i repudi, o la legislació del Marroc que es va adaptar i suavitzar per entrar en la Conferència de la Haia ja fa una dècada i que ara a sofert una recent reforma.

### a.3 L'evolució històrica i jurídica del dret islàmic.

Partint de la perspectiva de considerar la xara o dret islàmic com un dret evolutiu i per tal d'entendre millor el dret islàmic que ens ha arribat a l'actualitat i que està darrera de les textos de dret positiu dels països del Magrib, cal tenir present si més no a grans trets la seva evolució.<sup>279</sup>

L'Islam va néixer en el si d'una societat marcadament tribal i aquests concepte de tribu configura bona part del seu esperit i de la seva primera evolució. La llei consuetudinària existent a l'Aràbia del segle VI era clarament tribal amb algunes variants degut a la característica pròpia de cada comunitat. Així, prenent les comunitats de vida de Mahoma, la Meca era un centre comercial on sembla que va existir una primitiva administració legal mentre que Medina, zona agrícola disposava bàsicament de normes elementals sobre la tinència de terres. Aquestes tribus aràbigues no tenien una autoritat legislativa, ni cap òrgan encarregat d'administrar la llei. Aquestes tribus a través del vincle de la fe van acceptar a Mahoma com a Profeta, enviat de Deu i element cohesionador d'un nou grup.

La revelació del profeta plasmada en l'Alcorà a nivell jurídic era pràcticament una formulació d'una ètica religiosa islàmica amb poc més de vuitanta versicles que tracten de temes purament jurídics. De seguida sorgeix, doncs, el problema ja apuntat de la manca de solucions per a tot en el propi l'Alcorà, que primitivament són cobertes per l'aplicació en la primera comunitat musulmana de les lleis consuetudinàries anteriors encara vigents. Però, malgrat tot, no hi ha solucions per a tots els problemes d'organització d'una societat i aviat se sent la necessitat d'omplir aquests buits legals. Mentre va viure Mahoma, ell i els seguidors van anar pal·liant puntualment aquests buits, però sense cap estructura ni organització legal. Les conquestes geogràfiques que

expansionaven l'islam van deixar palès la necessitat sobretot d'una organització administrativa i això és el que va consolidar bàsicament la dinastia Omeia. Al mateix temps en aquest període Omeia es van anar infiltrant els patrons i la lleis consuetudinàries dels territoris conquerits, i entre l'equip de funcionaris es creava el *cadí* que era un jutge especial, delegat del governador i encarregat de dirimir les controvèrsies. L'existència d'aquest *cadí* i les seves decisions i actuacions cal emmarcar-les en el context local on es trobava, variant així d'un territori a l'altre i en el fet d'estar sotmès, com a funcionari que era, a la autoritat política. De tot plegat es dedueix que durant el període omeia el que es va fer va ser crear un sistema administratiu però no una ciència del dret.

La pràctica dels omeies va fracassar en el fet de plasmar el veritable esperit de les normes alcoràniques i davant d'aquest fet erudits i piadosos de les lleis van començar a establir els models de conducta a seguir. Sorgeixen així les diferents escoles jurídiques i amb elles la formulació de les fonts del dret islàmic. És en aquest període quan sorgeix l'anomenada font del dret *Sunna*, que s'anirà polint i precisant amb el temps. La *Sunna* es configura com la doctrina legal establerta per una escola i ja no com la pràctica consuetudinària com s'havia entès fins aleshores.

Les escoles sorgeixen lligades a la seva comunitat i al tarannà d'aquesta. Així, mentre els primers juristes de Medina són més tradicionalistes, els de Kufa, una societat recentment creada, eren més innovadors.

Les escoles van rivalitzar per tal de fixar qui tenia la veritable expressió del codi de conducta islàmic i aquesta polèmica va donar lloc a diferents tendències en el sí de cada escola. Per aquest motiu calia una doctrina unificadora que va venir de la mà de Muhammad ibn Idris ash-Shafí. Aquest jurista va consolidar els avanços fets per un contemporani seu de Kufa una mica més gran i va establir clarament l'existència de quatre fonts o arrels de la llei, les *usul*. La primera d'aquestes fonts era l'Alcorà, la *Sunna* en el sentit de conducta inspirada per Deu a Mahoma és la segona font de la llei. Per a ash-Shafí l'Alcorà només pot ser abrogat pel propi Alcorà i la *Sunna* tan sols per la *Sunna*, que no pot contradir l'Alcorà sinó sols explicar-lo, a l'igual que l'Alcorà no pot abrogar la *Sunna* perquè seria anul·lar el seu paper explicatiu. La tercera font de la llei per a ash-Shafí era el consens o *ijmà*. Aquests consens no podia ser d'una sola comunitat islàmica sinó de tota la comunitat incloent en aquesta erudits, homes de lleis i també profans. Ara bé, ash-Shafí no entenia aquesta font com a font importat de la llei i la seva

---

<sup>279</sup> *Historia del Derecho Islámico*. (ob. cit).

competència es limitava a certs aspectes. La darrera i quarta font de la llei per a ash-Shafi era el raonament per analogia o *kiyas*.

Predecessors d'ash-Shafi estaven acostumats a mètodes més arbitraris, com els *rày* ("especulació jurídica") o els *istihsan* ("preferència jurídica") i, evidentment, això duia a la existència de diverses doctrines. Malgrat això, els erudits islàmics reconeixen a ash-Shafi com el fundador de la jurisprudència musulmana.

Durant el segle següent a la mort de ash-Shafi la *Sunna* del profeta va ser el punt de mira i els especialistes es dedicaren a adjuntar, documentar i classificar les tradicions.

A principis del segle X l'evolució jurídica havia culminat en el que podríem anomenar la teoria clàssica del dret. Segons aquesta concepció clàssica donat que la llei només pot ser ordenada per mandats divins o xara, la jurisprudència és la ciència del *fiqh* que seria com la ciència d'entendre la llei i, per tant, les fonts de dret (*usul al-fiqh*) són els principis pels quals aquesta comprensió pot ser assolida. Les quatre fonts del dret segons els clàssics són: la paraula de Deu continguda a l'Alcorà, la conducta inspirada per Deu o *Sunna* del profeta, el raonament per analogia o *qiyàs* i el consens de la opinió o *ijmà*. Ara bé, a la teoria clàssica a diferència del que havia fixat ash-Shafi la *Sunna* tan pot explicar l'Alcorà com revocar-lo. Encara que la diferència bàsica entre la posició de ash-Shafi i la doctrina clàssica la trobem a la concepció de la *ijmà*, que deixa de ser una font menor per ser una font pròpia del dret.

El dret islàmic a principis del segle X va reconèixer que la seva forma creadora s'havia acabat: és el que s'anomena "el tancament de la porta de l'*ijtihad*". Aquesta capacitat creadora va ser substituïda per la imitació (*taqlid*). Per tant, a partir d'aquest moment cada jurista era un imitador. Aquest tancament va fer que a partir d'aquest moment tots els esforços jurídics es destinaven a l'explicació dels treballs més exhaustius dels primers juristes i, en conseqüència, aquesta llei així considerada es va considerar autoritat suprema i es va mantenir tancada fins a l'arribada del modernisme legal ja en el present segle.

La creació jurídica va quedar aturada durant segles fins l'arribada del segle XIX quan amb el colonialisme europeu va arribar als països islàmics. Fins a aquest moment l'estructura dels estats musulmans i la seva societat s'havia mantingut estàtica, per aquest motiu la xara havia pogut adaptar-se a les exigències del pas del temps. El xoc o trencament bruscat de la societat islàmica comença amb el contacte cada vegada més estret amb les societats europees a través de la conquesta dels seus territoris per part de

les potències colonials europees. La civilització europea que arriba a terres de l'islam tenia unes institucions i fonaments polítics, socials, econòmics, culturals i legals totalment estranys a les concepcions islàmiques. La doctrina del *taqlid* havia abocat a una rigidesa extrema que ara no era vàlida per conviure i, fins i tot, moure's i adaptar-se a la nova societat que es proposava des d'occident. Això va comportar en un principi la impressió que la xara ja no servia per adaptar-se la nova societat que es proposava des d'Occident i, per tant, que aquesta s'havia d'abandonar i adoptar les lleis d'inspiració occidental. Les branques del dret que més afectaven a les relacions entre els estats musulmans i els estats occidentals eren les normes penals i les comercials. El dret europeu ja durant el segle XIX havia aconseguit a través d'un sistema de capitulacions amb l'imperi otomà que els ciutadans occidentals residents a l'Orient Mitjà seria governats segons les seves pròpies lleis. S'establí així una primera normativa que avui qualificaríem com a dret conflictual o de Dret Internacional Privat, a través d'un sistema semblant a un conveni internacional que remetia a l'aplicació de les normes personals pròpies fent servir com a punt de connexió precisament la nacionalitat o procedència de l'individu en concret. Així, el que va passar és, que arran d'aquestes disposicions l'imperi otomà es va anar familiaritzant amb les llei europees i que aquestes fossin acollides pel propi imperi amb les reformes anomenades Tanzimat entre 1839 i 1876. Així, el codi de dret mercantil de 1850 o el codi penal de 1858 contenen traduccions directes de les mateixes normes però en l'àmbit francès. A més, cal tenir present que l'imperi otomà rep les lleis europees creades o recopilades gràcies a la tendència continental generalitzada, en aquell moment, cap a la codificació, procés que així també influeix en l'ordenament islàmic. A més, la promulgació d'aquestes lleis va portar a la necessitat d'un nou sistema de tribunals laics per aplicar-lo i les bases del dret civil codificades entre 1869 i 1876 en la compilació coneguda com a *Majalla* o *Mejelle*, un codi que es considera d'inspiració hanafi en el seu contingut. El Codi Civil o *Majalla*, publicat el 10-03-1869, consagra principalment les solucions de dret musulmà i en tot el que fa a les qüestions que s'engloben dintre de l'estatut personal (edat, capacitat, matrimoni, repudi, successions, filiació...) continua sotmès a la xara. No serà fins a la revolució de Nustafa Kemal, qui trencant amb el passat, transformarà el país en un estat de civilització occidental i legislació laïcitzada.

Egipte va anar més lluny a partir de 1875 promulgant a part de codis penals, mercantils i marítims de clara influència francesa, també codis civils directament inspirats en el dret francès i conservant alguna disposició de la xara, referida a les



qüestions lligades a l'estatut personal, com acostumaran a fer la resta de legislacions dels altres països que seguiran també aquesta tendència.

A conseqüència d'aquests processos cap a mitjans del segle XX les lleis penals dels països islàmics estaven pràcticament occidentalitzades amb diferències segons les zones i la seva evolució pròpia.

Evidentment, els doctors de la llei religiosa s'oposaren a aquest procés d'occidentalització ja en el seu inici però no prou fortament, ja que en el fons potser es pensava que era millor i més fàcil que la xara es deixés d'aplicar que intentar actualitzar-la a les noves exigències. A més, l'actitud dels diferents governants es podia justificar molt bé, tenint en compte que la tradició jurídica islàmica havia reconegut sempre el dret del sobirà a completar la doctrina de la xara a través de la seva jurisdicció el *mazalim* i l'adopció de codis d'inspiració occidentals podia englobar-se dintre d'aquestes atribucions.

L'acceptació de formes legals foranes va portar com a conseqüència la necessitat del canvi del sistema judicial fins aleshores basat en un tribunal únic el *cadí* sense un sistema d'apel·lació.

Tot aquests canvis van fer replantejar-se la doctrina del *taqlid* que es va començar a qüestionar. Al 1898 Muhammad Abduh (que també va ser un dels partidaris de la secularització al món àrab)<sup>280</sup> va preconitzar la reinterpretació dels principis continguts en la revelació divina per servir de base a la reforma jurídica. Aquesta postura era contrària a la teoria del tancament de la porta de l'*ijtihad* i van ser considerada una heretgia. Els partidaris d'aquesta postura van reaccionar negant la obligatorietat i l'existència de consens respecte d'aquest tancament. La realitat és que mai va existir consens sobre el tema i aquest punt va portar a grans controvèrsies en les que de fet el que es debatia era si es podia reformar la llei o no. Finalment, es va acceptar majoritàriament la possibilitat d'un nou *ijtihad* i deixar de banda les interpretacions dels clàssics i reinterpretar l'Alcorà i la *Sunna* a la llum de la vida moderna i en base a aquesta nou *ijtihad* tot i abans de la seva acceptació es van promulgar legislacions innovadores.

Des de la meitat de segle i fins l'actualitat la descolonització va portar la recuperació dels principis islàmics bàsics sovint abandonats per adoptar la llei occidental. Molts processos descolonitzadors van anar lligats a moviments d'inspiració

---

<sup>280</sup> TAMINI, Azzam: *¿Es viable secularizar el islam?* VANGUARDIA DOSSIER Núm 1 abril/junio 2002 “¿Hacia dónde va el Islam? Pag.56-60.

socialista i islàmica, però passats els anys i a la vista de la creixent crisi econòmica existent a molts països, juntament amb el sentiment que van ser explotats en mans occidentals a causa de les seves reserves naturals de petroli ha ressorgit, ha fet ressorgir l'Islam primitiu, preconitzant el retorn als principis com a salvació i solució. Aquest és el germen dels islamismes i integrismes que han crescut en les darreres dècades. Dins de l'actual tendència islamista, s'hi poden identificar dues variants: els integristes per una banda, que pretenen tornar als textos sagrats però respectant allò de positiu que la tradició ha anat oferint, i els fonamentalistes, que pretenen organitzar la societat aplicant amb exactitud els preceptes religiosos al marge d'Occident. Aquestes tendències acostumem a deslegitimar l'estat com es concep des d'Occident, i pretenen la unió política de la *Umma* o comunitat musulmana.

#### a.4 Les escoles jurídiques

Crec important per tal de poder comprendre millor les diferents posicions o tendències del dret islàmic i poder valorar millor realitzar un breu estudi de les escoles més importants.

**a) L'escola Malikita.** Fundada per Malik ibn Anas, jutge de Medina (mort el 796), és l'escola més antiga. Actualment està present a l'Àfrica del nord i occidental. Malik ibn Anas és l'autor del primer compendi escrit produït a l'Islam, l'anomenat *Muwatta*. Aquesta escola fundada en la oposició a l'ortodòxia existent en la seva època participa de l'acceptació general de les normes més estrictes amb la tendència a reivindicar la autoritat del profeta i la tradició. Cal recordar que les escoles comencen a sorgir després de l'època omeia, marcada per un relaxament de la veritable revelació.

La *Muwatta* va ser escrita en un moment en el que la preocupació màxima era assentar les bases de l'autoritat jurídica. Introdueix una jerarquia normativa on el primer lloc l'ocupa l'Alcorà, seguit de la *Sunna* i després del dret consuetudinari de Medina. El mètode de Malik era relatar els precedents tal i com eren coneguts i després considerar-los, interpretar-los i acceptar-los o no, segons el seu propi raonament i la tradició legal de Medina. Aquest compendi és essencialment un manual de la doctrina recolzada per la classe dirigent de Medina. La *Muwatta* està dividida en llibres basats en les seccions de

la llei com ara el matrimoni, però cada llibre és una col·lecció arbitrària i inconnexa de temes i normes particulars.

**b) L'escola hanafita.** Fundada per Abu-Hanifa, que era un jurista persa, es caracteritza per el seu rigor en la tria dels *hadit*. Per exemple, a diferència d'altres postures aquesta escola no admetia el divorci judicial de la dona a no ser que fos per causa de no consumació del matrimoni. És considerada, malgrat això, que és una de les escoles més liberals. Aquesta escola va introduir també el principi del precedent. Actualment s'entén per diferents indrets: Turquia, Jordània, Síria, l'Afganistan, Pakistan, l'Índia, Bangla Desh, l'Àsia central i Egipte.

**c) L'escola xafiïta.** El seu nom li ve de l'Imam Xafiï, les restes mortals del qual encara són venerades a una petita mesquita del Caire. És potser l'escola més oberta i defineix clarament les quatre fonts del dret segons ells: l'Alcorà, la *Sunna*, el consens o *ijmà* i l'analogia o *kiyas*. En època moderna aquesta escola, per exemple, en cas de maltractes del marit no permetia el divorci a la dona sinó una mena de separació judicial temporal. És potser l'escola predominant a la costa oriental d'Àfrica, Síria i a Malàisia.

**d) L'escola hanbalita.** Fundada per Ibn Hanbal, alumne de Xafiï, mort l'any 855. És la més rigorista i tradicional d'aquestes quatre escoles. No admet cap innovació, ni cap jutgament personal tret de tractar-se d'un cas de necessitat i propugna el retorn estricta a l'Alcorà i la *Sunna*. Per exemple, a diferència d'altres escoles aquesta creuen que amb les estipulacions desaconsellant un segon matrimoni ja n'hi ha prou per garantir els drets de les dones. Aquesta escola subsisteix a l'Aràbia Saudita gràcies a l'impuls que rebé en el segle XVIII per part del reformista Abd-al-Wahhab.

Les diferents escoles que s'enfrontaren durant temps suavitzaren les seves posicions cap el segle IX. De la multitud d'escoles que sorgiren, no totes van sobreviure i aquestes quatre que he exposat són potser les més representatives.

Tradicionalment les escoles malikita i hanafí s'havien assimilat per les seves semblances davant les escoles xafiïta i hanbalita. Aquestes dues posicions contraposades s'apreciaven en el reconeixement de les fonts suplementàries de la llei. En aquest aspecte la xafiïta i l'hanbalita eren defensores d'un mètode jurídic més

tradicional, malgrat que el contingut d'algunes de les seves doctrines puguin ser més obertes com és el cas de l'escola xafiïta.

#### a.5 “Els diferents islams”

De manera molt simplificada i gairebé a títol informatiu és important fer una pinzellada de les dues branques existents en el si de l'islam.

Igualment que no s'havien previst totes les solucions per a la organització d'una societat, Mahoma tampoc va preveure cap disposició relacionada amb la seva successió. Aquest buit legal o de disposicions també es va haver de suplir. La comunitat musulmana no era cap estat en els termes que defineixen l'estat com a tal. Les normes consuetudinàries establien com a successor a Alí, però els musulmans es van aplegar en torn d'Abu-Bakr com a Califa.

Aquesta disputa per la successió va acabar per dividir a l'islam en el partidaris d'Alí (els de la *xia* o partit) i els defensors dels primers Califes. D'aquesta divisió neix l'islam xiïta. Els xiïtes són, doncs, els musulmans fidels a Alí i la seva família. Alí i els seus successors van tenir una mort tràgica i això dona als xiïtes un cert caràcter victimista. Pels xiïtes pren una gran importància l'immanat. L'immanat és investit d'una manera sobrenatural per Déu (Al·là) per mitjà del Profeta o de l'imman que l'ha precedit. Així, l'immanat és infal·libre. L'immanat crea una mena de casta religiosa jerarquitzada que va des dels mul·là (teòlegs xiïtes) fins a la creació d'un estat clerical amb l'arribada al poder dels aiatol·làs.

Les disputes per a la successió de Mahoma van portar més d'un enfrontament. Havent estat primer en el poder els Califes, Alí va saber esperar el seu torn i hi accedí finalment després de l'assassinat d'Uthman l'any 656. Però aquest assassinat va portar dues rebel·lions per voler venjar la mort d'Uthman. La primera és la coneguda com la batalla del camell i la segona és la de l'arbitratge d'Adruth, arbitratge que Alí va acceptar i on mal guiat va perdre els seus drets .

L'acceptació d'aquest arbitratge per part d'Alí va ser causa de la sedició d'un grup de puristes segons els quals el judici només pertany a Déu (Al·là). Aquests eren els Kharigites que després de l'assassinat d'Alí van fomentar forces revoltes però que acabaren dividint-se en diverses branques. La branca potser més important de totes aquestes desmembracions és la dels ibadites, escampada per Tunísia, Líbia, Oman i el Muzab algerià.

L'Islam sunnita és l'Islam tradicional i el majoritari. Defensen la fidelitat a la Comunitat del Profeta i a la tradició. El sunnisme oficial és enemic de qualsevol innovació. Pels sunnites, l'immanat no té tanta importància, per a ells l'imman és una autoritat religiosa que dirigeix la pregària col·lectiva i res més. Malgrat tot, si les circumstàncies ho exigeixen xiïtes i sunnites poden pregar junts.

## **B.- L'anàlisi del dret islàmic des de perspectiva occidental**

El primer que cal després de tot l'exposat és constatar que no hi ha un dret islàmic unitari, sinó potser diferents drets islàmics que comparteixen un fons comú a l'igual que tampoc hi ha un dret occidental en general sinó diferents sistemes de dret i diferents ordenaments jurídics si bé amb una concepció global que els identifica d'altres sistemes jurídics. Així, per exemple, en l'àmbit del dret occidental troben sistemes de dret tan diferents com el sistema de dret continental i el *common law* però tots parteixen d'una concepció diferenciada entre el dret i la religió per exemple, marcats bàsicament pel principi de legalitat i la separació de poders en molts casos i derivats en el cas del dret continental de la influència de la Revolució Francesa.

Evidentment, reduir l'evolució dels sistemes de dret de l'anomenat món occidental en quatre línies, és totalment impossible i serien moltes més les connotacions a tenir en compte, però aquesta breu pinzellada, no pretén exhaustivitat i vol simplement posar de manifest que al darrera de cada ordenament jurídic hi ha tota una història i bagatge cultural propi i cal tenir-ho present a l'hora d'abordar altres ordenaments o sistemes de dret. Sovint el prisma d'anàlisi ha de canviar, ha de ser més obert, per entendre aquell altre sistema diferent del nostre, abans d'afegir-hi valoracions.

Partint d'aquestes premisses, cal tenir present d'entrada que el dret islàmic va íntimament lligat a la religió islàmica que és un tot que no es pot dissociar si més no teòricament. És molt difícil traçar una línia de separació entre el dret i la religió donat que també la teoria de la separació de poders és desconeguda en el dret islàmic.<sup>281</sup> Aquestes característiques fan difícil secularitzar el dret dintre de la pròpia concepció islàmica. El paral·lelisme amb la església catòlica fortament vinculada al poder durant segles és fa inevitable. En el cas de catolicisme, cal distingir que en el seu inici aquesta

---

<sup>281</sup> MILLOT, L. I BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001.

fe neix en oposició al poder i diferenciada d'aquest, només cal tenir present les paraules de l'evangeli "al César el que és del César". En les èpoques de cohabitació amb el poder s'ha fet sempre des d'aquesta perspectiva. Cal recordar sinó també la rivalitat de poder entre els governants i el Papa durant segles. A més, cada una d'aquestes esferes; l'estat i l'església, tenien i tenen cada una les seves estructures, jurisdiccions i jerarquies pròpies. Per tots aquests motius es va difícil pensar que la secularització realitzada a Occident sobretot a partir de la revolució francesa pot ser traslladada a nivell islàmic. Els cristians sempre han tingut molt clar que els evangelis i el dret canònic són coses diferents, encara que en segons quins règims els interessés barrejar-ho tot. No passa així a l'Islam: l'Alcorà i el dret estan íntimament lligats. Cal tenir present que l'Alcorà a més, pels musulmans completa i perfecciona els llibres sagrats del judaisme i del cristianisme "La Torà de Moisès" i "L'Evangeli (en singular)" de Jesús. L'Alcorà, en el si d'una societat politeista, pretén restaurar el monoteisme primitiu d'Abraham i establir una nova comunitat de creients la *Umma* musulmana.

Hi ha hagut corrents en les societats àrabs que han promulgat la secularització a l'estil d'Occident i partint de les mateixes premisses que van servir per a l'Església Catòlica. Els primers que van introduir aquesta idea de secularització tots just a finals del segle XIX, (traduïda pel neologisme "ilmaniyya", que pot tenir, en canvi, una gran diversitat de concepcions), van ser una élite d'àrabs cristians educats a la Facultat de Síria protestant. Aquests grups bàsicament establien que calia només mantenir aquelles tradicions que fossin compatibles amb el manteniment de la raó com a principi bàsic de la societat i del pensament i també proposaven establir un estat secular on els musulmans i els cristians poguessin conviure en igualtat. Alguns ideòlegs d'aquestes corrents com ara Sibli Sumayyil o Farah Antun també van introduir altres teories al món àrab, com la teoria de Darwin per part de Sumayyil o la proposta de separar l'autoritat temporal i la religiosa com a un requisit essencial de la secularització per part de Antun.

Després d'aquests pioners, van haver-hi altres pensadors àrabs partidaris de la secularització. Entre altres reformistes<sup>282</sup>, destaca per exemple, Muhammad Abduh (que va tenir molts seguidors, ja més entrat el segle XX) i que promulgava que calia un sistema legal modern però partint de la xara, proposant que convisquessin en igualtat els governants temporals amb els experts en la llei islàmica, ja que ell no creia que existís conflicte entre l'Islam i la lògica i la ciència. Abduh seguint aquesta ideologia va

equiparar la *Sunna* a la democràcia i la *Iyma* al consens, i va negar l'existència de teocràcia a l'Islam. Per tant, els governants, el jutges o els *muftis* eren tots d'ordre civil i també va defensar el sistema parlamentari i el pluralisme i com a conseqüència de tot plegat va proposar renovar l'*ijtihad*, trencant així amb la teoria del *taqlid*.<sup>283</sup>

Seguidors d'Adbuh com Quasim Amin o Ahmad Lufti al-Sayyid, van mantenir aquestes ideologies i Ali Abd al-Raziq en una obra publicada ja als anys 20 dels segle XX, que va esdevenir una de les més polèmiques de la història moderna de l'Islam, va negar l'existència d'un sistema polític a l'Islam, tot afegint que el Profeta mai havia volgut fundar un estat.

Tots aquestes corrents ideològiques van coincidir amb l'abolició oficial del Califat al 1924 i amb la colonització occidental i aquestes tendències van tenir en alguns casos trasllat en noves normatives de dret positiu a l'estil occidental.

Més recentment i partint també d'un sentiment de reafirmació de la cultura pròpia, pensadors islàmics van començar a criticar aquestes idees secularitzadores i a refusar-les i a demostrar la seva incompatibilitat amb l'Islam. L'argument de crítica se centra precisament en el fet d'haver partit de premisses errònies que consisteixen en la equiparació total de les dues religions: el cristianisme i Islam. Així, creuen que a diferència del cristianisme, el progrés i la ciència no estan renyits amb l'Islam i, per tant, la secularització no és necessària.<sup>284</sup> No hi ha un clergat que els oprimeixi, ni que limiti el reconeixement a la raó i la ciència. Els creients musulmans poder accedir al progrés sense tenir un conflicte amb els seus valors religiosos i el seu estil de vida.

Incidents com els d'Algèria després de les eleccions de 1991, han impulsat més la idea que la secularització és aliena a l'Islam i que si s'ha arribat a aplicar en algun cas no funciona, ni accepta les regles del joc, com va passar a Algèria.<sup>285</sup>

Tot aquest bagatge religiós, cultural i polític arriba als nostres dies i s'ha de tenir en compte a l'hora de valorar les normes positives que arriben als nostres tribunals a l'hora, per exemple, de decidir sobre un cas de ruptura familiar en igual sentit que s'ha de tenir en compte la societat en la que es dicten i s'interpreten aquestes normes.

---

<sup>282</sup> A destacar Jamal-al-Din al-Afghani (1839-1897). Sayyid Ahmad Khan (1817-1898). Rashid Rida (1865-1935) i Abd al-Hamid ben Badis (mort al 1940). Dades extretes de GORDON, M. S.: *Entender el Islam*. Ed. Blume. 2004.

<sup>283</sup> Pràctica de la imitació un cop es produeix el tancament de l'*ijtihad*, segons ja he exposat en pàgines anteriors.

<sup>284</sup> En aquest sentit també es pronuncia RAMADAN. T.: *Les musulmans dans la laïcité*. Tawhid cop. 1998.

<sup>285</sup> TAMINI, Azzam: *¿Es viable secularizar el islam?* (ob. cit. Pàg. 60).

A la llum de l'analitzat podem dir que sobretot en les corrents islàmiques actuals, no hi cap, doncs, la concepció de l'estat de dret que nosaltres coneixem. La religió no és el mateix pels cristians que pels musulmans, a com a mínim es percep de manera diferent pels seus propis creients i pensadors i, per tant, tampoc funcionen, amb caràcter general, els mateixos criteris de separació entre estat i religió, potser propis de la nostre concepció occidental.

Cal tenir present també que el que ara considerem institucions islàmiques anacròniques i desfasades i, fins i tot, contraries als drets humans en el seu moment eren innovadores i gairebé revolucionàries. Malgrat partir de la tradició judeocristiana, l'Islam es pot considerar, si més no, que a nivell jurídic presenta disposicions innovadores per l'època. Mahoma va voler desarrelar els costums que impediien a les dones de ser lliures i independents. Encara que avui les seves disposicions sobre les dones ens semblin discriminatòries cal situar-les en el seu context històric, l'Àrabia del segle VI. Aquest sentiment crec que sovint encara està al darrera de moltes percepcions personals, com per exemple quan les dones occidentals que s'han convertit a l'Islam afirmen que aquesta religió entén i respecta la veritable naturalesa de la dona. També crec que aquesta perspectiva recolza la interpretació de l'Alcorà que es realitza ara des del punt de vista de les dones modernes i la creació d'un feminisme islàmic, encara que es trobin frontalment amb les posicions més estàtiques i ancorades en el temps.<sup>286</sup>

Una d'aquests normes "revolucionàries" van ser en relació a l'herència. Mahoma va establir que les dones heretin la meitat de la part d'un home.<sup>287</sup> Aquesta disposició en aquell context social suposava trencar l'organització tribal, ja que les dones econòmicament independents podríem casar-se fora del seu clan. Això va ser un cop pels agricultors de Medina que van veure dividir les seves propietats. Aquestes disposicions cal entendre-les des de la perspectiva de Mahoma, un home que venia de la Meca on les dones ja tenien drets de propietat i herència.

Igualment prohibí l'infanticidi de les nenes acabades de néixer i malgrat que l'adulteri era considerat com un crim Mahoma va recomanar que les acusacions d'adulteri estiguessin avalades per quatre testimonis que asseguressin haver vist els culpables en una posició que no deixés cap mena de dubte. Encara que aquesta

---

<sup>286</sup> Veure en aquest sentit GORDON, M. S.: *Entender el Islam*. Ed. Blume. 2004.

<sup>287</sup> Cal recordar que en èpoques preislàmiques la dona era l'objecte de l'herència i també hi havia el costum d'enterrar vives a les nenes acabades de néixer. Exemples posats de manifest per Dolors Bramon en la seva intervenció "Las mujeres y el islam: tópicos e historia" a les jornades Dona i ciutadania a la Mediterrània, organitzades per l'IEMed l'any 2003 i també publicat a *Clio. El pasado presente*, núm 9, Barcelona 2002.



regulació sobre l'adulteri va ser influïda per l'acusació d'adulteri que va recaure sobre una de les seves dones més estimades, Aixa.

Malgrat tot això, algunes d'aquestes institucions són inacceptables en els nostres ordenaments jurídics on l'home i la dona gaudeixen de plena igualtat davant la llei, sense oblidar però que fins fa ven poc al nostre país les dones necessitaven el consentiment del seu marit per a certs contractes i que l'adulteri estava també castigat penalment.

Ara bé, l'evolució que s'ha seguit a Espanya o a d'altres països occidentals no pot ser imposada sense més als països islàmics, ja hem dit que la idea de secularització no s'acaba d'acceptar des de les posicions islàmics i, per tant, han de ser ells mateixos qui trobin la seva pròpia evolució, encara que des d'Occident podem demanar com a mínim un respecte pels drets humans d'homes i dones i, sobretot, quan es conviu en el territori occidental i sense que això s'interpreti com una imposició occidental sobre una altra cultura.<sup>288</sup>

Per altra banda, a la vista de la seva evolució històrica podem entendre millor els pilars del dret islàmic i les seves fonts del dret. Ara s'entenen les postures d'assimilar el *fiqh* a la jurisprudència però per altra banda al propi dret musulmà fora de la xara. Potser la millor manera de configurar el sistema de fonts del dret és fugint de concepcions occidentalitzades i reconèixer com a tal per una banda l'Alcorà i la *Sunna* com a fonts de la llei en majúscula i, per altra banda, totes aquelles que configuren el *fiqh*: l'*ijmà*, el *qiyàs*, l'*orf*, l'*amal*, etc...

Vista també l'evolució del dret islàmic i la immutabilitat fixada a l'època clàssica s'entenen moltes de les idees prefixades i també en vista a la incidència d'occident, la postura per part dels països islàmics. Aquesta immutabilitat però va ser qüestionada des del propi Islam i potser ara s'hi tornen a afermar com una mena d'oposició a la acció colonitzadora d'occident. Crec que potser reprendre aquest camí d'obrir el camí de la interpretació de la revelació des del propi Islam és la via. Ara bé, com que aquest corrent es va obrir arran de la colonització occidental és també comprensible que des de certs sectors es vegi com una imposició forana volent retornar a les pròpies arrels. Entenc que la necessitat d'adaptar les seves estructures va venir imposada per occident. Que la majoria de països islàmics no van poder seguir el que es pot entendre com a evolució pròpia sinó que va ser una influència estranya que va canviar la seva societat.

---

<sup>288</sup> En el mateix sentit es pronunciava amb caràcter general DE MIGUEL ASENSIO, P.A. Derechos Humanos: diversidad cultural i Derecho Internacional Privado. RDP 1998 (pàg. 541-558).

Una influència que en molts casos va explotar els seus recursos naturals sense dotar de cap més estructura política o social. Evidentment, qualsevol innovació acostant-se a Occident es pot veure com una imposició. Si a això afegim que el resultat de la descolonització no ha estat precisament bo, és fàcil creure que el retorn a l'esplendor passada serà la solució. Potser és cert que les societats islàmiques van evolucionar de cop arran d'una influència occidental però també és cert que el món d'un segle ençà cada cop està més interrelacionat i que difícilment un país ha evolucionat sense influències estrangeres. Un respecte mutu de cultures però una actitud actualitzadora d'un dret i d'una religió íntimament lligats des del si d'aquest dret i religió crec que ha de ser el camí per tal d'evitar al màxim els conflictes que resultin negatius sense empobrir els intercanvis culturals sempre enriquidors, i sense haver d'abandonar les conquestes d'Occident, per exemple en el respecte dels drets humans, solucionant així i amb d'altres esforços legals els problemes que més d'un immigrant es troba en l'àmbit civil en el país d'acollida.

Aquesta és la idea de fons que mantinc al llarg del present treball i per això demano una més gran implicació multidisciplinar. Per aprofundir en aquesta tesi i aplicar-la a la solució dels problemes del dret de família analitzaré la institució del matrimoni i alguns aspectes del dret de família en el dret islàmic. Cal tenir present que és molt difícil generalitzar a partir dels diferents elements ja analitzats: les diferents escoles, la no unitat de l'islam, la seva evolució política, etc... Sense anar més lluny, per exemple, en l'àmbit matrimonial a una de les primeres escoles nascuda a Kufa va establir la necessitat de la igualtat matrimonial que requeria que el marit i l'esposa fossin iguals en el sentit de llinatge o de nivell financer, mentre a altres llocs aquest requisit no existia. Igualment en l'àmbit de l'herència hi ha moltes més discrepàncies. Tot i així, intentaré establir uns trets generals de les institucions clàssiques per després analitzar les legislacions actuals dels tres països magribins objecte d'anàlisi, tenint sempre present la realitat social i els estudis antropològics i sociològics que complementen el sistema.

2.- El necessari tractament multidisciplinar en l'estudi de les relacions familiars entre ciutadans provinents del Magrib.

#### **A.- La realitat social als països d'origen i la seva lenta evolució.**

La societat i el dret no evolucionen de manera paral·lela. Sovint les mentalitats canvien i amb elles les actituds i els costums socials. El dret llavors, s'ha de limitar a absorbir allò que la societat ja ha instaurat de fet. Potser és per això que Sophie Bessis afirma que els canvis semblen que no es poden ser considerats com a fets si no són ratificats per la llei.<sup>289</sup> En aquest procés d'adaptació del dret tradicional a les noves necessitats de la societat també s'ha produït diferències entre els països del Magrib objecte d'aquest estudi. A diferència de la recepció de influències estrangeres ja en el segle XIX que va succeir en altres zones, els territoris de Tunísia i Marroc van conservar fins ben tard els sistemes tradicionals de dret islàmic de manera pràcticament intacte, Això va ser així per diverses raons. En primer lloc, pel conservadorisme innat d'aquestes zones. I en segon lloc, perquè el règim de protectorat que va establir França pel Marroc i Tunísia el 1881 i el 1912 respectivament tendien a perpetuar *l'status quo* durant la ocupació francesa. Els tribunals dels *cadis* van ser limitats a Marroc i Tunísia als temes de dret familiar, mentre que la resta de la jurisdicció civil i tota la jurisdicció penal estava en mans d'uns altres tribunals. El 1906 a Tunísia es va promulgar un codi d'obligacions i contractes, però aquest es recolzava totalment en les fonts islàmiques. El dret francès no va ser directament adoptat en aquests països fins ja entrat el segle XX, per exemple amb el codi de dret penal al Marroc l'any 1954 o els codis de comerç de 1960, de procediment comercial també de 1960 i el de comerç marítim de 1962.

Els tribunals de la xara no es van abolir a Tunísia fins el 1956. A Algèria durant els anys seixanta d'aquest segle els tribunals dels *cadis* funcionaven únicament com a tribunals d'instància. En quan al contingut de la llei a Tunísia es va fer una reforma fonamentada en els punts de vista de Muhammad Adbuh<sup>290</sup> i sobre la interpretació de l'Alcorà que ordena designar arbitres en cas de conflicte entre els esposos, s'entén que el repudi unilateral del marit és un cas flagrant de conflicte i desavinences entre els

---

<sup>289</sup> SOPHIE BESSIS I SOUHAUR BELHASSEN: *Las mujeres del Magreb. Lo que està en juego*. Col·lecció Las feminas. Editorial Horas y horas. Madrid. 1994

<sup>290</sup> Un dels pensadors de la secularització de l'Islam. Veure: TAMINI, Azzam: *¿Es viable secularizar el islam?* VANGUARDIA DOSSIER, ob. cit. Pag.58-59.

esposos i es pot recorre als jutges. Amb aquest nou *iyithad* el dret de repudiar el marit a la dona extrajudicialment va ser abolit i es va decretar que el divorci al marge d'un tribunal no té efecte legal. A Algèria una ordenança de 1959 anterior a l'esmentada llei tunisiana estipulava que tot divorci havia de ser judicial, però concedia el divorci al marit per la simple interposició de la demanda mentre que la dona havia de provar motius vàlids. Per la seva banda, al Marroc el codi de 1958 va prohibir la poligàmia en els casos en què hi hagués el més mínim indicatiu de tractament desigual.

L'evolució posterior de cada país fruit de les seves diferents vicissituds socials i polítiques ha acabat configurant i/o consolidant les diferències entre aquests tres països. Bona part de l'anàlisi se centra en la participació de les dones en el si d'aquestes societats ja sigui en l'àmbit social, polític, laboral, etc... ja que la figura de la dona continua essent l'element clau en els diferents models de societat que es defensen o que es volen establir en cada un d'aquests països. També és l'estatus de la dona el que s'esgrimeix des de les societats occidentals com a part integradora del seu bagatge cultural i el que en última instància configura moltes vegades, ja en el cas concret d'Espanya, la contradicció amb els principis constitucionals pel que pot suposar de discriminació entre home i dona.

Cal fixar-nos en la situació social de cada un dels tres països analitzats per ajudar a comprendre l'abast de la legislació familiar.

#### **a) Algèria.**

Té una població 31.800.000 habitants i un indicador de desenvolupament humà del 0,704, que el situa en el lloc 108 de la llista de desenvolupament.<sup>291</sup> Governada per un partit únic instal·lat en el poder des de l'assoliment de la independència, les dones poden votar des del 1962. La Constitució estableix la igualtat de drets tot i que la primera dona que accedí al govern ho feu al 1982. Malgrat aquesta igualtat formal i la participació de moltes dones en la guerra de la independència no ha comportat una més

---

<sup>291</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo 2005*. Ed. Akal. L'indicador de desenvolupament humà és un indicador compost calculat anualment des de 1990 pel PNUD. Per contruir aquest indicador el PNUD té en compte tres elements, el nivell de salut, representat per l'esperança de vida a partir del naixement; el nivell d'instrucció, representat per l'índex d'alfabetització d'adults i la mitja d'anys d'estudi, i el PIB per habitant, que té en compte la diferència de poder adquisitiu entre un país i l'altre, així com el fet que aquesta renda no incrementa el benestar de manera lineal. A partir d'aquest índex es realitza una classificació dels diferents països.

gran emancipació de les dones. L'índex de desenvolupament relatiu al gènere és del 0,688 i situa al país en el lloc número 89 de la classificació segons aquest concepte.<sup>292</sup>

La taxa d'alfabetització de les dones encara és baixa. La taxa d'escolaritat de les nenes entre els 6 i els 14 anys l'any 1987 era del 71,5% i el 46% de les noies accedien ja als estudis secundaris.<sup>293</sup> L'any 1994 hi havia entre un 36 i 45% de dones a les Universitats.<sup>294</sup> L'any 1998 l'analfabetisme entre les dones és encara d'un 39% i la taxa d'alfabetització d'adults arriba a aquest país el 68,90%.<sup>295</sup>

Moltes dones treballen habitualment. Un 10% accedia ja al mercat de treball l'any 1994<sup>296</sup>, però no hi ha una política d'igualtat de salaris.

La taxa de fecunditat és del 2,80 %. Una de cada deu dones encara es casa el primer any que s'autoritza el matrimoni, és a dir, entre 18 i 19 anys. A finals dels anys vuitanta les dones d'entre 15 i 19 anys que estaven casades eren un 15% de la població, mentre que per exemple a Espanya i altres països europeus aquest percentatge no arriba ni al 5%.<sup>297</sup> A més el primer embaràs no es fa esperar i entre els 25 i 29 anys la meitat de les algerianes estan en el seu sisè embaràs. Això també provoca que la salut de les dones a partir dels 35 anys sigui força dolenta i disminueixi la seva esperança de vida, a finals dels anys vuitanta estava sobre els 66,2%. En les dades més recents (2000-2005) s'observa una millora i se situa al voltant del 71,3%, encara uns vuit punts per sota de la mitjana mundial de les zones més desenvolupades del planeta.<sup>298</sup> Tot i així, segons dades de 1990, l'ús dels anticonceptius se situava l'any 1990 al voltant del 47%.<sup>299</sup>

En l'àmbit polític les dones ja estaven presents a l'Assemblea Popular Nacional amb 9 diputades al 1977 (3,45%) i 7 diputades al 1987 (2,3%) i algunes dones van ser

---

<sup>292</sup> Dades extretes de l'*Informe sobre el desenvolupament humà 2004 del PNUD*. Consultades a l'Anuari 2005 del diari AVUI.

<sup>293</sup> MORGAN ROBIN (Coordinadora): *Mujeres del mundo. Atlas de la situación femenina*. Editat per Vindicación feminista Hacer 1era. Edició 1993.

<sup>294</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal

<sup>295</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal

<sup>296</sup> Dades extretes SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

<sup>297</sup> Dades extretes SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

<sup>298</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 1995 i 2005* Ed. Akal

<sup>299</sup> Dades extretes SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

ministres el 1982 i el 1984.<sup>300</sup> El 1995 el percentatge de dones en el Parlament arribava al 6,70%.<sup>301</sup>

D'altra banda cal tenir present el moment especialment crític que travessa Algèria des de ja fa anys. L'únic partit en el poder des de la independència va trencar el procés democràtic després de les eleccions de 1991 guanyades pel FIS (Front Islàmic de Salvació) que suposaven abans que res un càstig pel grup dirigent. El recolzament popular dels integristes s'interpretava per molts com una conseqüència del descontentament de la població derivat de la crisi que travessa el país. El FIS proposava la pressa del poder i la transformació d'Algèria amb una república islàmica i així retornar a la llei religiosa per evitar la corrupció i per refusar l'occidentalització, respectant les regles democràtiques per sortir al pas del conflicte social.

El FIS manifestava que volia encarnar l'Algèria dels veritables creients musulmans de manera que molts ciutadans es veien empesos a votar-los per assolir la salvació, entre ells moltes dones. És en aquest context que cal entendre les manifestacions d'algunes algerianes explicant el perquè del seu vot al FIS: "He votat per Déu", diu una mentre que una altra afirma que ha votat per la religió. "S'ha de votar-los si s'és musulmà perquè és el partit de la religió" afirma una altra algeriana mentre que una altra considera que el FIS lluitarà contra la corrupció i beneficiarà als pobres.<sup>302</sup>

Aquesta situació va portar a un enfrontament de guerra civil soterrada. *"Las poblaciones son rehenes de dos autoritarismos: el de los militares y el de los integristas. Es una situación trágica"*, constatava Sami Naïr.<sup>303</sup>

La situació política a Algèria continua essent força complicada. L'estat és una república unitària on l'Islam és la religió d'estat, amb un sistema de govern presidencialista on l'exercit i els serveis d'informació tenen un gran pes. Al partit únic fins al 1989, el FLN, s'hi han afegit altres partits, però el sistema polític i electoral no mereix la confiança dels ciutadans. El FIS va ser dissolt pel poder el 4-3-1992 i els seus dirigents empresonats durant 12 anys. Les darreres eleccions del 2004 no va ser alienes a aquests conflictes. Les del 1999 encara van ser més conflictives on es va produir el boicot dels grups polítics en protesta pel frau o la manca de transparència de l'escrutini.

---

<sup>300</sup> BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. – RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR: *jeres y Fortaleza Europa*. Colección Feminae – Universidad de Granada – Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada 2001

<sup>301</sup> Dades extretes SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

<sup>302</sup> Opinions extretes del llibre: *Las mujeres del Magreb. Lo que està en juego*. (ob. cit.)

<sup>303</sup> SAMI NAÏR: *Las trampas del integrismo*. EL PAIS. 15-12-1994.

Es mantenen les sospites contra la jerarquia militar com a responsables de molts crims contra la humanitat perpetrats durant l'etapa més violenta 1992-1997, però el nou govern continua encobrint a l'exèrcit. Els processos seguits a l'estranger, com per exemple la denúncia presentada a París pel segrest i assassinat de 7 monjos francesos, han posat de manifest el grau de manipulació dels GIA (Grups Islàmic Armats) pels serveis de seguretat. Hi ha 7.000 desapareguts i s'ha posat en marxa un procediment per fer-se càrrec d'aquests expedients, però no s'ha previst encara que els seus autors o responsables compareguin davant la justícia. En aquestes circumstàncies, la situació social a Algèria és molt més complicada, i no es pot reduir només a l'àmbit de les relacions familiars, però tampoc es pot obviar la seva importància. El model de família i el paper de la dona són sovint vistos com a elements claus de la seva pròpia identitat col·lectiva, i en un país on s'ha fet bandera de l'Islam és important veure quin és el model de família que s'ha consolidat i mantingut a causa o malgrat els conflictes i enfrontaments viscuts.

## **b) El Marroc**

Aquest país és, potser, el país magribí que col·lectivament tenim més proper i sobre el que tenim més estudis i treballs. Segurament la proximitat i el gran nombre de ciutadans marroquins instal·lats entre nosaltres fan que la majoria de la població associï magribins i marroquins. Malgrat aquesta proximitat el coneixement sobre aquest país no és sempre del tot acurat.

El Marroc és un país políticament més estable, governat per una monarquia parlamentària pluripartidista, però limitada i controlada pel Rei que té un origen diví per descendència i que ahora és el cap dels creients. En els darrers anys s'ha procurat una certa apertura política, i ha intentat ja en temps del regnat de Hassan II un acostament a Occident i en concret a la UE, donat la seva situació estratègica. Malgrat aquesta situació política es manté obert el conflicte pel Sàhara Occidental, amb un referèndum que s'ajorna constantment i *sine die* i es manté en el sí del país unes grans desigualtats socials. A més, a aquesta situació s'hi ha d'afegir l'ascens de l'islamisme des de l'any 2002, en el marc de la guerra contra el terrorisme internacional després del 11 de setembre de 2001 i els atemptats que s'han viscut en el seu propi territori.

El Marroc amb 30.556.000 habitants i un indicador de desenvolupament humà del 0,620 se situa en el lloc 125 de la llista de desenvolupament dels països, per darrera

de Tunísia i Algèria.<sup>304</sup> Aquesta ubicació és sense dubte conseqüència de les desigualtats socials i de l'analfabetisme, amb un dels índex més grans del Magrib.

A la societat marroquina, sobretot a les grans ciutats com Casablanca o Rabat, hi conviuen també alguns europeus, àrabs d'altres països i jueus marroquins que es barregen poc amb la resta de la població formada bàsicament pels dos col·lectius més grans: àrabs i els berebers. Aquests col·lectius han conviscut des de fa segles, però després del procés colonial s'ha accentuat l'arabització dels berbers, sobre tot de les dones.

L'estructura social i de parentesc entre àrabs i berbers no és tan diferent com pot semblar. El paper i concepte de les dones continuen sent en un cas i l'altra l'element de la seva identitat. Malgrat ser igualment una societat patriarcal es poden destacar algunes divergències i així, a diferència dels àrabs, que tradicionalment destinen l'espai privat a les dones i el públic als homes, les dones berbers no estan tan lligades a l'espai. El trasllat de moltes dones berebers a les grans ciutats, la proliferació d'una escolarització que fomenta la cultura i història àrab i islàmica han tendit cada com més a una arabització dels berbers. Així, la llibertat de espais que gaudien moltes dones berbers a les seves societats d'origen es veuen limitades i retallen per exemple la capacitat d'anar soles per espais públics o, fins i tot, adoptaran el vel per passar desapercebudes.

En general es podria dir, però, que les dones berebers se senten identificades amb les vivències i problemàtiques de les dones àrabs i que sovint han tendit a una arabització voluntària per aconseguir un millor integració social.<sup>305</sup>

Malgrat, doncs, aquesta precisió respecte de la població marroquina els diferents elements d'anàlisi es poden referir, doncs, al conjunt de la població.

L'índex de desenvolupament relatiu al gènere és al Marroc el 0,604, que col·loca al país al lloc número 100 del rànquing mundial.<sup>306</sup>

L'alfabetització ha anat guanyant terreny tot i que el 1990 la taxa d'escolarització de les nenes a la primària era d'un 50%.<sup>307</sup> A la universitat, al voltant del 35% eren dones ja l'any 1994, proporció que s'ha mantingut i incrementat, afirmant a més que són les dones les que tenen més bones qualificacions, encara que en la tria de carreres les dones continuen escollint carreres humanístiques (curiosament el magisteri,

---

<sup>304</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo*, 2005. Ed. Akal.

<sup>305</sup> NASH MARY i MARRE DIANA: *Multiculturalismos y género. Un estudio interdisciplinar*. Serie General Universitaria; 11. Edicions Bellaterra. 2001

<sup>306</sup> Dades extretes de *Informe sobre el desenvolupament humà 2004 del PNUD*. Consultades a *l'Anuari 2005 del diari AVUI*.



tradicionalment un carrera femenina, avui comencen a retrocedir enfront d'altres opcions), mentre que les carreres científiques i tecnològiques que són les escollides pels homes.<sup>308</sup> És evident, però, que el nombre de dones universitàries és encara molt baix alhora que és un fenomen recent i urbà i entre les classes amb més possibilitats econòmiques. Malgrat aquestes dades l'analfabetisme entre les dones és encara molt elevat. La taxa en el període 2000-2005 és del 60,66%.<sup>309</sup> L'índex més alt dels països del Magrib, només superat per Mauritània. En general i sobre tot a les àrees rurals les dones són el col·lectiu amb un índex més alt d'analfabetisme, on l'analfabetisme entre les dones pot arribar al 87%.<sup>310</sup> Malgrat l'intent d'impuls de la escolarització de les nenes a les zones rurals els centres escolars primaris encara són pocs i aquestes polítiques de potenciació de l'educació de les nenes topen sovint amb la manca d'educació dels propis pares i, fins i tot, de les mares que no veuen la necessitat que les seves filles vagin a escola, ja que el principal objectiu és arribar verge al matrimoni i per això com menys contacte tinguin amb els homes millor. Per altra banda, la pobresa fa que les càrregues de l'escolarització siguin elevades i que els beneficis dels treballs domèstics d'aquestes nenes siguin molt important per la subsistència econòmica de la unitat familiar. L'emigració dels homes cap a la ciutat ho acaba de perjudicar. A les zones urbanes l'escolarització de les nenes és més gran, malgrat que la pobresa i les necessitats econòmiques encara són un fre i l'abandó dels estudis per casar-se, un altre.

Al Marroc són moltes les dones que treballen fora de casa però encara molt àmpliament en el camp de l'agricultura. Les dones s'han anat incorporant al mercat laboral en els darrers anys i al 1992 ja representaven un terç de la població activa i les xifres de 1994 revelaven que un 21% de les dones estaven incorporades al mercat laboral davant d'un 79% dels homes.<sup>311</sup> Malgrat això, els salaris home-dona continuen sent comparativament inferiors en algunes feines la diferència pot arribar a 40 %. La taxa d'atur també és més gran entre les dones. L'any 2000 el 21,7% de les dones estava

---

<sup>307</sup> MORGAN ROBIN (Coordinadora): *Mujeres del mundo. Atlas de la situación femenina*. Editat per Vindicación feminista Hacer 1era. Edició 1993.

<sup>308</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal i de BOUIA, BADIA i DUPUY, CECILIA: *Dones marroquines. Quadern 3 per a conèixer en la diversitat - Generalitat de Catalunya - Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003*.

<sup>309</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005* Ed. Akal

<sup>310</sup> [www.femmesdumaroc.ma](http://www.femmesdumaroc.ma)

<sup>311</sup> Dades extretes de SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

a l'atur davant d'un 14,2% d'homes.<sup>312</sup> Les dones desenvolupen la seva activitat laboral bàsicament per dos motius: aquelles que ho fan per necessitat, com a mitjà de subsistència i les que ho fan pel seu propi desenvolupament personal lligat a la formació que han cursat prèviament. En aquest sentit, les dones amb un nivell d'instrucció mig-superior s'ocupen bàsicament en el sector serveis i ensenyament (mestres, banca, comerç i professionals liberals) i moltes d'elles estan empleades al sector públic. Algunes altres comencen a fer-se un lloc en l'àmbit empresarial i s'acosten, per exemple, gairebé al 25% entre el col·lectiu de periodistes i també comencen a tenir pes en l'àmbit de la salut (40% dels farmacèutics o un 23% aproximadament dels dentistes.). En l'administració pública les dones tenen prohibit treballar a correus, com a agent de policia i com a bomber i tampoc poden accedir a llocs de responsabilitat. Tot i així, el 20,36% del funcionariat són dones però en escales baixes.<sup>313</sup>

Evidentment, aquestes dades es refereixen al món urbà, fora de les ciutats i en les àrees rurals. Es calculava que el 1960 el 80% de la població marroquina es dedicava a l'agricultura, encara que ha anat disminuint. Hi ha hagut programes nacionals de promoció del treball al camp però en molts casos les explotacions familiars es mantenen pel treball no remunerat dels seus membres bàsicament de les dones.

En la indústria, a l'igual que en el camp, treballen les dones que ho necessiten per subsistir, amb salaris força baixos i concentrades bàsicament en el sector tèxtil i agroalimentaris.

A més, quantitativament són més les dones que treballen per necessitat, sense gaire formació i en condicions laborals molt precàries.

De fet, la majoria de les dones laboralment actives al Marroc són dones solteres que encara viuen amb els pares (el grup més nombrós), la majoria en treballs poc qualificats i manuals, encara que les més formades poden treballar en el sector serveis. Hi ha també el grup de dones casades que treballen per necessitat i que ho fan normalment dintre mateix de casa en feines d'economia submergida.

Només un petit grup de dones de classe mitja alta són les que troben un grau de realització personal en la feina.

---

<sup>312</sup> BOUIA, BADIA i DUPUY, CECILIA: *Dones marroquines*. Quadern 3 per conèixer en la diversitat - Generalitat de Catalunya – Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.

<sup>313</sup> BOUIA, BADIA i DUPUY, CECILIA: *Dones marroquines*. Quadern 3 per a conèixer en la diversitat - Generalitat de Catalunya – Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.

Als anys 70 la taxa de natalitat del país era de les més altes del món. Per evitar el greu problema d'una gran explosió demogràfica, el govern va dur a terme un pla de control demogràfic que denominà de "benestar familiar". L'ús dels anticonceptius al 1990 era d'un 42%. En l'actualitat el número de fills per dona ha baixat de set a cinc i la taxa bruta de natalitat s'ha reduït del 50% al 37%. L'índex de fecunditat per dona en el període 200-2005 era del 2,75%. Malgrat això, a les zones rurals es desconeix la contracepció i la manca d'educació sanitària en general no ajuda. L'esperança de vida se situa als 66,8 anys els homes i als 70,5 anys les dones i la taxa de mortalitat infantil és del 42,1%, per sota encara dels indicadors de les regions del món més desenvolupades.<sup>314</sup>

El pes de l'Islam i la idea tradicional de la família ha pesat molt en el desenvolupament del país. "El dia en què un Estat musulmà separi religió i món, aquest dia - que mai ha d'arribar - justificaria que celebréssim per avançat els funerals de l'estat". Així es va expressar el rei Hassan II en un discurs pronunciat el febrer de 1980.<sup>315</sup>

Des deleshores fins a l'actualitat les coses lentament han anat canviant al Marroc. L'any 1993 es va dur a terme una primera reforma de la Mudawana, el codi de família del Marroc. Una reforma força tímida, però, que va suavitzar els termes del repudi i de la poligàmia i que així va permetre l'entrada del Marroc a la Conferència de la Haia, pas important en un país sempre preocupat per la seva imatge exterior.

En aquest procés no ha faltat però un moviment femení. Les dones poden votar des del 1959 i s'han organitzat en associacions i grups diversos, però fins al 1993 les dones no eren presents al Parlament, on en les eleccions legislatives directes de juny d'aquell any es van presentar 36 candidates i en van ser escollides dues.<sup>316</sup> La participació de les dones en política continua essent però un dels més baixos de la zona (l'any 1994 hi havia menys d'1% de dones al Parlament, enfront del 6,70% d'Algèria i

---

<sup>314</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal En aquesta mateixa publicació es marca el total mundial respecte de les zones més desenvolupades i les menys. L'índex de fecundació de les zones més desenvolupades està al 1,56 fills per dona, amb una mortalitat infantil del 7,5% i una esperança de vida de 72,1 anys els homes i 79,4 les dones. En canvi, el conjunt de les zones més desfavorides estan amb un índex de fecunditat de 2,92 fills per dona, un 60% de mortalitat infantil i una esperança de vida de 61,7 anys els homes i 65,1 les dones.

<sup>315</sup> Paraules extretes del llibre: *Las mujeres del Magreb. Lo que està en juego*. (ob. cit.)

<sup>316</sup> BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. i RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR: *Mujeres y Fortaleza Europa*. Colección Feminae – Universidad de Granada – Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada, 2001.

Tunísia)<sup>317</sup> Al Marroc es poden comptabilitzar unes 32 que actuen a favor de les dones i els nens, amb diferents intencions i objectius: humanitaris, de caràcter social, professional, cooperatives, polítiques, de protecció a la família i planificació familiar, amb vinculacions a diversos partits polítics i sindicats. Aquest creixent teixit associatiu no arriba però a les zones rurals. En aquest àmbit les dones tenen necessitats diàries d'alimentació, aigua etc a les que donar resposta i la creació d'associacions no és la seva prioritat. Es reuneixen encara en *zawies*, que són edificis socials organitzats al voltant d'un santuari i dirigits per a mestres espirituals que són homes. En aquest espais les dones intercanvien experiències i informacions, però no és un espai propi sinó un espai públic dominat pels homes.<sup>318</sup>

Des del 1982 les organitzacions femenines s'han anat mobilitzant per a la reforma de l'estatut personal, però aquest moviment femení ha sorgit com sempre a les grans ciutats, mentre que a l'àmbit local l'associacionisme entre les dones continua essent molt baix. Per altra banda, no van faltar també les pressions contra el canvi, defensades fins i tot per dones.

La mort del rei Hassan II i l'arribada al poder del seu fill va propiciar amb el temps una reforma més àmplia de la Mudawana que ara recentment ha vist la llum. Una reforma llençada pel propi monarca com a cap espiritual dels creients i recolzada tècnicament en la pròpia llei islàmica tradicional, que ha fet que fins i tot els grups més tradicionalistes la recolzin.

### c) Tunísia

Aquest país es considerat des de ja fa temps com un país de tolerància. La dona té la majoria dels drets fonamentals" diu la tunisiana Nabila Hamza, directora d'un centre per a la dona.<sup>319</sup> L'índex de desenvolupament relatiu al gènere és en aquest país el 0,734, que col·loca a Tunísia al lloc 77 de la llista.<sup>320</sup>

---

<sup>317</sup> Dades extretes de SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid, Akal 2001.

<sup>318</sup> BOUIA, BADIA i DUPUY, CECILIA: *Dones marroquines*. Quadern 3 per convida en la diversitat - Generalitat de Catalunya – Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.

<sup>319</sup> GEMMA TRAMULLAS: *El Corán se interpreta como hace 15 siglos*. *EL PERIÓDICO*. 13-09-1994

<sup>320</sup> Dades extretes de l'*Informe sobre el desenvolupament humà 2004 del PNUD*. Consultades a l'*Anuari 2005 del diari AVUI*.

Malgrat això, les dades demogràfiques i de creixement només canvien lleugerament respecte de Marroc i Algèria. La situació política tampoc afavoreix a un més gran desenvolupament.

Amb 9.832.000 habitants, Tunísia té un indicador de desenvolupament humà del 0,745, situant-se al número 92 de la llista, un dels més alts del Magrib, només superat per Líbia i 23 llocs per sobre del Marroc. Segurament, l'elevat índex d'alfabetització i l'alta edat d'esperança de vida en són els responsables, però la situació política i econòmica del país és segurament millorable i en declivi en la darrera dècada.<sup>321</sup> Al 1994 el país va experimentar un creixement anual del 5%, motivat pel bon comportament de les exportacions i una temporada turística més que satisfactòria. Això va provocar una gran popularitat del règim entre les classes mitjanes, que alhora es beneficien de diversos programes d'ajut al desenvolupament. Paral·lelament, el govern havia dut una política repressora contra l'islamisme i semblava que la confiança de la població en el règim el faria obrir-se cap a una més gran democratització del país, en un sistema presidencialista amb molts poders. Aquesta situació donava un plus d'estabilitat i confiança a Occident i es va continuar, doncs, forjant la idea que Tunísia era un dels països més desenvolupats de la zona.<sup>322</sup>

L'evolució del país en els anys següents ha posat de manifest que la situació econòmica i política del país era més fràgil del que semblava. El 2002, l'índex de creixement anual del país era tan sols de 1,7%, el més baix dels darrers 15 anys, fruit d'un període de sequera i d'un mal context internacional. El país dirigit amb mà dura pel president Zin el-Abidín Ben Alí des de 1987, s'aguantava a l'igual que la seva credibilitat internacional, malgrat que el mal moment de l'economia ja es deixava notar al sector bancari i l'endeutament desmesurat de moltes famílies. Al 2004 el país sembla recuperar-se lleugerament, però el sector bancari continua en crisi i es manté el gran dèficit democràtic. Les eleccions hi concorren partits avalats pel propi president i es continua la pressió sobre les organitzacions independents de la societat civil, que s'ha donat a conèixer a l'exterior gràcies a la vaga de fam de l'advocadessa Radhia Nasroui. En aquesta situació política es preocupant l'empitjorament de la situació econòmica malgrat la certa millora de l'any 2003 (índex de creixement anual 6,1%), ja que durant

---

<sup>321</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal

<sup>322</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 1995*. Ed. Akal

aquest mateix any i el 2004 s'ha començat a produir el tancament de diverses fàbriques, que es pot estendre al sector tèxtil a causa de l'obertura al mercat asiàtic.<sup>323</sup>

Les dades socials i demogràfiques confirmen però que amb totes les dificultats i malgrat les diferències encara entre les zones urbanes i les zones rurals, Tunísia és el país amb un índex més elevat de desenvolupament de les dones, encara amb molt camí per recórrer.

Tot i que la pressió demogràfica, continua sent forta la taxa de creixement anual era del 2% al final dels vuitanta i en el període 2000-2005 és del 1.1%. L'índex de fecunditat segons dades del mateix període 2000-2005 és del 2,01%.<sup>324</sup> Per a la Tunisianes la contracepció és avui natural. Les dades de l'any 1990 ens indiquen que el seu ús estava al voltant del 50%<sup>325</sup>. Els contraceptius es venen lliurament des de 1961. Aquest fet juntament amb la mateixa legislació que endarrereix l'edat per contraure matrimoni i generalitza l'escolarització fa baixar el nombre de naixements, alhora que les famílies nombroses tendeixen a disminuir desanimades per la supressió de les prestacions familiars a partir del quart fill.

La població femenina treballa habitualment, fins i tot ocupant llocs durant molt de temps destinats als homes: al 1984 el 11,3% dels magistrats eren dones. Ja l'any 1994 hi havia entre un 25 i un 34% de dones assalariades, essent un 24% del mercat laboral.<sup>326</sup>

Tunísia és potser també el país amb una educació escolar més assentada fins a poder dir que al 1990 la quarta part dels estudiants universitaris són dones. Tres quartes parts de les nenes entre sis i catorze anys estan escolaritzades però l'analfabetisme persisteix en una tercera part de la població femenina. En el període 2000-2005 la taxa d'analfabetisme entre les dones era encara del 35,6%., però és un dels més baixos de la zona, només superada per Líbia.<sup>327</sup>

Les dones poden votar des de 1956 i ja al 1979 van existir dues diputades i 6 al 1986 i al 1989 i, a més, es va escollir una dona pel Ministeri de Sanitat el 1984 i una

---

<sup>323</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2004*. Ed. Akal, comentades per BESSIS, S. Pàg 106 a 108. I també en l'edició de 2005. Pàg. 106-107.

<sup>324</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal

<sup>325</sup> Dades extretes SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

<sup>326</sup> Dades extretes SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001 i BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. I RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR: *Mujeres y Fortaleza Europa*. Colección Feminae – Universidad de Granada – Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada 2001.

<sup>327</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*. Ed. Akal

secretaria d'estat d'afers socials al 1989.<sup>328</sup> El percentatge de dones al Parlament era l'any 1995 el 6,70%.<sup>329</sup>

Va ser el primer país del Magrib que va ratificar el Conveni sobre la eliminació de qualsevol forma de discriminació cap a la dona de les Nacions Unides de 1979<sup>330</sup>, si bé formulant algunes reserves, alhora que la llei permet a les tunisenques, treballar, viatjar a l'estranger, tenir i dirigir una empresa sense necessitat de l'autorització del pare o del marit.

Aquesta situació social de la dona a Tunísia, també ha vingut recolzada per un Codi d'Estatut personal, que malgrat mantenir el seu caràcter islàmic ha introduït variacions que han suposat un petit canvi del model de família. La poligàmia i el repudi estan prohibits. L'única finalitat del matrimoni ja no és la procreació i, fins i tot, l'avortament està autoritzat per raons socials des de 1965. L'esterilitat ja no és motiu de divorci. El matrimoni en general es configura com una cosa de la parella, home-dona, que funden i creen la família. Aquest nou model familiar ha estat potenciat des de l'estat donant exemple, fins i tot, els seus ministres, casats amb dones competents i amb un pes intel·lectual a les seves vides.

Però aquesta situació no és generalitzada a tot el país. A les zones rurals la pervivència de la família tradicional malgrat els canvis legislatius es fa patent i, fins i tot, aquest concepte tradicional perviu en el inconscient de moltes de les noves famílies.

Tunísia a diferència del Marroc potser poc preocupada per la seva projecció internacional ha subscrit tradicionalment en general pocs convenis internacionals, encara que en els darrers temps està canviant aquesta tenència i així existeix un Tractat d'amistat, bon veïnatge i cooperació amb la comunitat europea i convenis bilaterals per qüestions molt concretes com la pesca, el transport aeri i d'altres i recentment un

---

<sup>328</sup> BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. I RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR: *Mujeres y Fortaleza Europa*. Colección Feminae – Universidad de Granada – Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada 2001.

<sup>329</sup> BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. i RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR: *Mujeres y Fortaleza Europa*. Colección Feminae – Universidad de Granada – Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada 2001 i Dades extretes de: SEAGER, JONI: *Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)*. Madrid : Akal 2001

<sup>330</sup> El Conveni va ser aprovat per resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides s 34/180, de 18 de desembre de 1979 i va entrar en vigor al 3-09-1981. Tunísia el va ratificar el 20/09/1985, poc més d'un any després que Espanya que ho feu el 05/01/1984. Marroc no ho va fer fins el 22/06/1993, Algèria el 22/05/1996 i Mauritània el 10/05/2001. Tots ells han formulat reserves, però en el cas de Marroc, Algèria i Mauritània se'n fa de generals dient que posen reserves allò que sigui contrari o als principis del dret islàmic o el recollit en el seus codis de família nacionals. (veure la pàgina de l'Alt comissionat de les Nacions Unides pels drets Humans [www.uhchr.ch/spanish](http://www.uhchr.ch/spanish), per a consultar el detall de les reserves i estat de ratificacions d'aquest conveni).

conveni bilateral amb Espanya sobre reconeixement i execució de resolucions judicials.<sup>331</sup>

Quan estem davant d'un treball jurídic tenim tendència a fer una anàlisi detallat i acurat del que recullen els textos legals, però sovint oblidem entrar en altres anàlisis més sociològiques, ni que sigui a tall d'aproximació com les que acabem de fer. A l'hora d'analitzar el dret de família dels països del Magrib tradicionalment s'ha fet a partir de l'anàlisi dels textos positius dictats en els diferents països, analitzant-los com si es tractés del nostre propi ordenament i contraposant-los amb els nostres propis textos legals com el codi civil o similars. La jurisprudència, en aplicar aquests drets estrangers, també ho ha fet així tradicionalment i per pal·liar una mica el que podria ser una interpretació errònia de la seva simple lectura es recorria al dictamen d'un jurisconsult perquè es digués com s'aplica realment aquest dret.

En els conflictes familiars entre magribins el que hi ha darrera no és només un text legal diferent sinó una tradició cultural diferent. Per tant, també hem de veure quina és aquesta tradició cultural i quina és la societat actual del país en concret per determinar si la llei estrangera és aplicable o no, si és contrària a la nostra o no, etc... Fer una ullada aproximada al país és un punt de partida però cal veure també quines societats reals s'amaguen a cada un d'aquests països.<sup>332</sup>

## **B.- El manteniment del concepte de família tradicional entre els immigrants magribins com a substrat de fons dels procediments de família.**

Malgrat les diferències assenyalades entre els tres països objecte del present estudi, en el rerafons cultural dels ciutadans magribins perviu en més o menys mesura la idea col·lectiva de la imatge de la família tradicional. Aquesta concepció familiar més o menys amagada i el seu enfrontament als nous temps i a la societat d'acollida, està al darrera i en el fons de molts dels conflictes familiars.

Tradicionalment un dels valors de l'Islam és la família. Una família governada per un vell patriarca. La solteria no és reconeguda i casar-se és un deure, tant per la

---

<sup>331</sup> *Convenio España-Tunez 24-de septiembre 2001. Asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Tunez. Instrumento de ratificación 28-10-2002. (BOE núm. 52 de 1 de marzo 2003). S'aplica provisionalment des del 15 de setembre de 2003. Conveni citat i comentat en la (pàg. 114 a 119 respecte a la competència judicial i a la pàg. 179 i 181 respecte del dret d'assistència jurídica gratuïta).*

<sup>332</sup> La majoria de dades van referides al Marroc, ja que la majoria de publicacions giren al voltant d'aquest país. La poca presència d'algerians i tunisians, com ens demostren les dades de població, fa que la majoria d'estudis oblidin les característiques pròpies d'aquests països.



dona com per l'home. A l'hora del matrimoni és la noia qui deixa els seus pares per integrar-se a la família del marit on haurà de sotmetre's a la voluntat de la sogra i a l'autoritat del cap de la casa, que és un home, i que no és necessàriament el seu marit, sinó potser el pare d'aquest. Cal tenir present que lluny dels contes de les mil i una nits, els harems no eren més que la convivència en un mateixa casa de totes les dones, des de la sogra fins a les esposes dels diferents fills, amb els respectius fills i filles per casar i, fins i tot, oncles i les seves famílies. Les dones restaven a dintre la casa en un pati interior. En un harem hi podien conviure la sogra amb la seva jove, o les seves joves i les cunyades. No necessàriament havien de tenir un home moltes dones perquè existís l'harem.<sup>333</sup>

Els homes tenen preferència sobre les dones i, per tant, la dona ha d'obeir al marit. Les paraules textuais de l'Alcorà són: "Els homes estan per sobre de les dones perquè deu ha favorit uns respecte als altres i per ells gasten part de les seves riqueses en favor de les dones. Les dones són piadoses i submises a les disposicions de Deu; són reservades en absència dels seus marits en el que Deu va manar ser reservat. A aquelles a les que temeu desobediència, amonesteu-les, confineu-les a les seves habitacions, pegueu-les. Si us obeeixen no busqueu pretext per maltractar-les."<sup>334</sup> Aquest text i la seva interpretació ha portat força polèmica en els darrers temps per part d'imams establerts a Europa que l'interpretaven al peu de la lletra i justificaven així els maltractaments per parts dels marits.<sup>335</sup>

El casament és escollit per la família i, a més, la dona dóna el seu consentiment amb l'avinença del *walí* o tutor matrimonial. L'home per contra ha de donar dot a la seva muller i ha de mantenir-la, assegurant-li la subsistència encara que ella treballi. L'home pot disposar fins a quatre esposes però les ha de mantenir de manera igualitària a totes quatre. Ara bé, pot tenir un nombre il·limitat de concubines. L'alcorà diu:

---

<sup>333</sup> Per veure exemples d'aquesta tradició són bones novel·les: *Somnis de l'harem*, de Fatima Mernissi, o *Entre dos palaus*, del premi Nobel Naguib Mahfuz i referida a Egipte, entre moltes altres.

<sup>334</sup> Sura 4, 38/34 (traducció al català de *El Coran. Introducció, Traducció y nota de Juan Vernet*. Ed. Planeta 1991).

<sup>335</sup> Només cal tenir present per exemple el cas de l'imam de Fuengirola (qüestionat pels mateixos musulmans espanyols), que va ser condemnat per l'Audiència Provincial de Barcelona per les seves manifestacions al llibre "*La mujer en el Islam*" que incloïa indicacions de com pegar a les dones "*se deben administrar en unas partes concretas del cuerpo, como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa para que no deje cicatrices o hematomas*". Veure per exemple les notícies en premsa "*Procesan al imán de Fuengirola por incitar a la violencia domestica*" LA VANGUARDIA 25-04-2003, "*Condena ejemplar al imán de Fuengirola*" LA VANGUARDIA 15-01-2004, "*los musulmanes de España aplauden la condena al imán de forma mayoritaria*" LA VANGUARDIA 15-01-2004. La Sentència que va recollir aquesta condemna es la dictada pel Jutjat del Penal núm. 3 de Barcelona de 12/01/2004 (Az ARP 2004/1), que considera provat que s'ha produït un delictes de l'article 510 del CP.

"Caseu-vos amb les dones que us agradin, dos, tres o quatre. Si temeu no ser equitativs caseu-vos amb una"<sup>336</sup>

La dona no es pot casar amb un no-musulmà. Si ho vol fer, caldrà que el futur marit es converteixi a l'Islam. Els matrimonis mixtos només són autoritzats a l'home, encara que limitats a la possibilitat de casar-se amb dones cristianes i jueves. Els fills naturals estan discriminats i l'adopció no existeix, malgrat haver una figura que reconèixer un cert acolliment familiar però que no implica una adopció ni simple, ni plena.

En l'actualitat algunes d'aquestes disposicions han estat matisades o canviades lleugerament, perquè és la pròpia societat la que avança i reclama canvis. Canvis que es reclamen més a les ciutats i entre les famílies més benestants o més occidentalitzades. Així, la poligàmia pura i dura per motius econòmics està en franca regressió. En alguns països està prohibida i en d'altres es pacta la nul·litat matrimonial automàtica si hi ha un segon matrimoni.

En llocs rurals els casaments encara són un pacte entre famílies deixant molt poc elecció als joves.

El repudi és el més present i preocupant degut a la situació de desemparament en què pot quedar la dona. Tot i així, molts països l'han limitat i fins i tot s'ha prohibit sinó és en presència judicial.

En la majoria de països magribins continua existint una esfera pública i una esfera privada, pertanyen la primera als homes i la segona a les dones. L'evolució de la societat, la incorporació necessària de la dona al món laboral ha anat canviant una mica les coses i també en certa manera les legislacions. Però si en l'àmbit públic es proclama la igualtat i les dones poden accedir teòricament a càrrec públics, en l'àmbit privat continuen regint-se per les normes tradicionals i la prioritat del marit sobre la dona, alhora que el que es recull en els textos legals, no sempre va acompanyat d'una pràctica social real. Aquests textos llegits des d'una perspectiva occidental i des dels nostres paràmetres culturals, socials i de pensament ens poden semblar correctes, però l'anàlisi sobre el terreny ens demostrarà que això no sempre és així. El Codi d'Estatut Personal del Marroc (fins i tot abans de la reforma del 2004) i també els altres codis del Magrib reconeixen el dret al divorci per a les dones per unes causes taxades. La nostra jurisprudència, partint de la nostra història catòlica, arriba fins i tot a desestimar

---

<sup>336</sup> Sura 4, 3 (traducció al català de *El Coran. Introducció, Traducció y nota de Juan Vernet*. Ed. Planeta 1991).

demandes de separació presentades al·legant la vulneració de l'ordre públic espanyol del dret del país d'origen, manifestant que la seva legislació és més progressista perquè recull la possibilitat de divorci directe sense haver de passar per la separació, que no existeix, oblidant, per exemple, que la dona està en situació d'inferioritat respecte del marit, ja que aquest la pot repudiar sense cap causa i que la dona per aconseguir provar les causes que recullen els codis de família se li demanen proves impossibles. En aquest paísos, no és que la religió prohibeixi el divorci (que és el que el nostre subconscient històric pensa amb un paral·lelisme erroni amb la religió catòlica) sinó que aquest és predomini del marit, que és ell el que fa i desfà i que moltes vegades les dones es veuen en la indigència sinó tenen parents a qui recórrer, en uns paísos on tradicionalment, i en certa manera fins a l'actualitat la dona és i ha estat retirada a l'espai privat de la família.

La majoria de les dones per poder-se divorciar al·leguen primer la falta de manutenció dels marits. Aquesta obligació del marit es tinguda en principi seriosament, fins el punt d'embargar o empresonar al marit incomplidor. Per aquest motiu les dones primer plantegen aquestes demandes, que malgrat les dificultats poden acabar prosperant per després tenir provada una causa de divorci. Potser si que és cert, que a priori és més fàcil provar aquesta causa que d'altres, però les dificultats també hi estan presents.

En el cas d'A. <sup>337</sup>el procediment en reclamació d'aliments al marit seguit al Marroc, segons explicava ella mateixa, el seu marit va subornar al personal del jutjat perquè l'expedient quedés a la pila dels arxivats i després, malgrat tot això, el jutge la va obligar a ella a jurar que tornaria a viure amb el marit i aquest que llavors així li pagués.

En el cas d'Am. <sup>338</sup>el seu marit, no tenia domicili conegut i després de cinc anys encara no se l'ha trobat. Per tant, l'expedient ha quedat totalment aturat. Ella ha aconseguit, però, el divorci a Espanya i finalment, després de contactar amb tres o quatre advocats diferents, també ha aconseguit que es reconegués al Marroc.

En el cas de G. <sup>339</sup>encara és més sorprenent. G. també ha aconseguit el divorci a Espanya, abans que acabés el procediment d'aliments al Marroc. El marit va aconseguir casar-se amb una segona dona al Marroc, falsificant la signatura d'ella, donant-li la conformitat a aquest segons matrimoni i fent constar en aquest acta que ella renunciava a qualsevol pensió o qüestió econòmica, per a ella i per a els seves filles. Denunciat

---

<sup>337</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

<sup>338</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999.

<sup>339</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

aquest fet, llavors el marit va seguir l'estratègia de dir que ja li pagava a ella a Espanya,. Sense aportar però cap rebut ni justificant perquè no els té. La sentència de divorci espanyola fixava una pensió alimentària per les filles del matrimoni, que no ha pagat mai i que G. ha fet executar sense èxit, perquè el marit va plegar expressament de la feina per no tenir nòmina oficial. Al·legat aquests fets en el procediment del Marroc, amb documentació traduïda i legalitzada, el jutge acaba dient, que la dona li porti dos testimonis que pugui assegurar que el marit no paga res a Espanya i que si la dona no porta aquests testimonis, i el marit torna a jurar davant del jutge que paga la pensió a Espanya, ell donarà aquest jurament per bo.

A més d'aquest casos viscuts personalment, en diferents treballs d'antropòlegs i sociòlegs se'n recullen d'altres.

Així, Malika que diu que li va semblar que el jutge i el seu marit van pactar el divorci. Va denunciar al seu marit per no pagar-li els aliments, va haver de recollir documents que només tenia el marit i quan per fi van anar davant del jutge, el marit va pactar amb el jutge que pagaria el que li devia a condició que no la divorciés.

Jadiya es queixava precisament que si el marit es vol divorciar ja és legal, però que sí és la dona qui ho vol, ha d'anar vint vegades al jutjat i portar testimonis.

Aysa també es queixa que el jutge li deia que havia de tornar amb el marit i, a més, el seu marit va subornar a l'advocat d'ella. En total va trigar molts anys a aconseguir el divorci.

El cas de Fatiha és semblant: va denunciar al marit per falta de manutenció, però tot i així el jutge no li volia concedir el divorci<sup>340</sup>

Més enllà d'aquesta situació de les dones en el moment del divorci, la resta de la seva situació social als països d'origen continua tenint encara moltes reminiscències masculines, per bé que en el sí d'aquestes societats també hi ha moviments actius de dones.

Al Marroc, on conviuen dones àrabs i berebers (encara que la proporció àrab és més elevada) les dones continuen tenint majoritàriament les seves tasques tradicionals. Tan a unes com a altres se'ls exigeix un objectiu primordial: que siguin mares i esposes. Sobre les dones berebers que bàsicament resideixen a zones rurals recau l'obligació de tenir cura dels fills, marits, pares i altres parents que convisquin a la casa i també les tasques agrícoles i d'elaboració pròpia. Aquestes activitats els hi permeten mobilitat en

---

<sup>340</sup> Testimonis extrets del llibre AIXELÁ CABRÉ, YOLANDA: *Mujeres en Marruecos. Un análisis desde el parentesco*. Edicions Bellaterra 2000 (pàg. 189-191)

l'espai, però no se'ls reconeix valor social al seu treball. Un cop es traslladen a espais urbans, les dones berebers veuen limitats els seus moviments i alhora que només poden accedir a treballs poc qualificats, sovint després d'haver obtingut l'aprovació del marit.

Les dones àrabs, majoritàriament residents a les ciutats també han estat destinades bàsicament a tenir cura de la casa i dels seus, se les considera les guardianes de la identitat col·lectiva. Les seves feines encara que reconegudes, fins i tot fora de casa, no tenen mai un prestigi social similar al dels homes. Tot plegat ha propiciat la creació de dos espais complementaris el dels homes i el de les dones.<sup>341</sup> En els darrers temps això està canviant i afirmen que cada vegada les dones són més emprenedores, que els seus projectes tenen més fruit i això fa que sigui cada cop més importants i que s'organitzin en moviments femenins. Malgrat tot aquest canvi no és generalitzat i fora de les zones urbanes la situació de la majoria de dones continua reproduint els esquemes tradicionals. Fins i tot les dones de zones urbanes manifesten que encara els hi falta conquerir l'espai del carrer com a espai propi. Tradicionalment l'espai de la dona ha estat la casa i, per tant, trobar-se dones soles pel carrer i a partir de certes hores del dia és encara sinònim de prostituta.

La família és patriarcal i patrilineal. En aquesta estructura l'autoritat de la família és masculina i té primacia la filiació paterna. L'adopció no es reconeix. Moltes famílies, tant homes com dones prefereixen tenir fills que filles, perquè aquests tenen més avantatges que les nenes. Per altra banda, això també provoca el gran poder dels homes a la família, encara que no sigui el pare, sinó el germà o l'oncle. Algunes transcripcions de testimonis ens ajuden a entendre aquesta idea. Així, el cas d'un home de 70 anys que va prendre una segona esposa per tenir un fill mascle, segons explica la seva neta: "*ell estava frustrat per haver tingut només filles (...) Quan va conèixer la seva segona dona es va fixar que havia tingut només fills. Jo crec que això el va decidir*". També el cas d'un marit que esperava desesperadament un fill. "*Els homes sempre volen un nen per a que porti el seu nom*". La direcció de la família per part masculina queda clara en el relat d'Aysa: "*com que el meu pare havia mort, qui manava a casa era el meu germà gran*".<sup>342</sup>

---

<sup>341</sup> AIXELÀ CABRÉ, YOLANDA: *Mujeres en Marruecos. Un análisis desde el parentesco*. Edicions Bellaterra 2000. En aquests casos he fet la traducció al català perquè entenc que les seves transcripcions en el llibre d'origen també ja són traducció. En el cas de les entrevistes personals si he transcrit alguna conversa he respectat l'idioma que han utilitzat directament els entrevistats i he fet el mateix quan transcriu converses originalment ja preses en castellà.

<sup>342</sup> AIXELÀ CABRÉ, YOLANDA: *Mujeres en Marruecos. Un análisis desde el parentesco*. Edicions Bellaterra 2000. Ob. cit.

Aquestes actituds no només es produeixen al país d'origen sinó que moltes vegades es porten a sobre i esclaten a la societat d'acollida. En el cas del Maresme com ja hem vist se'n produït i produeixen molts conflictes matrimonials. Aquest és el cas de R. que el fet de no tenir descendència va propiciar la seva ruptura matrimonial per la voluntat del marit de prendre una segona esposa que li donés un fill.<sup>343</sup>

No és estrany trobar-se a dones magribines residents a Espanya que et diguin coses com “*Si estuviera mi marido, però como va una mujer sola a poder discutir esto, tengo miedo que el propietario me haga algo*”. Es tractava del cas d'una dona marroquina, divorciada que tenia un problema amb el contracte d'arrendament del seu habitatge. A més, era una dona corpulenta i se la veia decidida, però quan exposava el seu problema enmig de la conversa et deia que no gosava parlar amb el propietari de la casa perquè el seu marit ja no hi era. Sorprenia, doncs, aquesta actitud en una dona que s'havia divorciat i que residia i treballava a Espanya, però en segons quins moments el seu substrat cultural sorgia.<sup>344</sup>

### **b.1 La classificació de les dones en funció del seu estat civil.**

El matrimoni és tradicionalment recomanable, tan per homes com per dones, però per a les dones la pressió per casar-se és més gran. De fet, la dona no té un estatus social reconegut fins que és casada i amb fills, sobretot barons. La maternitat de filles, es considerada en molts casos com una maternitat a mitges. A més, en la seva qualitat de dona cal tradicionalment arribar verge al matrimoni i ser una dona fidel. Per tant, la dona té un estatut social com a membre del matrimoni, que alhora comporta submissió al marit, i com a persona destinada a la procreació.

Aquesta percepció social fa que puguem plantejar la descripció social de les dones tenint en compte el seu estat civil:

#### **a) Les solteres.**

Donat que el matrimoni és fonamental i primordial, aquestes estan en situació d'espera. L'honor de la dona és fonamental en els prometatges i moltes es veuen

---

<sup>343</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>344</sup> Cas real en una entrevista de l'assessoria jurídica de Caritas Interparroquial de Mataró amb motiu d'un desnonament.

empeses a un matrimoni perquè sinó serien mal vistes. Seguint transcripcions d'experiència personals, trobem el cas de Rasida, que es va casar a desganys per evitar caure en una mala imatge: *“si no hagués fet el casament amb el primer promès tot el barri hauria estat ple de xafarderies, tots pensarien que era ell el que m'havia deixat i no a la inversa i dirien: alguna cosa tindrà o haurà fet aquella noia. Em vaig tenir que casar sense tenir més remei.”*

A més, a la pressió per casar-se s'hi afegeix el valor de la virginitat. Des de petites les nenes reben una educació més tancada que els nens i se'ls transmet el valor de preservar la seva puresa i el valor de la vergonya. Segons una enquesta realitzada l'any 1993 al Marroc 9 de cada 10 noies creuen que és indispensable la virginitat per al matrimoni i les que no ho creuen són les que tenen un nivell educatiu més alt.<sup>345</sup> De fet, aquesta pressió sobre la virginitat lligada al concepte d'honor està més present en les classes més tradicionals com ara en l'àmbit rural, les classes baixes i les persones més religioses.

Aquestes pressions familiars han portat en els darrers anys a moltes dones solteres i joves a una intervenció quirúrgica que té per objecte la reconstrucció de l'himen: la himenoràfia. Aquesta intervenció que també té lloc a altres societats altament protectores de la virginitat de la dona, com ara al Japó, s'ha convertit al Marroc en els darrers anys en una pràctica habitual i cada cop menys cara. D'aquesta manera les noies pretenen complir amb la obligació que la societat i la família els imposa d'arribar verge al matrimoni, però en el fons amaga una manca d'educació sexual i sanitària.

La virginitat de la noia es converteix en una qüestió d'honor per la noia, però també pel pare d'aquesta. Aquest és el cas de una noia de 18 anys nascuda a Espanya però filla de marroquins que sortia amb un noi també marroquí sense que aquest hagués demanat formalment la mà al seu pare. El pare els va enganxar junts i va començar al noi a demanar-li la mà, tenia por que la virginitat de la seva filla quedés qüestionada per aquest prometatge informal i no es pogués casar després amb un altre noi i també tenia por del seu propi honor si ho permetia per això deia *“porque la gente me conoce y me respeta y si ven que mi hija está saliendo contigo van a decir: mira el padre que tiene y*

---

<sup>345</sup> Dades extretes de *El Estado del Mundo, 2005*, Ed. Akal i de BOUIA, BADIA i DUPUY, CECILIA: *Dones marroquines*. Quadern 3 per a conviure en la diversitat - Generalitat de Catalunya - Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.

*no se qué, no sé cuántos*".<sup>346</sup> En aquest sentit, alguns pares arriben a preferir que les seves filles no treballin fora de casa, encara que ho necessiti la família, perquè primer és la honra que els diners.

La família és la mateixa que controla a les dones, primer el pare i després els altres membres masculins, encara que en molts casos les dones sobretot les ja grans i les mares de fills barons són bastant controladores, fins i tot més que els seus marits. En aquest context les pròpies filles ho passen malament però encara més les dones dels seus fills masculins. Aquest és el cas emblemàtic de Be. encara que fora del partit judicial de Mataró, on la sogre controlava a les seves filles i a Be. que era l'esposa del seu fill malalt.

***Supòsit de fet:** La història de Be. podria ser digna de qualsevol pel·lícula. Casada a la força al Marroc es troba un cop a Espanya que el seu marit és esquizofrènic i que no es medica ni segueix cap tractament, sent ella víctima de diverses agressions físiques. Be té un nen, però davant la greu situació en què es troba i en la que perilla la seva integritat, els seus familiars venen a buscar-la per endur-se la a casa. El marit i la seva família li diuen que no hi ha cap problema i la fan anar al Consolat del Marroc a Barcelona a signar el divorci. Un cop allà, ella no sap llegir ni escriure, signa la renúncia del seu fill, sense saber-ho. Assabentada després del que s'ha fet per la intervenció de serveis socials de la població on residia. La família del marit li promet llavors que si marxa al Marroc, li donaran al fill i amenacen tota la família d'ella sinó ho fa. Els serveis jurídics de serveis socials li diuen que no hi poden fer res. Això es produeix sobre l'any 1992. El fill del matrimoni acaba pràcticament de néixer.*

*Be. marxa al Marroc, però la família del marit malgrat les promeses no li dona el seu fill. Desesperada decideix tornar amb el seu marit per estar amb el seu fill, però les agressions arriben a tal extrem que Be ha d'acabar ingressant en una casa d'acollida per a dones maltractades.*

***Petició que es formula:** En aquell moment, essent l'any 1995, des de serveis socials se la deriva al torn d'ofici i es planteja una demanda de mesures provisionalíssimes en les que s'acorda l'ús del domicili conjugal per a Be. i la guarda i custòdia del seu fill per a ella, sense règim de visites a favor del pare. L'ús efectiu del domicili conjugal no s'arriba a lliurar mai a Be que s'instal·la a*

---

<sup>346</sup> Testimoni extret de: *IDENTIDAD Y GÉNERO: MUJERES MAGREBÍES EN MADRID*. Universidad Pontificia de Comillas. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones – Dirección General de la Mujer, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales – Comunidad de Madrid - Publicaciones DGM Num. 8. Madrid 1998.



*viure amb el seu fill a la casa d'acollida. Plantejada la demanda de plet principal de separació matrimonial sense tenir en compte cap element d'estrangeria, el jutjat de primera instància inexplicablement en sentència de 30-06-1996 retira la guarda i custòdia del menor a la mare i la dona al pare esquizofrènic, amb una argumentació fàctica errònia. Evidentment, davant d'aquesta situació Be recorre en apel·lació a l'Audiència Provincial de Barcelona que desestima la demanda en sentència de 15-09-1998.*

*L'any 1999 davant de tot el que ha passat Be. torna a plantejar demanda de divorci demanant la guarda i custòdia del seu fill menor amb mesures provisionals d'acord amb l'article 158 del CC en la que argumenta dret marroquí i que finalment, després de molt de temps de judicis, l'Audiència de Barcelona estima íntegrament encara que ja és massa tard pel fill menor que ha acabat en un centre de la Generalitat.*

També Sa.<sup>347</sup> explicava que preferia no baixar al Marroc ella sola amb els nens a l'estiu perquè allà els sogres i els seus pares estaven tot el dia dient-li que feia sola, si sortia perquè sortia, si es quedava a casa perquè no feia res. En canvi, si es quedava aquí durant l'estiu mentre el seu marit treballava ella podia anar tranquil·lament a la platja amb els nens.

En la gran majoria dels casos analitzats personalment entre dones ja instal·lades al Maresme (el 70% aproximadament) el matrimoni havia estat forçat de manera més forta o menys, a vegades per imposició paterna o familiar<sup>348</sup> i d'altres simplement per pressió social. El cas d'Ht. és molt més dramàtic i la conversa pausada amb ella permet constatar en la realitat l'existència de famílies summament marcades encara pels costums tradicionals: necessitat de casar a les filles, control total dels seus moviments, l'enfrontament amb la pròpia mare i l'honor de la família marcat pel comportament de la filla.

***Supòsit de fet:*** *Ht. és una noia marroquina de 19 anys. La seva família és molt tradicional. Ht. ha crescut amb la por i amb el control exercit tant pel pare com per la mare a la que descriu com una dona amargada, que no suporta que les seves filles tinguin altres aspiracions. Són tres germanes. Ella és la mitjana. La germana gran la van casar ben jove amb el seu cosí. Sembla però que ells s'havien*

---

<sup>347</sup> El supòsit de fet de manera extensa es troba recollit a l'annex 2 ref. 7-1/2000.

<sup>348</sup> Cal recordar el cas de N. i R que havia estat casades als 15 i 16 anys (el detall extens de cada un d'aquests supòsits es troba explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001 i ref. 6-3/1999 respectivament).

*enamorat i l'elecció familiar els va semblar molt bé. Quan Ht. va arribar als 17 anys, el seu pare va pactar el matrimoni per casar-la amb el fill d'un amic seu. Es tractava d'un noi d'uns 25 anys, creient practicant, que no fumava, no bevia i tenia una bona feina. El pare d'Ht., que era molt religiós i havia tractat a les seves filles amb mà de ferro (maltractaments inclosos), va trobar que aquest era el marit perfecte. Ht. mentre havia conegut a la feina un noi espanyol del que s'havia enamorat. Mentre va ser menor d'edat va aguantar i, fins i tot, va anar a la petició de ma. El seu pare havia amenaçat amb pegar-la sinó ho feia. Ella li va dir obertament al pretendent triat que no l'estimava i que no s'hi volia casar, però ell li va dir que li era igual i que l'estimació venia amb la convivència. Quan va fer els 18 anys Ht. va fugir de casa amb el seu xicot espanyol. El pare i els familiars van anar buscar-la i van intentar segrestar-la. Ella havia denunciat el fet a la guàrdia civil, que va evitar el segrest. El pare però se li va quedar el passaport. El fet d'haver marxat de casa ha malmès l'honor familiar, és una vergonya que dificultarà als seus ulls el matrimoni de la germana petita. De fet, els plantegen fins i tot canviar de població perquè només es relacionen amb la comunitat marroquina d'on viuen i diuen que ara estan mal vistos pel comportament de la filla.*

***Petició formulada:** volia renovar el permís de residència però no tenia el passaport.*

Malgrat que ha pujat l'edat de matrimoni, (tradicionalment la primera menstruació era l'edat que determinava el matrimoni. Després la Mudawana va fixar l'edat mínima de 15 anys) casar-se continua sent una imposició social, encara que la dona tingui treball fora de casa. Les dones poden tenir estudis, feina, poden viatjar fora, però quan s'arriba a l'edat crítica, sobre els 26 anys en general, i no s'ha casat la pressió per a que ho faci és molt gran i més si té germanes més petites ja casades. Si malgrat tot prioritzen les possibilitats professionals les seves possibilitats de casar-se a partir d'aquesta data disminueixen considerablement. A més, que una dona soltera visqui sola és inacceptable, ja que se la consideraria poc menys que una prostituta i, per tant, es veu condemnada a quedar-se en el nucli familiar. En una enquesta realitzada al Marroc al medi rural de Fes, el 68% de les dones es van casar perquè volien tenir fills o una vida familiar, el 10% perquè quan s'arriba a certa edat cal fer-ho i el 12% per tenir

una vida estable i deixar de ser el punt de comentaris de les dones del poble.<sup>349</sup> Els estudis elaborats pel propi govern amb motiu del pla per a la integració i desenvolupament de la dona<sup>350</sup> constava que l'edat de matrimoni per a les dones a les ciutats estava al voltant dels 27,8 anys de mitjana i a les zones rurals als 24,2 anys. Aquest mateix informe recollia que l'any 1994 amb motiu de l'elaboració dels cens un 0,17% de les dones casades tenia menys de 15 anys. Ara, en aquest mateix argumentari s'afirma que l'edat de matrimoni no està fixada a l'Alcorà, que l'índex de divorcis en matrimonis amb dones menors de 15 anys és molt elevat i que no és bo ni per les dones ni pels fills, perquè suposa entre altres problemes riscos de salut i incoherències legals, ja que la majoria d'edat està fixada als 18 anys.

Les solteres són les que majoritàriament s'han incorporat al mercat de treball, però fer-ho encara que, per una banda, ha suposat un dels canvis socials més importants de la societat encara està considerat per a molts un risc en la imatge personal i familiar de la noia que treballa i sobretot en funció de on treballi. Els treballs manuals en fàbriques i tallers són els més mal considerats en vistes al matrimoni, però, en canvi, en són als que poden accedir la majoria de les dones per la seva poca formació.

És entre les dones solteres joves on també es practica més l'avortament, que evidentment està prohibit, amb un greu risc per la seva salut i la seva vida.

És difícil que un home es faci càrrec de la dona embarassada i del seu fill. Un jove marroquí solter ja resident a Espanya manifestava clarament "*yo no me voy a casar con una mujer así*", quan la seva promesa també marroquina però educada a Espanya es va quedar embarassada li demana ajut.<sup>351</sup> Aquesta actitud també està al darrera d'altres casos<sup>352</sup> on les han deixat soles i amb els fills. Sembla que ja els hi està bé que les noies siguin més modernes i obertes i s'avinguin a tenir relacions sexuals però a l'hora de casar-se aquest no és el model de dona que busquen.

En tots els casos estudiats, les dones als 26 anys ja estaven casades, tan si tenien formació, com no i la majoria també a aquella d'edat ja eren mares d'un o més fills. En

---

<sup>349</sup> Dades recollides al llibre: *Identidad y género: mujeres magrebíes en Madrid*. Dirigido por APARICIO GÓMEZ, R. Publicaciones DGM 1998, que recull la investigació duta a terme per l'Institut Universitario de Estudios sobre Migraciones de la Universidad Pontificia de Comillas.

<sup>350</sup> El 19 de juliol de 1999 es va elaborar un pla nacional per a la integració de la dona i el seu desenvolupament. Dintre de diferents treballs i trobades en el marc d'aquest pla general es va trobar la necessitat de fer un argumentari religiós, jurídic i sociològic a favor del pla nacional d'acció i integració de la dona i el seu desenvolupament per tal de promoure la reforma de la Mudawana. Aquest argumentari estava a la pàgina del Ministeri de la Comunicació del Marroc: [www.mincom.gov.ma](http://www.mincom.gov.ma), a la que es va accedir.

<sup>351</sup> Cas real atès en una consulta a l'assessoria jurídica de Caritas.

el cas de N.<sup>353</sup> la seva edat era molt precoç i als 20 anys ja era mare de dos nens de quatre i dos anys.

#### **b) Les casades.**

Tradicionalment l'esposa es trasllada a viure a casa del marit, entesa com la casa familiar del marit encara que visqui en una altra ciutat. És a dir: la dona abandona la seva família per passar a pertànyer al seu marit i la seva família. Aquesta situació a Marroc es continua produint bastant, encara que en alguns casos l'emigració interna o externa hagi trencat aquesta regla social. Ja des de fa temps en els cercles més benestants i més occidentalitzats existeix una tendència cap a la família més nuclear evitant la convivència de més d'una generació en un sola casa. Darrerament aquesta sentència s'ha generalitzat i segons dades del pla del govern pel desenvolupament de les dones ja esmentat el 62% de les llars són famílies nuclears.<sup>354</sup>

Majoritàriament, doncs, la dona marroquina deixa la seva família en casar-se per formar part de la del seu marit. Si la nova esposa fa alguna cosa deshonrosa, la deshonra recau sobre el seu marit i la seva família, no sobre la família d'origen. Hi ha mil històries populars que il·lustren aquest fet.<sup>355</sup> A més, encara que no visquin junts el deure de visitar i tenir cura de la família del seu marit és primordial, fins i tot per sobre de la seva pròpia, ja que per fer-ho tradicionalment havia de demanar permís al marit i, en conseqüència, aquest era un dels drets que el codi d'estatut personal marroquí reconeixia a la esposa com a millora.

En aquesta família del marit, és la sogre la que continua tenint l'administració i gestió de la casa, qui en molts casos continua tenint l'administració dels diners i la clau del rebost. En molts casos la màxima aspiració d'una dona era arribar a ser la sogre de la casa per la quota de poder que això suposa.<sup>356</sup> Tradicionalment, l'esperança de vida era més limitada i les sogres vivien fins els 42 o 44 anys, fet que suposava que la jove només convivia amb ella durant un període curt i després podia ocupar la seva posició dins la casa. L'increment de l'esperança de vida també ha fet trencar aquest equilibri.

---

<sup>352</sup> Aquests són els casos d'Al. o Ac., tractats àmpliament explicats a l'annex 2 ref. 19-2/2003 i ref. 8-2/2000.

<sup>353</sup> Recordar que el cas està explicat a a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

<sup>354</sup> Veure dades del pla governamental pel desenvolupament de la dona del Marroc citat a la nota 350.

<sup>355</sup> Per veure exemples d'aquesta tradició són bones novel·les: *Somnis de l'harem*, de Fatima Mernissi, o *Entre dos palaus*, del premi Nobel Naguib Mahfuz, referida a Egipte, entre moltes altres.

<sup>356</sup> MARTIN MUÑOZ, G: *La condición social de la mujer argelina: las contradicciones de su situación*. [www.ub.es/solidaritat/observatori/esp/argelia/temas/mujer.htm](http://www.ub.es/solidaritat/observatori/esp/argelia/temas/mujer.htm).

A més la nova esposa ha de conviure també amb les cunyades solteres que encara viuen a casa i que sovint són font d'enemistat. El fet de tenir fills i sobretot fills barons fa que aquesta esposa guanyi prestigi davant de les cunyades i accedeixi també la seva quota de poder. La importància de la maternitat també fa que la mare creï un especial vincle amb el seu fill baró i que la relació d'aquest amb la mare tingui un paper important i una gran influència. El jocs i carícies d'una mare al seu fill baró tenen en alguns casos amb molta càrrega de sexualitat. De fet, moltes dones amb la maternitat d'un fill baró i la seva ascendència sobre el mateix aconseguixen així el seu poder a la llar i dificulta la relació amb les esposes dels seus fills. En cas de Be. és paradigmàtic d'aquesta situació <sup>357</sup>

L'objectiu primordial del matrimoni és la procreació. La maternitat és gairebé una obligació, la possibilitat de no ser mare no entra dins de l'imaginari social i només s'ho comencen a plantejar més seriosament les dones immigrants i, fins i tot, més les immigrants de segona generació. La germana d'A. <sup>358</sup> i després de les dificultats de la seva germana deia clarament que no volia casar-se de moment, que primer volia estudiar i treballar i després ja veuria si es casava o tenia fills i de fet fins i tot va arribar a independitzar-se i va marxar de casa als pares. La pressió per tenir fills estava també darrera el trencament matrimonial de R. <sup>359</sup>

A més, en cas d'esterilitat "la culpa" a priori sempre és de la dona i, per tant, no és habitual anar a la consulta mèdica per aquest motiu. En l'àmbit rural se solucionarà en consultes a la remeiera i a l'àmbit rural la dona només anirà al metge després d'haver esgotat altres vies.

L'embaràs i el part és viscut com un fenomen natural i, per tant, sense necessitat de seguiment i control mèdic. Moltes de les dones immigrants que arriben a Espanya no han tingut el costum prèvia abans d'anar al ginecòleg i, per tant, això és un nou repte. En el cas de F. <sup>360</sup> ella explicava que no va saber que estava embarassada fins el quart més de gestació.

En els darrers anys les famílies extenses si més no al Marroc, han començat a reduir-se, tendint cada cop més a matrimonis amb pocs fills. La taxa de fecunditat ha baixat a l'igual que s'ha endarrerit l'edat del matrimoni. Però aquestes modificacions afecten bàsicament a la societat urbana i amb cert nivell educatiu. Malgrat la reducció

---

<sup>357</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995..

<sup>358</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

<sup>359</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>360</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 3-2/1998.

però en certs àmbits d'aquesta família extensa sí que es manté xarxes de relacions i suports femenins.

Aquesta estructura familiar, malgrat la immigrant es reproduceix en l'estat d'acollida i és la font de moltes ruptures familiars. Malgrat les petites dimensions dels pisos on resideixen normalment els immigrants marroquins, la consideració de família amplia continua pesant i en un mateix pis a vegades es reagrupen pares, fills i les joves i els marits, sobre tot si el que ha vingut primer i s'ha establert ha estat el marit i després ha reagrupat a la dona.

Aquest és el cas de FD <sup>361</sup> que havia de suportar la presència a casa seva del germà del seu marit i també està en el fons de molts d'altres. Així, en el cas de G. aquesta es queixava que el seu marit no volia que es relacionés amb la seva pròpia família resident a Espanya, bàsicament germans i les discussions i agressions sovint venien d'aquest fet. El trencament en el cas Ach. també ve motivat per l'arribada del germà.

***Supòsit de fet:** Ach. i el seu marit porten més de 10 anys a Espanya. Malgrat ser tots dos residents a Espanya es van casar al Marroc seguint la tradició. Tenen un nen menor d'edat. Les discussions familiars es produeixen sovint des que el marit va fer venir al seu germà del Marroc amb els estalvis del matrimoni. Finalment, un dia en una discussió arriben a les mans. Això es produeix al mig del carrer i amb la casualitat que passava per allà una parella de la Policia Local. L'afer acaba en un expedient per maltractaments. Des d'aquell dia i sense que s'hagi dictat ordre d'allunyament, el marit marxa de casa. No paga res pel fill menor. No el visita i, a més, envia telegrama al propietari del pis que és el domicili conjugal, dient-li que deixa el pis i que lliurarà les claus. Evidentment, Ach no sap res d'això i s'assabenta quan a través de serveis socials es contacta amb el propietari. Ach. estava a l'atur en el moment que el marit marxa i va a demanar un ajut pel lloguer, que el marit tampoc ha pagat.*

*Ach. no vol divorciar-se. Diu una i una altra vegada que sigui ell el que demani el divorci. S'intueix que és una qüestió d'orgull: que no pugui dir que és ella la dona qui ha demanat el divorci. Postura que sobte en una dona resident a Espanya des de fa més de 10 anys i a punt d'adquirir la nacionalitat espanyola.*

***Petició formulada:** demanda d'aliments amb sol·licitud de mesures cautelars urgents.*

---

<sup>361</sup> El supòsit de fet està llargament explicat a l'annex 2 ref. 11-3/2001.

En el cas invers i a través de la consulta d'un marit abandonat veiem com encara es perpetua aquesta idea de la família i del matrimoni en les noves generacions.

***Supòsit de fet:** Ric. és un noi jove marroquí establert a Espanya des de ben petit. Viu amb la mare vídua. Té un germà més gran ja casat també resident aquí.*

*Ric. coneix a una noia marroquina filla de marroquins establerts també a Espanya i que ja ha crescut i s'ha escolaritzat aquí. Com ell diu és una noia molt moderna, "com una espanyola", però el seu pare, com diu el mateix marit, "és molt moro". De fet, la noia té una feina bastant qualificada perquè té estudis secundaris i, fins i tot, guanya una mica més que el seu marit.*

*Mentre sortien la noia ja va conèixer a la mare d'ell i els pares d'ella també el van conèixer a ell. El pis on viu Ric. amb la seva mare és de la seva propietat i està pagant la hipoteca i, per tant, la noia sap que un cop casats serà aquest el domicili familiar i que, a més, haurà de conviure amb la sogre. També és simptomàtic el comentari de Ric. "ella ja havia vingut a casa i havia conegut a la meua mare i jo no portaré a casa una noia qualsevol, sinó la noia amb la que em vull casar"*

*Un cop casats la noia no aguanta i torna a casa dels pares i el truca a ell i diu que no tornarà perquè no s'entén amb la sogre.*

*És ell el que es vol divorciar i evidentment vol conservar el pis que era d'ell, pagava ell i ella no havia començat a pagar.*

***Petició que es formula:** consulta jurídica prèvia a qualsevol demanda.*

En aquest cas, es desprèn que potser la noia va precipitar el matrimoni per pressió del pare i que no estava convençuda del que feia. A més, un cop casada si decideix tornar a casa serà més ben acceptada que si es nega a casar-se. Potser Ric. sabia la pressió que tenia la seva parella, potser ell hi va afegir pressió o no, però el que queda clar és el pes de la concepció tradicional de la família, fins i tot en el cas de les noves generacions.

Aquesta concepció amplia de la família tradicional fa que en cas de trencament, la qüestió no sigui de la parella, sinó de tota la família.

Un cop casades, les dones tenen una mica més de llibertat. La seva virginitat ja no és un bé a protegir. La sogre les pot vigilar o controlar, ja que el que ara cal controlar és la decència, però socialment una dona casada té més prestigi, perquè la vinculació amb un home encara és important.

Els rols masculins i femenins dintre del matrimoni es mantenen així com el repartiment d'espais. Les dones queden circumscrites a l'espai privat que els marits poden compartir, però el públic queda limitat als marits. En aquest context el treballar fora de casa no és l'ideal i s'interpreta com una deixadesa de la cura que ha de tenir a la família i la casa, però la precària situació econòmica en la majoria dels casos fa imprescindible que la dona també aporti ingressos a casa, encara que necessiti formalment la conformitat del marit. Al Marroc, per exemple, al 1996 va suprimir els articles 6 i 7 del codi comercial que exigien la autorització del marit perquè la dona pogués exercir una activitat comercial.

Si la dona treballa fora de casa, ha d'assumir igualment les tasques domèstiques que es continuen considerant tasques femenines i, per tant, han d'assumir doble jornada laboral. Moltes vegades però el treball de la dona es continua veient com un treball necessari per a l'economia familiar però no desitjable, havent de deixar-lo si el marit ja la pot mantenir a ella i als seus fills.

No està ben vist que les dones vagin a fer feines a casa de famílies més benestants, ni per les treballadores ni per les mestresses, ja que socialment hi ha la idea que cada un ha de netejar la seva pròpia casa. En general, treballar fora de casa socialment encara s'entén que és un abandonament de les pròpies obligacions d'esposa i també perquè significa que el marit no és capaç de complir la seva obligació de mantenir la esposa. Evidentment, en la majoria de casos les necessitats econòmiques obliguen a treballar la dona fora de casa.

En el cas casos estudiats, el fet de treballar fora de casa ha estat i és un conflicte. El marit d'A. la va pràcticament obligar a que deixés la seva activitat laboral per compte propi. N. no treballava fora de casa i depenia totalment del marit. FD havia treballat fent feines fora de casa, però el marit així que va poder la "va retirar". El cas de moltes altres dones immigrants és, curiosament, l'invers: el marit s'ha instal·lat a la seva costa i no treballa i és ella qui ha de suportar tota la pressió econòmica i de la llar, perquè malgrat que el marit no treballi evidentment tampoc col·labora en el manteniment de la casa i el tenir cura dels fills. Aquest és el cas de Am. i també de BP.<sup>362</sup>.

*Supòsit de fet: BP. i AE., tots dos marroquins i residents a Espanya es van casar al consolat espanyol a Madrid. Després es van traslladar a viure al Maresme. Primer van viure de lloguer i després es van comprar un pis.*



*BP. es queixa de que AE. no ha treballat mai, només quan en té ganes i que deixa les feines. Ella treballa com a empleada de la llar en diferents cases i fa moltes hores. Tenen un nen de 2 anys.*

*BP. explica que AE. sempre ha estat una mica violent i han tingut diversos incidents que havien acabat en sentències de faltes. Després de passar pel jutjat ell es calma uns dies fins que hi torna.*

*El pis el compren gràcies als estalvis de BP., que els hi permeten donar l'entrada i després anar pagant la hipoteca. Com que AE. deixa de treballar al poc temps de comprar-se el pis, tret de dos rebuts d'hipoteca, la resta els ha pagat BP..*

*Evidentment, com que en un sol sou no arriben decideixen llogar una habitació a una noia marroquina.*

**Petició formulada:** *En primer lloc, BP. presenta demanda per maltractaments en l'àmbit familiar, però el jutjat de guàrdia no acorda mesures de tipus civil, sinó tan sols un auto d'allunyament en virtut del qual el marit abandona el domicili conjugal.*

*BP. planteja demana de mesures provisionals prèvies a la demanda de separació o divorci. El jutjat primer obliga a triar si separació o divorci però la defensa de BP manifesta que per a les mesures provisionals prèvies de l'article 771. De la LEC 1/2000 no cal triar i s'accepta el raonament.*

*En l'acte de la vista el jutge pregunta a les parts si volen que se'ls hi apliqui dret marroquí o ja els hi està bé que apliquin dret espanyol. A les parts ja els hi està bé el dret espanyol, encara que en el fons no ho tenen molt clar i només volen una resposta. Finalment, a la vista arriben a un acord, malgrat les diverses al·legacions de AE. durant la mateixa. BP. no es refia del marit, perquè cada dia canvia d'opinió i presenta dintre de trenta dies demanda de divorci contenciosa contra el marit, al·legant i provant dret marroquí després de la reforma i demanant les mateixes mesures que el marit va acceptar a la vista ara com a definitives.*

*Finalment, el marit presenta escrit dient que estan d'acord i firmen conveni regulador.*

*A BP. també li preocupa la validesa que aquest divorci pugui tenir al Marroc.*

**Dades processals:** *s'aplica la LEC 1/2000*

---

<sup>362</sup> L'explicació detallada dels diferents exemples es troba a l'annex 2.: en el cas d'Am., ref. 4-1/1999; el d'A., ref. 2-1/1998; el de N., ref. 10-2/2001, i el de FD., ref. 11-3/2001.

En un estudi fet a la comunitat marroquina de Màlaga <sup>363</sup> també es constata aquesta percepció:

Youssef afirma “*no, no tiene porqué trabajar allí. Yo gano suficiente dinero. Tenemos todo lo que queremos. No, pero es que yo se lo prohíba (sic) es que son unos trabajos muy malos*”

Leila diu: “*pero a él no le gustaba, y si él no me anima entonces sí que no voy a trabajar*”.

Aquest mateix estudi constata que moltes dones que van emigrat solteres i que es van casar després, han deixat de treballar en casar-se. En algun cas fins i tot s’ha produït un canvi voluntari del tipus de permís de residència a Espanya. És el cas d’Hiba, que tenia permís de treball i residència i va reagrupar al seu marit. Quan aquest va tenir el seu permís de treball propi, ella va canviar el seu per només un de residència, sense possibilitat de treballar.

Evidentment, aquesta percepció social dels rols femenins i masculins arriba, com hem vist, amb els magribins que s’instal·len al nostre país. Per a aquest col·lectiu, és cert que hi ha moltes dones que no treballen fora de casa i que com a molt fan feines esporàdiques sense contracte. Moltes d’elles tenen permisos tan sols de residència, que per tant no els permeten l’accés ràpid al món del treball en cas de necessitat i en aquesta situació arriben moltes d’aquestes famílies a les crisis familiars.

Sovint des dels jutjats no s’entén aquesta problemàtica, sobretot si són dones joves i es parteix de la idea que no és cert i que totes elles treballen fent feines. Sovint també ens podem trobar en la percepció errònia contrària: que totes depenen del marit, quan ja hem vist que també hi ha marits que no treballen i carreguen tota la responsabilitat sobre la dona.

La realitat econòmica és que en la major part de les famílies es veuen obligats a treballar home i dona, però que normalment el marit és el que treballa amb contracte, assegurat i amb un sou més alt. Les dones fan feines necessàries però que es consideren prescindibles i, per tant, sovint són ingressos que ajuden però que no sustenten la família. Moltes d’elles un cop es trenca el vincle familiar no tindran a vegades ni permís de treball propi.

---

<sup>363</sup> GARCÍA- CANO TORRICO, MARIA: *Migraciones y Género. El caso de la Comunidad Marroquí en la ciudad de Málaga*. Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer – Diputación Provincial de Málaga - Servicio de Publicaciones. Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA) , 2000. Les cites també són extrems de testimonis d’aquest estudi.

Una altra de les dones entrevistades en el estudi fet a Màlaga, diu clarament: *“si estás acostumbrada a que sea el hombre el que lleve el dinero a la casa, ¿que vas hacer si él no está? ¿Cómo vas a seguir adelante sin dinero? Si no sabes ni trabajar en nada, es difícil.”*

Davant d'aquestes circumstàncies les peticions de pensions per a elles i els seus fills en el marc d'un procediment de família s'han d'analitzar curosament.

La legislació dels països d'origen, que després estudiarem, per un cantó manté aquesta estructura familiar per a les dones casades i per l'altra manté la precarietat de la seva situació social i econòmica en permetre el repudi unilateral i la poligàmia encara que amb limitacions, sense compensacions econòmiques. No és, doncs, d'estranyar que en el plantejament de processos de família una part i l'altra busquin emparar-se en normatives diferents.

En aquests casos crec que és bo analitzar quina ha estat la concepció de família que ha dominat durant el matrimoni, per entendre el perquè de les pretensions i per permetre o no l'aplicació de normativa forana que vingui a mantenir o no aquesta desigualtat en el si familiar de homes i dones.

A títol d'exemple en el cas de S.<sup>364</sup>, el marit en l'acta de la vista, després d'argumentar que la seva dona treballava i no depenia d'ell, va afirmar tan tranquil·lament que la seva dona no tenia cap llibreta al banc, ni caixa, perquè ell no va considerar mai que fos necessari que ella tingués una llibreta.

Davant d'afirmacions com aquesta és evident que el que hi ha darrera és una família tradicional amb els rols familiars ben repartits i on la dona depèn del marit a tots els efectes i, en canvi, la resolució final prescindeix d'aquests element potser massa subtil.

### **c) Les divorciades.**

Al Marroc les dones divorciades o repudiades tornen majoritàriament a casa dels pares. Moltes persones al Marroc popularment no distingeixen entre dones divorciades o separades. Molt poques són les que s'instal·len soles amb els seus fills. Majoritàriament no tenen recursos per fer-ho i socialment no està ben vist.

Les dones divorciades o repudiades als països del Magrib majoritàriament tenen la guarda i custòdia dels fills, no la pàtria potestat que continua sent exclusivament del

---

<sup>364</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001.

pare, (aspecte que l'última reforma de la Mudawana marroquina ha volgut pal·liar una mica), però això no els dóna dret a l'ús de l'habitatge familiar, que a més normalment és dels sogres o del marit en exclusiva. Si no poden ser acollides per la seva família d'origen arriben a quedar amb els seus fills en la indigència, com constata fins i tot l'informe governamental <sup>365</sup>. En els informes elaborats en aquest mateix pla es constata que les dones que viuen a les ciutats (el 17,4%) i tenen un nivell d'educació més baix (el 16,8%), són les que més es divorcien.<sup>366</sup>

El mateix informe governamental recull les dades de divorci als diferents països del Magrib on es constata que al Marroc l'any 1997 el 15,90% dels primers matrimonis acabava en divorci, percentatge similar a Algèria l'any 1992 (el 13,20%) i molt per sota Tunísia que amb dates de 1994 només constava que el 6,20% dels primers matrimonis havien acabat en divorci.

Les dones divorciades al Marroc majoritàriament afirmen que s'han divorciat per voluntat pròpia, ja que hagin estat repudiades no és socialment ben vist, perquè suposa que empitjora la seva situació. Totes al·leguen maltractaments, tret de casos on és de domini públic que ha estat el marit qui ha repudiat a la dona, el repudi s'oculta. És un desprestigi que no l'hagi volgut, com si no hagués estat prou bona. Aquesta mateixa idea però a la inversa és la que està present quan són elles les que diuen "que sigui ell qui demani el divorci". És com un punt d'orgull, "si tan mala dona sóc que sigui ell qui es divorciï". Les dificultats per accedir al divorci, que ja he exposat, ajuden a donar un plus de valor a la que malgrat tot ha aconseguit divorciar-se. És una petita victòria. Aquestes explicacions populars dels motius del divorci, contrasta amb la realitat jurídica. La majoria al·legava jurídicament el no pagament de la manutenció per part del marit, ja que sovint per demostrar els maltractaments no n'hi ha prou amb l'informe mèdic i calen testimonis masculins en nombre a vegades impossible. En realitat el repudi continua més estès que el divorci de la dona. Elles sempre tenen la idea que és ell qui els ha de concedir el divorci, i només si ell es nega és quan comencen a recórrer als tribunals.

---

<sup>365</sup> Veure dades del pla governamental pel desenvolupament de la dona del Marroc citat a la nota 350..

<sup>366</sup> El mateix informe citat a la nota 350 i a l'anterior constata que les dones de l'àmbit rural només tenen una taxa de divorci del 14,5% i en el cas de les dones amb estudis només es divorcien el 11,8%.

En els casos abans referenciats, extrets d'altres estudis antropològics<sup>367</sup>, això es plasma clarament, totes elles diuen clarament i amb aquestes paraules que el marit no els hi volia concedir el divorci.

Aquesta idea que el divorci és cosa del marit i que és ell qui l'ha de concedir, també està molt present en les dones ja establertes al país d'acollida. Així, en tots els casos estudiats hi ha hagut un moment, ni que sigui inicial que la dona hagi manifestat obertament que el marit no li vol donar el divorci. En molts casos aquesta idea ha estat presa seriosament per part d'assistents socials o altres professionals que treballen en l'àmbit del benestar social tan d'administracions o entitats privades. Així, quan algunes d'aquests dones han anat a exposar el seu problema també han dit que no es poden divorciar perquè el seu marit no els concedeix el divorci. Aquesta idea errònia però certa per a elles per les grans dificultats legals dels seu país d'origen, ha estat entesa com a correcte pels professionals d'aquí en els primers anys que van sorgir aquest conflictes i es deia, contundentment que no es podia fer res. A aquesta idea també col·laboraven els propis tribunals en rebutjar conèixer d'aquestes demandes, quan se'ls feia la consulta abans de plantejar el plet i també hi ha confusió en certes publicacions o explicacions. No és que el marit sigui l'únic que tingui dret a divorciar-se com s'afirma en alguna ocasió<sup>368</sup> sinó que el marit tradicionalment ha tingut aquest dret sense al·legar cap motiu i la dona encara que se li hagi reconegut el dret al divorci és per unes causes taxades i difícils de provar. Això fa que el que domini el trencament del vincle matrimonial a la realitat sigui l'home.

A les societats d'origen la dona divorciada, després de totes les dificultats exposades o també la repudiada, torna a la unitat familiar d'origen, però té més llibertat de moviment que la soltera. A més, l'honor a protegir és el de les solteres o, fins i tot, el de

---

<sup>367</sup> Testimonis extres dels següents treballs : *IDENTIDAD Y GÉNERO : MUJERES MAGREBÍES EN MADRID*. Universidad Pontificia de Comillas. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones – Dirección General de la Mujer, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales – Comunidad de Madrid - Publicaciones DGM Num. 8. Madrid 1998.

GARCÍA- CANO TORRICO, MARIA: *Migraciones y Género. El caso de la Comunidad Marroquí en la ciudad de Málaga*. Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer – Diputación Provincial de Málaga - Servicio de Publicaciones. Centro de Edidiciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA) , 2000.

AIXELÁ CABRÉ, YOLANDA: *Mujeres en Marruecos. Un análisis desde el parentesco*. Edicions Bellaterra 2000.

RAMIREZ, ÁNGELES “Migraciones, Género e Islam – Mujeres marroquíes en España – Ediciones Mundo Árabe e islam – Educación y Vultura – Agencia Espanyola de Cooperación Internacional. Madrid 1998.

<sup>368</sup> Testimoni extret de: *IDENTIDAD Y GÉNERO : MUJERES MAGREBÍES EN MADRID*. Universidad Pontificia de Comillas. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones – Dirección General de la Mujer, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales – Comunidad de Madrid - Publicaciones DGM Num. 8. Madrid 1998.

les casades. Ja no hi ha autoritat del marit i l'autoritat paterna s'ha debilitat i si té fills, és d'aquests dels que s'ha d'ocupar abans que dels pares o germans. La condició de divorciada no és dolenta, perquè ja han passat per un matrimoni i això fa abandonar la idea que ningú no l'ha volgut com a esposa. Això també es trasllada en el cas de les dones magribins immigrants i aquelles que han estat casades per la força. És més difícil social i familiarment negar-se al matrimoni que després divorciar-se. Això ho hem vist en cas de la dona de Ric.<sup>369</sup> també en el cas d'A.<sup>370</sup> que en el seu primer matrimoni el pare la va obligar a casar, però que després va acceptar que abandonés al marit i, fins i tot, la va ajudar en el divorci i fins i també en el cas Ra. i Ab.<sup>371</sup>

La situació per a les viudes, pot ser més precària sobretot pel que fa a recursos propis i els és més difícil tornar-se a casar que les divorciades.

En qualsevol cas, les dones soles, divorciades, repudiades o viudes han perdut la seva vinculació amb l'home i, en conseqüència, també part del seu prestigi social i, a més, a les dones en aquesta situació els és més difícil que als homes tornar-se a casar, motiu pel que tradicionalment es casaven de nou amb un germà del marit o un altre parent i motiu també pel que tradicionalment es recolzava i fonamentava la poligàmia: evitar que les dones quedessin soles. Aquesta por a la soledat i a la manca de figura paterna el trobem en el cas de ZA.<sup>372</sup>

La situació de les dones divorciades als països d'acollida si que és molt diferent. En primer lloc, perquè en molts casos no hi ha la família per acollir-les. Aquesta només hi és si ja fa molt temps que són a Europa, A vegades el vincle més proper són germans. La majoria de vegades a diferència del que passa al país d'origen, les dones divorciades aquí han conservat ni que sigui l'ús del domicili familiar, o aquest que era de lloguer s'ha deixat i gràcies a la seva independència econòmica han pogut accedir a un nou habitatge, a vegades juntament amb germans o altres familiars o, fins i tot, l'habitatge és de propietat conjunta amb el marit o en alguns casos encara que pocs només és d'ella. En qualsevol cas, i encara que no tingui família instal·lada aquí, no tornen generalment mai al Marroc amb la família paterna, si és que no s'hi veuen forçades. L'esforç migratori és massa gran per deixar-ho tot i, a més, en la majoria dels casos aquí han aconseguit una llibertat i una independència que no tindrien en el seu país d'origen. Per quedar-se, si han vingut si han estat reagrupades, han de poder canviar els seus

---

<sup>369</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 25-3/2004.

<sup>370</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

<sup>371</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 14-6/2001.

<sup>372</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

permisos, perquè els documents els permetin treballar legalment. La majoria d'elles es veuen abocades a feines domèstiques sense contracte. Moltes vegades són elles les que assumeixen el pes de la casa i el pes econòmic fent feines sense contracte, mentre els marits estant a l'atur o s'esperen de feina a feina sense aparentment gaires ganades de treballar, segons el que es desprén dels seus relats.

En la majoria de conflictes, fins i tot els que arriben al jutjat amb denúncies de violència domèstica, les discussions més habituals són perquè ella, acostuma a dir el marit, no fa la feina de casa ni s'ocupa dels fills, i elles rebaten que ell no treballa ni porta diners a casa i, a més, no fa res mentre està aturat. ZA en els seus raonaments per tornar amb el seu marit ho deia ben clar : a la nostra cultura la dona ha de fer les feines de la casa i ell ja treballarà. No li agrada que treballi a certes cases. Als nens no els educa sinó els malcria.

En els casos analitzats cap d'elles ha tornat al Marroc, al contrari s'ha establert i afermat aquí, millorant la seva situació laboral i sense l'ajut econòmic dels marits ni tan sols pels fills. Aquest és el cas de totes elles, però especialment el de Am, que no tenia cap familiar a Espanya. Destaca també el cas d'A. que en el moment del trencament va tornar a casa als pares, perquè pràcticament ella ja era una immigrant de segona generació i tenia aquí tota la família i també en el cas de N.<sup>373</sup> que ha tornat per força al domicili dels pares, també instal·lats aquí a Espanya.

En el cas de S. i G destaca que el recolzament ha vingut dels germans. En el cas F. és digne de mencionar que malgrat tenir els pares aquí aquests estaven divorciats i per tant no hi havia nucli familiar a on tornar.<sup>374</sup>

Dels casos analitzats, A. Am., F. i N. vivien en domicilis de lloguer. A i N. van marxar amb els seus pares, però les altres dues van deixar el domicili conjugal i amb el seu esforç van aconseguir domicili propi. F. amb la seva germana amb un contracte de lloguer i Am. sola però amb una hipoteca. R.<sup>375</sup> i G. tenien domicili de propietat l'ús del qual van conservar elles.

De totes maneres, el fet que la dona tradicionalment torni a casa dels pares, aquesta no és una norma jurídica. La norma jurídica pot ser el fet que el marit no l'hagi de mantenir o que no l'hagi de tenir a casa seva, però no la obligació de tornar a casa als pares. En la família tradicional, on la dona normalment anava a viure a casa del marit,

---

<sup>373</sup> El supòsit de fet de N. està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001. El cas d'A. es pot explicar a l'annex 2 ref. 2-1/1998 i el d'Am. explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999.

<sup>374</sup> El supòsit de fet de F. està explicat a l'annex 2 ref. 3-2/1998. El cas d'G. es pot trobar explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001 i el de S. explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001.

evidentment en cas de divorci aquesta era la conseqüència més lògica, però en les parelles establertes a Espanya, quan viuen en un pis de lloguer a vegades a nom de la dona o en un pis de propietat hipotecat i a nom dels dos i en un règim econòmic matrimonial tradicional gairebé inexistent que determina que cada un dels cònjuges té els seus bens i el seu patrimoni sense ingerències, no es pot pretendre, com feia el marit de BP.<sup>376</sup> que la llei marroquina li obligués a ella a marxar del domicili familiar, que a més pagava ella, per anar a casa de la germana.

Totes les dones dels casos analitzats, diuen clarament que al Marroc no hi tornen a viure, que els hi agrada anar de vacances, però que volen viure aquí.

És evident que les dones divorciades al país d'acollida el seu comportament per necessitat o per adaptació s'assimila més a les dones autòctones que a les del seu país d'origen.

Davant d'un altre possible matrimoni, no totes reaccionen igual. Moltes diuen que no en volen saber res d'homes i no es comprometen amb cap durant molt de temps. D'altres, al poc temps d'aconseguir el divorci es tornen a casar perquè en el fons es veuen empeses a tenir un home. Dels casos analitzats, malgrat seguir-los des de 1998 molts d'ells, tan sols, el percentatge de dones que s'han tornat a casar és tan sols d'un 5% com a molt, mentre veiem que, en canvi, el percentatge de les dones magribines que decidien tornar amb el mateix marit era del 70%. Per tant, és lògic pensar que per aquest referent masculí, per la soledat que tenen, per l'educació rebuda, etc... estan més disposades a aguantar al marit, però quan ja s'han divorciat o separat els és més difícil tornar-se a casar, és com si volguessin aprofitar la llibertat aconseguida, de la que gaudien tradicionalment de les divorciades, però a més amb les avantatges del país d'acollida. De fet, una d'elles, Ra., deia: *“Ya te has casado, ya lo has probado y ahora ya puedes volver a hacer tu vida tranquilamente. Esta bien haberlo probado pero no me gusta, prefiero estar soltera.”*<sup>377</sup>

Aquesta actitud potser també està darrera de matrimonis com el primer d'A. que va acceptar casar-se per callar els desitjos familiars i després trencar i tornar a fer la seva vida en més llibertat i pot estar al darrera també del comportament de la dona de Ric.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>376</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.

<sup>377</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 12-6/2001.

<sup>378</sup> El supòsit de fet d'A. està explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998 i el de Ric. l'annex 2 ref. 25-3/2004.



És curiós destacar que les dones que han tingut aquesta actitud eren dones de segona generació, una d'elles fins i tot ja naturalitzada espanyola i que posa de manifest que es troben sovint en mig de dues concepcions familiars que intenten temperar i sortint-se de la millor manera possible, molts vegades intentant mantenir la identitat cultural del seu país d'origen o de la seva família.

En els països d'acollida cal també tenir present que moltes vegades el motiu del divorci és el xoc davant de noves situacions i l'adaptació a una altra societat diferent. En l'estudi realitzat a Màlaga això es constata fàcilment.<sup>379</sup> En aquest treball es recull el testimoniin de dones que han tingut problemes amb la seva parella en intentar tenir rols diferents als tradicionals:

Drizia, que només va viure tres anys aquí amb el seu marit, diu:

*“A mí me gusta que los dos controlen, no que el hombre controle a la mujer (...).  
però hay pocos hombres que dejen que sea entre los dos”*

En el cas de R. i en el N<sup>380</sup> és evident que casades molt joves no havien après a viure per elles soles.

En el cas A., el trencament va venir exactament pel mateix. El marit malgrat tenir una postura molt avançada en les relacions homes-dones durant el prometatge, després un cop casats retornava a les idees tradicionals, obligant a A. a deixar la feina. Ach. es queixa del mateix canvi d'actitud del seu marit. Molts són els que aparentment agafen una actitud més oberta i més moderna, però als que en el seu interior encara els pesa molt l'educació rebuda.<sup>381</sup>

## b.2 El paper de la religió.

La majoria de les dones protagonistes dels casos reals analitzats no podríem dir que són summament religioses. De fet, la gran majoria d'elles no va la mesquita amb assiduïtat i la religió es viscuda com una part més de la seva tradició cultural, fruit d'aquesta barreja de dret i religió que existeix al país d'origen. L'arribada de més

---

<sup>379</sup> GARCÍA- CANO TORRICO, MARIA: *Migraciones y Género. El caso de la Comunidad Marroquí en la ciudad de Málaga*. Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer – Diputación Provincial de Málaga - Servicio de Publicaciones. Centro de Edidiciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2000

<sup>380</sup> El supòsit de fet d'N. està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001 i el de R. explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>381</sup> El supòsit de fet d'A. està explicat explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998 i el d'Ach. explicat l'annex 2 ref. 28-1/2005.

marroquins els retorna més a les tradicions i festes religioses, perquè les poden practicar més obertament i amb més recolzament social per part d'altres compatriotes.<sup>382</sup>

En el cas de G.<sup>383</sup> afirma que ella no va la mesquita perquè no li cal anar allà per resar, en canvi segueix el ramadà i totes les festes tradicionals lligades a celebracions religioses.

En canvi en el cas de N. i R.<sup>384</sup> la religió és més present perquè els homes de la seva família també hi estant lligats. En el cas de R. el seu marit era una persona reconeguda en el si de la comunitat musulmana i ella és la que en alguna ocasió queixant-se del seu marit ha dit que el que feia era pecat.

La família de N. també està molt lligada a la comunitat musulmana de la seva població i aquesta la recolza a ella, dient clarament que el comportament del seu marit no és d'un bon musulmà.

Els homes de la majoria d'elles tampoc són molt practicants, excepte els casos referenciats i només recorren a la religió gairebé més a la tradició i per justificar-se. En cap cas ningú es declara obertament no creient, sinó més aviat el contrari: tots es defineixen com a si mateixos com a musulmans. Alguns arriben a dir que són musulmans però moderns i que no comparteixen l'actitud d'altres compatriotes. Des dels atemptats del 11 S els homes i també les dones dels casos estudiats, han començat a parlar obertament de religió amb la intenció de deixar ben clar que són musulmans, però que la seva religió no empara als terroristes.

Una gran part dels costums que s'associen socialment a preceptes religiosos, de fet no són més que costums culturals i que potser musulmans d'una altra part del món viuran diferent. Per a la majoria d'elles és més un tradició cultural i un símbol de la seva identitat que una qüestió purament i exclusivament religiosa.

L'exemple del vel o mocador, que tant rebombori ha provocat al país veí no sempre és un símbol religiós. La varietat dels casos i dels motius pel que les dones l'utilitzen ho posa de manifest. Moltes vegades és una reafirmació d'una identitat, d'altres és realment un sentiment religiós, d'altres una imposició no només masculina sinó de la societat i d'altres se'l posen per poder així ser més lliures, exteriorment porten

---

<sup>382</sup> Això es demostra en la proliferació per exemple de mesquites i oratoris. Al Maresme, al gener de 2005 hi havia 11 centres islàmics. Dades publicades a FOC NOU, núm. 369 de gener de 2005 a l'article de JORDI LLISTERRI: *Una foto ben moguda. Les minories religioses a Catalunya*, segons dades de la Direcció General d'Afers Religiosos de la Generalitat de Catalunya.

<sup>383</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

<sup>384</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001 i 6-3/1999.

el vel i en el si de les seves societats no se les qüestiona. Les dones berebers al Marroc l'han assumit a vegades en aquest sentit.

D'estudis antropològics o socials al respecte n'hi ha forces i molts recullen testimonis de dones com el de Rashira, que afirma que ella el porta com a opció voluntària però que aquí “la gente cree que las mujeres nos vestimos así, que llevamos el velo porque nos obligan los hombres” i d'altres com Lunna, que diuen obertament que el porten gairebé per obligació: “*yo lo llevaba cuando estaba casada porque ellos lo querían. Yo lo llevaba por ellos, a mí no me gustaba, me daba igual pero lo llevaba, como era de pueblo y eso. Me lo dejé de poner cuando vine aquí. (...) A mis suegros no les gusta, ellos son muy religiosos y no les gusta que yo vaya con la cabeza destapada, le disgusta más al padre que a la madre*”.

En els casos estudiats, la majoria de les dones que tenien entre 20 i 35 anys portaven el mocador o vel, però també n'hi havia que no. En canvi, les mares i sogres de totes elles porten el mocador. Potser perquè es considera ben vist en una dona casada o de certa edat, que ja és mare i àvia. Destaca el cas de N.<sup>385</sup> que malgrat la seva joventut va tota negra i a part del mocador porta el vestit tradicional. Les seves germanes porten mocador però van vestides a la occidental. Potser el cas de N. és fruit de la seva educació però de tot el que ha patit, i la necessitat de demostrar que ella no és una mala dona, ja que el seu marit sempre l'havia acusat d'anar amb altres homes. Mai t'expliquen obertament perquè el porten o perquè no i sincerament en la pràctica jurídica tampoc goses a preguntar si és que no has agafat bastant confiança. Algunes d'elles que habitualment no el porten, si venien acompanyades del pare el portaven encara que molt dissimulada, més a l'estil d'un mocador decoratiu a l'estil d'alguns vestits de nit dels anys 30 i 40, molt obert. Algunes d'aquestes sí que et diuen obertament que se l'han posat aquell dia per no sentir al seu pare. D'altres encara se senten més pressionades si en comptes del pare qui les acompanya és el sogre o la sogre. Alguna d'ells també t'ho diu obertament i se'l treu quan entra al despatx. De totes les dones amb les que he treballat només n'hi ha un parell que al principi no portaven vel i ara, en canvi, se l'han posat, però no aprecies cap element extern de pressió en la seva vida. Una d'elles davant la pregunta directa et diu obertament que el porta perquè ara li ve de gust. Aquests motius fa pensar que és més una opció personal de reafirmació de la identitat que senten una mica perduda, que no pas per motius

---

<sup>385</sup> Cal recordar el dramàtic cas de N., a qui el marit li ha pres els nens. El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

religiosos. En els darrers temps aquest sentiment de reafirmació de la seva identitat personal i de les seves tradicions està més extès.

Malgrat existir molts altres elements culturals que poden provocar més conflicte en la societat d'acollida, l'ús del vel, donat que és un símbol extern, és més refusat pels ciutadans d'aquí. Molts arriben a dir que els molesten que vesteixin així, i en el moment d'enfrontar-se als tribunals hi ha la percepció inconscient per part dels operadors jurídics, cada cop menys, que la dona que porta el vel és més depenent del marit que la que no el porta i llavors sorprenen actituds valentes d'aquestes dones.

Les característiques d'aquest sistema tradicional que assimilen o que tenen present els immigrants magribins, fins i tot les noves generacions variarà de en cada persona, però cal tenir present que la immigració magribina, ja no és majoritàriament masculina, que molts dels primers immigrants han portat aquí la seva família, que això per una banda suposa un projecte d'estabilitat en el nostre país, però per l'altra posa en qüestió entre els propis immigrants o en els seus fills el model tradicional de família en contraposar-lo al que es viu avui en dia a les societats d'acollida.

Els motius que impulsen a emigrar també configuren la manera de viure després a la societat d'acollida. N'hi ha que han vingut i venen primer els homes i després ho fan les dones per seguir al marit o la família. Moltes d'aquestes dones ho fan a contracor i el xoc amb la societat d'acollida és molt dur, es troben soles i desconeixen pràcticament l'idioma.

D'altres tan homes com dones han emigrat per progressar, per ascendir, per accedir a la societat de consum, per tenir més llibertat.<sup>386</sup> Davant la emigració forçada i arriscada de certes persones que al seu país d'origen gaudeixen de certa situació econòmica, només es pot arribar a la conclusió que Europa és l'imaginari col·lectiu al que molts aspiren, encara que al seu país no estiguin tan malament. Des d'aquesta perspectiva s'entenen matrimonis de noies joves amb homes molt més grans que elles, no només per pressió familiar, sinó perquè així veuen la possibilitat d'accedir a l'anhelada Europa i un cop aquí si el marit no les deixa fer, ja se'n divorciaran. No és potser el prototipus més extens però hi ha un percentatge.

Hi ha que han vingut fugint i que no volen sentir ni parlar a tornar al Marroc, ni que sigui per buscar el visat. És el cas de Z. que repeteix sempre espantada que no pot

---

<sup>386</sup> És el cas per exemple de Ahmel, una noia d'Algèria d'una família benestant que va venir sola a Espanya a la recerca de més prosperitat i que s'explia al llibre LUQUE, CARMEN: *Ells truquen a la porta. 15 vides explicades pels nous catalans. La immigració que comença*. Edicions La Campana. Barcelona febrer de 2000.

tornar al Marroc quan se li insinua la possibilitat de poder regularitzar la seva situació legal a Espanya, però havent d'anar a sol·licitar i recollir el visat.

El cas de Z. no estar comptabilitzats entre els casos estudiats, perquè no va lligat a cap problema familiar, ja que se l'ha atès en la seva petició d'ajuda per obtenir els permisos de residència. Z. ha arribat sola del Marroc, fugint no se sap de què, però no parla mai dels seus pares i només de la seva germana a la que en seguida pensa en com portar cap a Espanya. Mai comenta que té ganes de tornar al Marroc a veure la família com molts altres immigrants. Ella sempre ha anat vestida a la occidental i en el moment de consulta té una parella espanyola.

Les dones no poden casar-se amb un no-musulmà, però no són poques les que ho han fet, sobretot dones soles, solteres, divorciades o vídues que estan a Espanya sense família directa. Cal tenir present, a més, que és un mitjà bastant ràpid de tenir residència legal a Espanya i, per tant, moltes decideixen casar-se, algunes després d'haver conviscut com a parella de fet amb un espanyol durant cert temps. Els matrimonis mixtos però no són el desig de la majoria. Tampoc entre les noves generacions de marroquins. Una enquesta revela el 73% dels joves marroquins només es casarien amb musulmans.<sup>387</sup>

Totes aquestes vicissituds fan que la percepció i el manteniment del model tradicional de família sigui diferent en cada cas, però sobretot quan es tracta de famílies ja establertes al país d'acollida des de fa temps, la tendència és reproduir els esquemes socials del país d'origen i això sovint suposa una pressió a les noves generacions, que veuen un altre model al que poder optar. La realitat és que els propis magribins es debaten en el manteniment dels model tradicional i l'acolliment dels nous valors que se'ls presenten a la societat occidental. La voluntat de preservació de la seva pròpia identitat en un món cada vegada més dividit entre Orient i Occident i que sembla voler donar la raó a la teoria de S. P. Huntington<sup>388</sup>, fa que les noves generacions mantinguin els criteris tradicionals. Només cal veure la ja esmentada enquesta realitzada a la joventut del Marroc.

---

<sup>387</sup> Enquesta elaborada per l'Institut Sunergia, sobre una mostra de 800 joves, que va publicar el dari *L'economiste* de Casablanca i que a Espanya recull EL PAIS de 25-01-2006. L'enquesta es va fer durant l'any 2004 als joves d'entre 16 i 29 anys. El 73% dels enquestats no voldria casar-se amb un no-musulmà. Entre les dones el percentatge arriba al 87%. El 67% tampoc voldrien casar-se amb un no-marroquí. Aquest estudi també revela que el 57% són partidaris que les dones portin l'*hijab*, percentatge que s'incrementa entre la població més desfavorida econòmicament i que en canvi baixa entre les classes més benestants.

<sup>388</sup> Veure nota 2.

Donat que el model de família és l'element clau en molts casos del manteniment o no dels principis i tradicions, aquests conflictes estan molt presents en els procediments de família que s'insten a la societat d'acollida.

Els textos legislatius dels seus països d'origen que recullen el dret de família recolzen en gran part el model tradicional, per bé que introduint cada vegada més canvis i innovacions.

Les societats dels països d'origen estan també en evolució, els immigrants magribins també sovint estan a camí de dos models. En aquesta situació fer una anàlisi dels textos legals positius, de manera únicament jurídica i prescindint de la realitat social de fons, per tal de després argumentar la llei aplicable als processos de família als estats d'origen és poc rigorosa i gens pràctic i aboca a solucions jurídiques parcials o insuficients.

Quan mirem els textos legals magribins en matèria de família, cal que intentem fer aquesta mirada multidisciplinar que ens ajudarà més en la trobada de solucions globals.

Tot i que l'anàlisi següent se centra en els textos legals dels països estudiats, no cal oblidar dues coses. En primer lloc, que el dret de família continua sent d'inspiració islàmica, amb tot el que això suposa. I, en segon lloc, que al darrera d'aquestes lleis hi ha una societat que sovint es debat entre la tradició i la modernitat.

### **b.3 El matrimoni alcorànic i els seus elements constitutius.**

Malgrat tractar-se d'una institució contemplada en un text religiós com és l'Alcorà, el matrimoni islàmic, no és una institució religiosa a l'estil del matrimoni canònic que té la consideració de sacrament. El matrimoni alcorànic és bàsicament un contracte i té un marcat caràcter jurídic. Les discussions doctrinals se centren en determinar quin tipus de contracte es tracta, arribant a afirmar alguns autors que el que amaga és una compravenda en el que el dot seria el preu. Criteri contrarestat per altres autors que especifiquen que el dot és una donació i que, a més, hi ha altres característiques que l'allunyen de la simple compravenda.<sup>389</sup> El matrimoni és un manament contingut a l'Alcorà i per això es fonamenta que els creients es casin, però no

---

<sup>389</sup> MOTILLA, AGUSTÍN i LORENZO, PALOMA: *Derecho de Familia Islámico - Los problemas de adaptación al Derecho español*. Ed. COLEX- 2002

és una institució religiosa, encara que sigui costum recitar plegaries o textos religiosos en el moment de la seva celebració.

Els requisits constitutius del matrimoni islàmic es concreten en quatre condicions, que en termes generals (a excepció del dot) no difereixen gaire de les exigides en el matrimoni civil espanyol o, fins i tot, en el matrimoni canònic. El que canvia són els requisits concrets que s'exigeixen en cada una d'aquestes quatre grans condicions.

#### **a) La habilitat dels contraents.**

És a dir, l'absència d'impediments per contraure. Els impediments es diferencien en temporals i permanents. Els permanents es concreten en impediments de consanguinitat i d'afinitat en els que s'introdueixen prohibicions concretes derivades de la possibilitat de poligàmia i de lactància. Entre els impediments temporals es contempen els impediments religiosos i els derivats del repudi i de període d'*idda*.<sup>390</sup> Així, es prohibeix a les dones casar-se durant el període d'*idda* o continència legal i també es prohibeix tornar-se a casar amb el marit que la va repudiar mitjançant un repudi irrevocable a no ser que després d'aquest repudi la dona s'hagués tornat a casar amb un home diferent i s'hagués dissolt aquest segon matrimoni.

Especial importància mereix l'impediment religiós, mitjançant el qual es prohibeix a l'home musulmà casar-se a una no-musulmana, a no ser que sigui jueva o cristiana. La regla prové de l'Alcorà (II, 221) que diu "*no us caseu amb dones politeistes fins que creguin*"<sup>391</sup>. A les dones se'ls hi prohibeix el matrimoni amb qualsevol no-musulmà, ja que es creu que es deixaran influenciar pel marit i es convertiran a la seva religió. D'aquesta manera s'acaba limitant les possibilitats de matrimoni als homes musulmans

L'excusa d'aquesta norma és que els fills han de seguir la religió del pare i, per tant, si el pare no és musulmà no podrien ser mai musulmans els fills d'una dona musulmana. Aquest criteri més enllà d'altres crítiques lligades a la discriminació que comporta, parteix de la extrapolació a d'altres religions o, fins i tot, a les persones no creients, de la seva teoria basada en el concepte tradicional de família patriarcal on l'home és el cap de família. Una llei pot dir que la religió musulmana la transmet el

---

<sup>390</sup> Per a més detall veure: MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001.

<sup>391</sup> Cita de l'Alcorà extreta de MILLOT, L. I BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001. (pàg. 277)

pare, però no pot dir que en les altres religions la religió també la transmeti sols el pare i menys encara que un pare ateu transmet per llei el seu ateisme al seu fill, malgrat que la mare del fill en qüestió sigui musulmana. Per altra banda, la religió realment no la transmet la llei sinó l'educació i el convenciment de la pròpia persona i és evident que la educació que transmeten els pares als fills és important, però la que transmeten tots dos, tan pare com mare. La llei pot dir que tots els fills de musulmans són musulmans però no pot dir que el fill d'un cristià, d'un jueu o d'un ateu no arribi a ser mai musulmà i encara és més probable que ho sigui si la mare és musulmana i en l'educació del seu fill li transmet aquesta religió al fill, en contra, per exemple, d'un pare que es desinteressi per la religió. No són pocs els casos en què de fet els fills han seguit la religió de la mare i no la del pare.

D'acord amb l'Alcorà és possible demanar també com a requisit pel matrimoni la igualtat social i econòmica dels contraents, fent incompatible un matrimoni entre persones de diferent posició social. Aquest criteri pretén impedir la barreja de les diferents estàndards i condicions socials. L'exigència més o menys estricta d'aquest criteri depèn de les diferents escoles. Alguns demanen igualtat de religió i costums i d'altres també igualtat de fortunes.<sup>392</sup>

#### **b) El consentiment matrimonial**

El consentiment directe existeix sols respecte de l'home, la dona ho ha de fer a través del seu representat legal, el *walí*. Actualment en la majoria de regulacions positives que recullen aquesta figura com a imprescindible es recull també que no sigui obligatori per a la dona acceptar el matrimoni que el *walí* li hagi concertat. Tradicionalment podia negar-se al matrimoni o, fins i tot, anul·lar el que s'havia celebrat sense permís.

El dret de *Jabr* és una institució pre-alcorànica que permet obligar a contraure matrimoni als impúbers, dementes i febles d'esperit. Aquest dret és l'origen i el fonament de la figura del *walí*. Aquest dret no està recollit a l'Alcorà. Per justificar la institució s'invoca el *hadit* que posa en boca del Profeta el següent consell "caseu als vostres fills quan siguin joves". Però de fet aquesta màxima només aconsella al casament el més aviat possible. Les diferents escoles han recollit aquest dret de *Jabr* amb limitacions, demanant, per exemple, que malgrat aquest poder les dones siguin consultades. Aquest

---

<sup>392</sup> Ja hem vist que per exemple aquest era el criteri de l'escola de Kufa (pàg. 224).



dret era però limitat als impúbbers. En el cas de la dona aquest dret s'allargava, ja que es considerava encara sotmesa aquest dret si era verge. Aquest fet és el que ha fet demanar tradicionalment la presència d'un tutor, ja que se la continuava considerant com a menor d'edat fins que perdia la virginitat. El tutor però no podia mai actuar en benefici propi.

L'escola malikita és la que més ha perdurat en el manteniment d'aquest dret amb més o menys mesura, de la que el manteniment de la figura del *walí* n'és encara una mostra.<sup>393</sup>

El consentiment no pot estar subjecte a condició suspensiva o termini.

### **c) La forma de prestar el consentiment matrimonial**

El consentiment matrimonial s'ha de prestar en presència de dos testimonis musulmans i varons en les seves plenes facultats mentals o d'un home i dues dones, igualment musulmans.

No és necessària la presència d'autoritat civil o religiosa. S'ha d'expressar la oferta de matrimoni i la seva acceptació. En el cas de la dona, l'expressa el *walí*, per la qual cosa aquest ha d'estar present.

### **d) El dot.**

El dot és un element necessari del matrimoni i, per tant, si no es constitueix el dot en els termes establerts el matrimoni és nul, encara que si el matrimoni s'ha consumat se salva la validesa del mateix, mitjançant el dot d'equivalència o dot legal que substitueix el dot viciat

El dot es pot constituir amb tota classe de bens que estiguin en el comerç lícit i tinguin algun valor. Per tant, ha de ser cosa lícitament negociable, útil, de valor apreciable, determinada, certa o determinable i cal que sigui propietat del donant i estigui en possessió d'aquest.

La naturalesa del dot també ha estat discutida. Alguns afirmen que es tracta del preu que es paga pel matrimoni i, per tant, suposa la compra de l'esposa.<sup>394</sup> D'altres afirmen que és una donació, un regal i que, a més, un cop lliurada passa a ser propietat de la dona i, per tant, en benefici de la mateixa. La naturalesa d'aquesta institució és

---

<sup>393</sup> Per a més informació sobre aquest dret de *Jabr* s'ha de veure: MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2ème édition. 2001.

<sup>394</sup> MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2º ed. 2001, recull a la pàg. 269, els comentaris que mantenint aquest criteri fan Khalil "el dot és anàleg a un preu de venda" i

reflexa fins i tot en el terme utilitzat per denominar-la. Encara que en la majoria de textos positius actualment vigents als diferents països es parla de *sadaq* (regal) originàriament s'anomenava *al mahr*, i es referia a la quantitat donada al pare o al tutor de la dona.<sup>395</sup> Per altra banda, es podria apuntar que el dot és un mecanisme per assegurar la subsistència de la dona en cas de dissolució del matrimoni, però hi ha autors que ho neguen, perquè en aquests casos el marit el que haurà de pagar és un do de consolació que té caràcter indemnitzatori i res a veure amb el dot.<sup>396</sup>

La institució del dot que es recull en el nostre ordenament civil tradicionalment recull un funcionament diferent de la institució ja que no era el marit qui donava els diners o bens al pare o a la dona sinó que era el pare d'aquesta que la dotava, potser amb la mateixa finalitat d'ajudar econòmicament al matrimoni i amb la mateixa consideració discriminatòria de la dona, però amb la inexistència d'aquesta assimilació al preu d'una compravenda.<sup>397</sup>

A l'Alcorà el dot apareix com a propietat de la dona, el marit no pot reclamar-lo i demostra la capacitat de la dona per tenir bens. Es configura així com una contraprestació pel matrimoni i a la que les dones hi tenen dret (en menys proporció) encara que el matrimoni no es consumi. Si el matrimoni es dissol per repudi o divorci abans de la consumació, el dret de la dona al dot es redueix a la meitat.<sup>398</sup> D'aquesta manera s'intenta donar més caràcter de contracte al matrimoni, però en establir-hi l'obligació de lliurament del dot com a contraprestació d'aquest contracte aparentment pot acostar més la seva naturalesa a la del contracte de compravenda, essent el dot el preu.

---

els comentaris de Mukhtasar que expliquen que les condicions són anàlogues a la venda: “*en mercat es compra una mercaderia; al matrimoni es compra el camp genital de la dona*”.

<sup>395</sup> MOTILLA, AGUSTÍN i LORENZO, PALOMA: *Derecho de Familia Islámico - Los problemas de adaptación al Derecho español*. Ed. COLEX- 2002

<sup>396</sup> Així recull la postura mantinguda per Marcel Morand a: MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2º ed. 2001, pàg. 268 d'aquesta obra.

<sup>397</sup> La institució del dot és anacrònica i desfasada a la realitat actual, però dels articles 26 i següents de la compilació catalana es dedueix que el dot no s'entrega a la dona o al seu pare sinó a la inversa al marit o als pares d'aquest i no és element essencial del matrimoni. Per tant, no hi ha cap assimilació possible al preu.

<sup>398</sup> “I si les repudieu abans de tocar-les i després d'haver-li assignat dot, pagueu-los la meitat de l'assignat...” II, 237 Traduït per mi de la traducció al castellà de: *EL CORÁN*. Edició preparada per Julio Cortés. Editorial Herder 1986.

#### b.4 Les relacions familiars tradicionals recollides legalment.

Les relacions home i dona durant el matrimoni establertes en l'Alcorà són clarament desiguals entre home i dona. La opinió general és que l'Alcorà va millorar les condicions de la dona a les societats preislàmiques, però hi ha investigadors que afirmen que en alguns aspectes va ser un retrocés, ja que existien abans formes d'unió més avançades.<sup>399</sup>

Fos quina fos la realitat social a les societats preislàmiques, el cert és que les obligacions pels esposos recollides a l'Alcorà són clarament diferents per a homes i dones i, en conseqüència, caracteritzen o perpetuen aquesta societat patriarcal i patrilineal que arribat fins als nostres dies, encara que amb modificacions:

El marit té la obligació de ser equitatiu amb totes les seves dones (fins a 4). Si no es pot ser equitatiu el millor és casar-se només amb una. El propi Alcorà acaba afirmant que no es pot ser just amb totes les esposes.<sup>400</sup> Aquest és el fonament per entendre que la poligàmia no és el més desitjable i el punt de recolzament de les legislacions que després l'han limitat o prohibit.

Els marits tenen la obligació de mantenir a l'esposa procurar-li les despeses de manutenció i allotjament. Les dones no tenen aquesta obligació i només han de procurar el bon funcionament de la llar. Això configura clarament un espai públic a on està destinat l'home i un espai privat a on està destinada la dona. A més, les dones deuen obediència al marit, han de ser fidels i han de viure al domicili conjugal. Els homes, en canvi, tenen el deure de cohabitar amb la seva dona, de consumir el matrimoni o d'abstenir-se de causar-li qualsevol maltractament. També està obligat el marit a autoritzar a la seva dona a rebre la visita dels seus pares i parents dintre del grau prohibit pel matrimoni i de deixar-la que els visiti.

Les dones han de mantenir l'honor familiar juntament amb els homes, però aquests a diferència de les seves dones el poden perdre i recuperar.

L'Alcorà també estableix el control de les relacions sexuals amb les dones durant la menstruació i càstigs en casos d'adulteri.

---

<sup>399</sup> AIXELÁ CABRÉ, YOLANDA: *Mujeres en Marruecos. Un análisis desde el parentesco*. Edicions Bellaterra 2000

<sup>400</sup> IV, 129 "No podreu ser justos amb les vostres dones, encara que ho desitjeu..." Traduit per mí de la traducció al castellà de: *EL CORÁN*. Edició preparada per Julio Cortés. Editorial Herder 1986.

La descendència només està legitimada pel matrimoni i es refusa l'adopció. La dona ha d'arribar verge al matrimoni

### b.5 Els efectes econòmics del matrimoni.

El matrimoni musulmà no comporta cap comunitat de bens, ni tan sols dels bens mobles que s'atribueixen en cas de conflicte al marit sempre que siguin bens d'ús masculí o d'ús indiferent. Els bens mobles que la dona aporta al domicili conjugal, segons els costums locals, es presumeixen que li pertanyen.

La dona conserva la gestió del seu patrimoni si ella ja ho feia abans de casar-se. Si en el moment de casar-se la dona estava sota tutela, el fet de casar-se no l'emancipa i serà llavors el tutor i no el marit qui gestionarà el seu patrimoni. Si la dona ja era major d'edat en el moment de casar-se conserva tot el seu patrimoni i no ha de demanar autorització al marit per a la seva gestió o possessió.

El marit no pot obligar-la a contribuir a les despeses de la llar, sigui quina sigui la fortuna de la dona, ja que aquesta obligació li correspon només al marit.

La dona casada només té una limitació respecte de la gestió del seu patrimoni. Necessita l'autorització del marit, si vol disposar més d'un terç dels seus bens via donació entre vius i en benefici d'un tercer.

### b.6 Les causes tradicionals de dissolució del matrimoni alcorànic.

La nul·litat i dissolució alcorànica del matrimoni, es caracteritzen bàsicament per considerar que el matrimoni no és indissoluble i, per tant, les parts poden accedir a la dissolució del seu vincle matrimonial, essent la diferència entre nul·litat i dissolució pràcticament inapreciable. Sí que es distingeix però entre el matrimoni nul i matrimoni irregular. El matrimoni és nul per un defecte inherent al mateix contracte i, per tant, no arriba a produir cap efecte. El matrimoni irregular és el que té alguns vicis i defectes que es poden salvar, sanar o arreglar, però que si aquests no se subsanen, es permetria llavors la rescissió del matrimoni com a contracte que és.

Donat que el matrimoni alcorànic no és indissoluble, a diferència del canònic, el propi Alcorà recull formules de dissolució d'aquest vincle. La fórmula de dissolució que estableix aquest text és el *talak*. Aquesta paraula però amaga diferents formes de

dissoldre el matrimoni: el repudi pròpiament dit, com a privilegi del marit, la dissolució per consentiment mutu i el divorci judicial.

Sovint s'assimila el terme repudi al divorci, però entenc que sovint aquesta assimilació és més fruit de la traducció del terme que s'utilitzi que no pas del concepte de fons. El divorci és cosa de dues persones, el repudi és unilateral. El que tenen en comú és que totes són formes de dissolució del vincle matrimonial. La paraula *talak*, doncs, esdevé gairebé un terme genèric.

El repudi l'exerceix unilateralment el marit, sense necessitat d'al·legar cap causa.<sup>401</sup> El repudi pot ser revocable o irrevocable. El revocable només és possible en el cas de matrimoni consumat. Deixa en suspens el vincle (seria com una mena de separació matrimonial però a instància única del marit). El marit pot repensar-se i tornar amb la dona durant el període d'*idda*. Per tant, durant aquest període fruit d'aquest primer repudi, només es produeix una separació matrimonial però no la dissolució del vincle. Durant aquest període d'*idda* el marit pot retractar-se del repudi i reprendre la dona. La fórmula per a aquesta represa del matrimoni ha de ser de forma més o menys expressa en funció de les diferents escoles. Cal un acte formal a l'escola malikita i, en canvi, l'escola hanefita admet que aquesta intenció de reprendre a la dona es pugui fer amb un acte tàcit. Passat aquest període d'*idda*, el marit pot pronunciar un nou repudi revocable amb un nou període de reflexió. Passar el temps d'*idda* si el marit no s'ha retractat de la seva intenció i no ha pronunciat un nou repudi, el matrimoni es dissol de ple dret i la dona és lliure.

El tercer repudi revocable fet a la mateixa dona, el fa indefinit.

Després de pronunciar un repudi irrevocable el marit no pot tornar amb la mateixa dona, sinó és casant-se de nou amb la mateixa però complint el període d'*idda* i després que la dona s'hagi tornat a casar amb un altre home entremig.

El repudi irrevocable sí que trenca el vincle.

En el cas del repudi revocable, el marit ha de continuar mantenint a l'esposa clarament durant el període d'*idda*.

En cas de repudi definitiu l'Alcorà diu clarament que a les dones, en cas d'haver-hi fills, s'han de mantenir sobretot mentre alimenti al fill, però no hi ha una protecció primordial del fill, ja que s'estableix que en cas de conflicte es pot contractar una dida que criï el nen.

La mare té el dret i la obligació d'alletar al nen fins els dos anys (és l'anomenat dret d'alletament o lactància), però si el pare el vol deslletar ho pot fer contractant una dida i això no és pecat.

El divorci de la dona com a tal no està contemplat a l'Alcorà, que si que recull la possibilitat de la dona de dissoldre el matrimoni indemnitzant al marit (II, 229)<sup>402</sup>. Són dos *hadit* els que autoritzen clarament el divorci judicial.<sup>403</sup>

Emparant-se, doncs, en aquesta prescripció alcorànica i en la tradició, els juristes de l'escola malikita contempen quatre tipus de divorci:

El *talak* o repudi, només possible pels homes. El *tamlík* o divorci que és el que exerceixen les dones que s'ha reservat aquest dret i aquesta possibilitat en el contracte matrimonial per delegació del marit. El *khol* o divorci sol·licitat per les dones i que implica el pagament d'una compensació econòmica per part d'elles i el *talq hakim* o divorci judicial, que és accessible per a tots dos cònjuges, encara que donat el dret de repudi del marit, la dona és la que utilitzarà aquesta fórmula.

El divorci de la dona (a excepció fet del *khol* i del repudi per delegació) sempre ha estat judicial i aquesta ha hagut d'al·legar i provar unes causes taxades de divorci, com per exemple la falta de manutenció del marit, maltractaments, jurament de continència o malaltia incurable. En funció de quina sigui la causa del divorci, aquests serà revocable o irrevocable.

L'únic "repudi" que pot fer en general la dona és el que popularment es diu "comprar la seva llibertat" i que no és altra cosa que pagar una determinada quantitat al marit per trencar el vincle matrimonial.

Per tant, tradicionalment la dona ha pogut dissoldre el vincle matrimonial si bé amb més dificultats que l'home. El divorci judicial pròpiament s'ha utilitzat sempre a requeriment de la dona, ja que el marit no en té necessitat en poder exercir el seu dret al repudi. Fins i tot, quan un *cadí* examina un acta de divorci per consentiment mutu a l'acta de dissolució normalment acaba recollint que la dissolució del matrimoni es produeix per repudi del marit. Aquesta situació és la que ha donat la idea en l'imaginari col·lectiu que el divorci és privilegi exclusiu de l'home.

---

<sup>401</sup> Tret del dret que tenien algunes societats preislàmiques matriarcals que han conservat aquesta facultat també per a les dones. MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001, pàg. 35 d'aquesta obra.

<sup>402</sup> "...si temeu que no s'observin les lleis de Déu, no hi ha inconvenient en què ella obtingui la seva llibertat, indemnitzant al marit..." (II, 229) Traduït per mí de la traducció al castellà de: *EL CORÁN*. Edició preparada per Julio Cortés. Editorial Herder 1986.

<sup>403</sup> MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001, pàg. 352 d'aquesta obra.

La possibilitat de divorci consensual rarament s'ha recollit en els textos jurídics tradicionals, encara que apareix ja en el Codi de Tunísia i en la recent reforma de la Mudawana marroquina. També s'hi refereix el Codi de la família d'Algèria, però no el dota de regulació específica. L'Alcorà sembla que si que permet aquesta forma consensual de dissolució del matrimoni. Tant l'escola malikita com la hanafita consideren que el divorci així obtingut és irrevocable.

No es recull la separació matrimonial tal i com nosaltres la coneixem, però aquestes repudis i divorcis revocables es podrien assimilar a una separació matrimonial encara que es limitin els seus efectes per llei de manera temporal, ja que només duren amb caràcter general durant el període d'*idda*.

El període d'*idda* és un període de continència o d'espera. El seu fonament és el possible embaràs de la dona i, en conseqüència, assegurar la paternitat del marit del possible fill o filla, element fonamental en tot el sistema familiar descrit, on la filiació paterna és l'eix clau de tot l'engranatge, sense reconèixer ni tan sols la filiació adoptiva. Aquest període és de tres mesos en general o de tres menstruacions (encara que pot variar segons el costum i legislació dels diferents països) i si la dona ja està embarassada en el moment del trencament pot durar fins el naixement del nadó.

### b.7 La filiació.

La filiació segueix la línia paterna. Només estan legitimats els fills del matrimoni i en el seu temps els fills nascuts de les concubines que eren esclaves. La filiació natural no es reconeix.

A l'època preislàmica es reconeixia la filiació adoptiva. L'Alcorà va canviar les coses. L'adoptat no prendrà pas el nom de l'adoptant i no crearà cap parentiu civil. Sembla que la raó d'aquest canvi de tradició vindria de la voluntat de Mahoma de casar-se amb la dona del seu fill adoptiu. Si aquest fill hagués està plenament inserit a la família hauria hagut un impediment per a aquest matrimoni.<sup>404</sup>

---

<sup>404</sup> MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001, pàg. 416 d'aquesta obra.

## b.8 Els drets i deures envers els fills.

Respecte dels drets i deure envers dels fills, cal recordar que a l'època preislàmica el pare era considerat l'amo dels seus fills i hi tenia el dret a la vida i a la mort. L'Alcorà millora la condició dels fills. Aboleix aquest dret absolut dels pares i prohibeix enèrgicament la mort de les filles acabades de néixer. El poder del pare es va convertir en un poder de protecció. El pare té l'obligació d'educar-los però també de corregir-los i exerceix el dret de *Jabr*, que ja he comentat.<sup>405</sup>

### **a) La *hadanna***

Al seu temps, la mare té del dret de la cura del menor *hadanna* i el dret i deure d'al·letar-lo. La *hadanna* es concreta en el dret de guarda i cura del menor de poca edat. En el ritus malikita aquesta *hadanna* dura pels nois fins a la pubertat i per a les noies fins al matrimoni. En el cas del ritus hanafita dura per les noies fins als 9 anys i pels nois fins als 7.

Les despeses que es produeixen durant la *hadanna* (allotjament, menjar, vestit) van a càrrec de la fortuna del menor si en té i sinó recauen sobre el pare.

La *hadanna* no comporta cap dret de representació legal ni de gestió dels bens i interessos del menor.

### **b) La tutela**

Tots els menors estan sotmesos a tutela, encara que tingui pare i mare. Només existeix aquest règim tant pels menors orfes com pels que no ho són. No hi ha diferència entre patria potestat dels pares i tutela. La tutela comporta la representació del menor en tots els actes de la vida civil i la gestió dels bens del menor. Mentre la *hadanna* només és el dret i deure de protecció material del menor, la tutela implica tota la besant jurídica. A diferència de la *hadanna* que s'atribueix a la mare, la tutela evidentment correspon al pare. No podria ser d'altra manera un sistema patriarcal on és l'home el cap de família. Ara bé, en el dret tradicional si bé la dona no és la tutora legal del menor, el pare la podria nomenar tutora testamentària.

---

<sup>405</sup> Veure nota 370 on es recull la referència exacte de MILLOT, L. i BLANC, F.-P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*. Dalloz. 2<sup>o</sup> ed. 2001.



Aquest sistema legal tradicional que recull la xara, contingut bàsicament a l'Alcorà i que dóna cobertura al concepte de família islàmica tradicional. L'Alcorà és un text sagrat i, per tant, es barregen les normes pròpiament jurídiques amb normes de comportament pels fidels. Aquests caràcter mixt, com en general passa amb l'Islam, fa que aquesta regulació tradicional sobre el matrimoni i la família adquireix un caràcter religiós pels creients musulmans i que, per tant, qualsevol modificació sigui viscuda com un atac a la pròpia religió. A més, el procés colonitzador i la influència de l'exterior acaben de potenciar aquesta oposició a les innovacions en molts casos perquè són vistes com a foranes.

És per aquest motiu i per tot el bagatge cultural i religiós de les societats magribines que hem analitzat, que podem veure com els textos positius que recullen aquest dret de família en els països magribins, es mouen entre el manteniment del concepte tradicional de família i la voluntat d'introduir innovacions, sense transgredir el que es considera els principis fonamentals d'inspiració islàmica.

Per tal de determinar si un text positiu en concret pot ser aplicat en el país d'acollida al conflicte familiar d'immigrants magribins residents, hem de tenir present no només el redactat estricte i una bona traducció, sinó el concepte de família i, en conseqüència, de societat que es perpetua amb aquest text.

Per aquest motiu l'anàlisi dels diferents codis de família del Magrib el faig a partir de la seva classificació en dos grups: aquells que perpetuen la tradició i els que malgrat i estar ancorats en un rerafons cultural i religiós que no obliden, introdueixen canvis en el concepte de família islàmica tradicional.

### **C.- Anàlisi evolutiva de les legislacions en matèria de dret de família als països del Magrib:<sup>406</sup>**

---

<sup>406</sup> Per a realitzar aquest apartat, a part de pendre de referència altres obres més generals sobre dret islàmic, i obres antropològiques ja referenciades a les notes ( 250,252,258,259,264,265,353), **m'he servit especialment de les següents obres:**

- AÏLT ZAI NADIA – “*Estatuto de la mujer en Argelia: de la inexistencia al reconocimiento*”.- Extraïdo del libro “Pour les droits des femmes contre les intégrismes” Lyon, Octubre 1996 – Editado por Femmes contre les intégrismes.

- BESSIS Sophie- Souhaur Belhassen - “*Mujeres del Magreb. lo que está en juego.*” Col.lecció Las femineras- Editorial Horas y horas - Madrid 1994.

- BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. – RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR – “*Mujeres y Fortaleza Europa*” – Colección Feminae – Universidad de Granada – Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada 2001.

- BORRAS A. - MERNISSI F. De. “*El Islam jurídico y Europa*”. Institut de la Mediterrània - Mare Nostrum 5 Any 1998.

- 
- BOUIA, BADIA – DUPUY, CECILIA – “*Dones marroquines*” Quadern 3 per a conèixer en la diversitat - Generalitat de Catalunya – Dep. de la Presidència, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.
  - CHAFI MOHAMED *Code du statut personnel annoté* (textes legislatifs, doctrine et jurisprudence) 1<sup>a</sup> De.1996 . Ed. Imprimerie Walili, Marrakech (Marroc)
  - CHÉRIF Chamari, Alya - *La femme et la loi en Tunisie* - Col.lecció “Femmes Magreb” dirigida per Fátima Mernissi - Editions Le fenec 1991.
  - LÓPEZ, MARÍA ÁNGELES “ *Dona i ciutadania : Participació Política al Marroc La dona al Marroc*” Institut Català de la dona - 1999
  - MARTÍN MUÑOZ, GEMA - “*La dona al Marroc: Estat de la qüestió i perspectives*” . *La dona al Marroc*. Institut Català de la Dona -1999
  - MERNISSI FATIMA - “*Marruecos a través de sus mujeres*”- Col.lecció Sociedades del oriente y del mediterraneo - Ediciones del Oriente y del mediterraneo - Madrid 1990.
  - MERNISSI FATIMA - “*El poder olvidado. Las mujeres ante un Islam en cambio*” - Icaria Antrazyt – 1993.
  - MOTILLA, AGUSTÍN – LORENZO, PALOMA – “*Derecho de Familia Islámico - Los problemas de adaptación al Derecho español*” - Ed. COLEX- 2002
  - MOULAY RCHID, ABDERRAZAK - *La femme et la loi au Maroc* - Col.lecció “Femmes Magreb” dirigida per Fátima Mernissi - Editions Le fenec 1991.
  - NOUREDINE SAADI - *La femme et la loi en Algerie* - Col.lecció “Femmes Magreb” Dirigida per Fátima Mernissi- Editions Le fenec 1991.
  - QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA - “*Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*” - Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000.
  - RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir) – “*La multiculturalidad especial referencia al Islam*” Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002
  - ROQUE, MARIA ÁNGELS (dir) - “*Dona i migració a la Mediterrània occidental Tradició cultural i canvi social, reptes de la dona magrebina*” Institut Català de la Dona/Institut Europeu de la Mediterrània – 1999.
  - SAÏDI, KAMEL – “*La reforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation.*” Revue critique de Droit Comparé. N° 1 Janvier-Mars 2006.
  - SAREHANE, FATNA - “*L’estatut jurídic de la dona al Marroc*” - Institut Català de la Dona - 1999
  - SEBTI, Fadéla – “*Vivre Musulmane au Marroc. Guide des droits et obligations de la femme marocaine*”. LGDJ. Paris 1986. Edició renovada i incrementada. Edicions Le Fenec – Casablanca. Marroc. 1993.
  - VARONA, MERY - “*Mujeres argelinas, la libertad prohibida*”- Federación mujeres progresistas - 1995
  - BOUAYACH, AMINA – “*Reforma de la “Mudawana” en Marruecos*” –AFKAR IDEAS, Núm. 1
  - CALVO BABÍO, FLORA – “*La reforma del código del estatuto personal de Marruecos*” IURIS – Núm. 87 – Octubre 2004.
  - DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. DEL PILAR – “La nueva Mudawana marroquí y el derecho internacional privado” REDI vol LVI /2004), 2.
  - DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. DEL PILAR – “*Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí*” – Publicado en Webislam.com Temas.- 02/08/2005.
  - EL HUSSEINI, ROULA - “*Le droit international privé français et la repudiation islamique* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 88 (3)juillet-septembre - 1999.
  - HACHEM, MOHAMED EL ARBI - “*Le code tunisien de droit interna, Privé*” -Rev. Crit. Dr. International Privé 88 (1) Janvier-Mars 1999.
  - LAHLOU-RACHDI, NAJIA - “*Chronique de Jurisprudence marocaine*” - J.D.I. 2 -1997
  - ZEKRI, HOUDA – “*El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes.*”- REDI vol.LVI (2004) 1

**També l’he realitzat a partir de la lectura directe dels següents textos legals en la seva versió francesa:**

- **Algeria:**
  - Code de la famille. Loi 84-11 du 9/07/1984.
  - Notes sobre les reformes al Codi de família introduïdes per la reforma aprovada pel govern el 23-02-2005.
- **Marroc:**
  - Code du Statut Peronnel 1957-1958. (text que recull els Dahirs de 22-11-1957 (BO n° 2378 de 23/05/1958) sobre el matrimoni i la seva dissolució, dari de 18-12-1957 (BO 2387 de 25/07/1958) sobre filiació i Dari de 25-01-1958 (BO 2409 de 26/12/1958) sobre capacitat i representació legal).

- Code du Statut Peronnel 1993 modificat per Dahir 10-09-1993 (BO 4222 de 29-9-1993).
- Dahir n° 1.04.22 DU HIJA 1424 (3 FEVRIER 2004) PORTANT PROMULGATION DE LA LOI N° 70.03 PORTANT CODE DE LA FAMILLE. (Traducció no oficial al Francés realitzada per el Ministerio de Justicia de Marruecos. Diciembre de 2004).
- *La Mudawana – El nou Codi de Familia marroquí*”- Col.legi Advocats Barcelona – Grup Advocats joves –Comissió Dones Advocades – Ed. Mediterrània SL – novembre 2005. Edició comentada per QUIÑONES ESCAMES, ANNA.

- **Tunísia:**

- Code du Statut Personel. Decret du 13/08/1956 (6 noharem 1376) portant promulgation du code du Statut Personnel. JOT n° 104 de 28/12/56.

**També he utilitzat treballs preparatoris:**

NOUVELLES ET PRINCIPALES DISPOSITIONS DE LA LOI 03-70 PORTANT CODE DE LA FAMILIA. Document de treball, facilitat per IEMed l'any 2004, que recull un quadre comparatiu entre l'antiga legislació, els debats parlamentaris, les justificacions legals i religioses i el text final.

**També s'han tingut en compte informes i comunicacions a congressos i seminaris com les següents:**

- AMITI, KHADIJA – “*Femmes et citoyenneté dans le rive sud de la méditerranée. Cas du Maroc.*” Seminari Internacional “*Dona i ciutadania a la Mediterrània*”. Febrer 2003. IEMed.
- BENRADI, MALIKA – “*Femmes marocaines entre tradition et modernité: une citoyenneté inachevée (L'expérience du projet du plan d'action national pour l'intégration des femmes au développement)*”. Seminari Internacional “*Dona i ciutadania a la Mediterrània*”. Febrer 2003. IEMed
- EL MESSAOUDI, AMINA, EL HAKKAOUI, BASIMA, MASSANA, DOLORS. *Reforma de la mudawana i realitat social al Marroc*. IEMed. 18-12-2003.
- MERNISSI, SALIMA- “Le statut de la femme au Maroc” - Curs: Europa davant la problemàtica del món Islàmic- Jornades de la UIMP novembre 1994.
- SEKIK, ONZA – “*Femmes et citoyenneté en Tunisie.*”*Savoir-Faire: une stratégie socio-économique*” Seminari Internacional “*Dona i ciutadania a la Mediterrània*”. Febrer 2003. IEMed.
- DISCOURS DE S.M. LE ROI MOHAMMED VI – LORS DE L'OUVERTURE DE LA DEUXIÈME ANNÉE LÉGISLATIVE DE LA 7ÈME LEGISLATURE (vendredi 10 octobre 2003).
- GUIDE PRACTIQUE DU CODE DE LA FAMILLE. Elaborada pel Ministeri de Justícia del Marroc en relació al Dahir n° 1.04.22 du hija 1424 (3 fevrier 2004) portant promulgation de la loi n° 70.03 portant code de la famille. 2004
- RESUMEN DE LOS PRINCIPALES LINEAS DEL NUEVO CODIGO DE LA FAMILIA. Consulado de Marruecos en Madrid. Octubre 2004, publicat a internet [www.maec.gov.ma/madrid](http://www.maec.gov.ma/madrid)

**També s'ha utilitzat els següents retalls de premsa per copsar la realitat del canvi després de la reforma:**

- “*Mohamed VI hace historia al anunciar el fin de la poligamia y leyes a favor de la mujer*” – EL PAÍS 12-10-2003.
- “*El Parlamento marroquí reduce la desigualdad hombre-mujer*” LA VANGUARDIA 18-01-2004
- “*La mujer marroquí no logra aún la igualdad*” - EL PAÍS 21-02-2005.
- “*las marroquíes no logran la igualdad*” EL PAIS 21-05-2006.
- BEAUGÉ, FLORENCE – “*Ourida Chouaki, président de l'association féministe “ Tharwa n'Fadma n'Soummer” “Cette réforme est une concession de plus faite aux islamistes*” –LE MONDE 25-02-2005.
- BERNARD PHILIPPE - “*Un impact limité pour les immigrés vivant en France*” – LE MONDE 25-02-2005.
- “*Mariage, polygamie, héritage et aménagements du droit de la nationalité*” – LE MONDE 25-02-2005
- BEAUGÉ, FLORENCE – “*En Algérie, le code de la famille maintient la femme sous tutelle*” - LE MONDE 25-02-2005
- “*L'Algérie modifie le code de la famille*” – LE MONDE 25-02-2005
- “*Argelia reforma el código de familia, pero mantiene la tutoría masculina sobre la mujer*” IGNACIO CEMBRERO – EL PAÍS 03-03-2005
- “*Algérie: Ce qui change dans le code de la famille: A défaut d'égalité, plus de protection pour les femmes*” LE QUOTIDIEN D'ORAN – 10-03-2005

## c.1 Exemples de recolzament legal al concepte tradicional de família en les legislacions magribines:

Els codis de estatut personal magribins han recollit gairebé sempre el concepte tradicional de família, malgrat algunes modificacions, fruit moltes vegades de la reivindicació de les pròpies dones magribines. Els textos constitucionals donen a les dones en general la igualtat formal davant la llei, però que les disposicions de dret de família les continuen relegant al tradicional espai privat.

Els codis següents perpetuen aquest concepte de societat tradicional on l'home és el cap de família i on les diferències entre sexes estan clarament marcades.

És cert que la legislació marroquina ha canviat recentment, però la reforma és tan recent i encara s'està tot just posant en marxa, que crec que és bo analitzar el text que ha estat en vigor fins el primer trimestre del 2004, per després veure les diferències reals de la nova regulació.

La reforma del Codi de la família d'Algèria és encara més recent, ja que ha estat definitivament aprovada el febrer de 2005. A més, a diferència de la reforma marroquina, la nova legislació d'Algèria en matèria familiar encara manté figures jurídiques tradicionals, que han estat durament criticades per les associacions de dones que demanaven una reforma més àmplia.

Aquests fets, i la necessitat de comprovar quin és l'abast real d'aquestes reformes fa necessària una primera mirada als codis de família tradicionals.

### **c.1.1 La regulació del matrimoni i la família dins el Codi de la família d'Algèria.**

Al 1962 després de la independència l'Assemblea Popular Nacional decideix mantenir en les mateixes condicions les lleis civils colonials a excepció de les que entren en contradicció amb la nova sobirania algeriana. Les reformes introduïdes per França als darrers anys arriben a ser part de la legislació algeriana. La Constitució de 1963 proclama la igualtat de sexes al seu article 12 i Algèria s'adhereix a la declaració Universal dels Drets Humans.

Al mateix any 1963 l'Assemblea promulga una llei que fixa l'edat per contraure matrimoni en 16 anys per les noies i 18 anys pels nois.

A partir d'aquí comença la llarga evolució legislativa que culminarà en el Codi de la família de 1984.

El primer intent es produeix al 1966, amb l'elaboració d'un projecte de Codi Civil en la redacció del qual no participa cap dona. El poder però ha de retirar el text davant les protestes populars.

Al 1972 es torna a presentar el projecte de Codi Civil que un cop més ha de ser retirat.

Al 1981 s'anuncia l'adopció del projecte pel govern. L'oposició es repeteix i encara més exacerbada. Quan es retira el projecte les dones algerianes creuen haver guanyat la batalla, però finalment el 1984 es vota precipitadament el nou Codi de la família que resulta ser encara més conservador que els anteriors projectes i que està clarament inspirat en la tradició malikita.

El Codi de la família promulgat per la llei 84-11 de 9 de Juliol, agafa els seus fonaments dels articles 151.2 i 154 de la Constitució de 1976 aleshores en vigor i del principi de l'Islam com a religió d'estat.

Amb aquesta història legislativa deduïm que aquest text legal manté el concepte tradicional de família com cèdula base de la societat només legitimada pel matrimoni, institució a la que es veuen abocades la pràctica totalitat de les dones i també els homes, malgrat que per a ells, la seva posició davant del matrimoni sigui diferent i, fins i tot, privilegiada.

La posterior situació política i social del país que va desenvolupar una guerra civil encoberta ha dificultat encara més l'avanç en les modificacions d'aquest codi de família i no ha vist la llum la reforma fins ja de manera recent, amb un situació política potser més calmada i encoratjada per la reforma marroquina.

### **c.1.2 La regulació de matrimoni i la família dintre del Codi de l'Estatut Personal marroquí (la Mudawana) anterior a la reforma de 2004.**

Al Marroc el dret de família està regit pel Codi de l'Estatut Personal que és una codificació de dret musulmà malikita. Tradicionalment, abans de la codificació s'aplicava a les qüestions de família el dret musulmà clàssic dintre del sistema judicial tradicional. Es tracta d'una aplicació íntimament lligada als ensenyaments doctrinals.

Després de la independència es trenca amb el sistema judicial tradicional integrant els tribunals de la xara o tribunals del *cadi* dintre de la jerarquia judicial

marroquina. Entre el novembre de 1957 i el març de 1958 amb l'objectiu de facilitar la tasca al jutge s'elabora un recull (*Mudawana*) que codifica el dret de família, però que malgrat tenir la forma de text dispositiu a l'estil occidental no deixa de ser un recull clarament arrelat en el dret musulmà clàssic.

El Marroc encara que lentament ha anat canviant. La dona s'ha incorporat al mercat laboral encara que amb dificultats i patint sovint discriminacions. A les zones urbanes sobretot ha incrementat l'educació i escolarització de les dones. Paral·lelament la situació econòmica empitjora i s'estén la immigració tan interna (del camp a la ciutat) com externa cap a països estrangers. Tot plegat ha donat lloc, sobretot en els àrees urbanes a una noves realitats socials i familiars per a les que les disposicions de la *Mudawana*, ja fa temps que no serveixen.

Malgrat aquest canvi de la realitat social gradual, durant molt de temps no es produeix cap reforma i a partir de principis de la dècada dels vuitanta, les dones agrupades a través de diferents associacions feministes comencen a demanar un canvi de l'Estatut Personal, a través de campanyes, xerrades i altres activitats. Totes aquestes iniciatives van veure una petita resposta a les seves peticions quan al 1992 hi va haver una promesa d'elaborar un codi que millorés la situació de la dona. Finalment, la reforma no va arribar fins al setembre de 1993, sobretot motivada per la voluntat d'incorporació del Marroc a la Conferència de la Haia, que exigia si més no un retoc o un maquillatge a la normativa existent i que va demostrar que la voluntat política era més la de potenciar el país cap a l'exterior i en concret cap a occident, que no donar resposta a les reivindicacions femenines.

La reforma de 1993 va suposar realment molt poques modificacions de fons respecte del model de família que es volia potenciar. Després d'aquesta reforma, la *Mudawana* continuava respectant el model jurídic de la família marroquina tradicional basat en un model patriarcal i patrilinial amb clara preponderància dels homes. La modificació del text jurídic de 1993 és quantitativament limitada,(afecta a pocs articles: es canvia la redacció de 9 articles, se n'afegeixen dos, el 52bis i 156bis, i s'anul·la l'article 60 encara que el seu contingut s'inclou en el nou article 52 bis) i només introdueix petites reformes que són un primer pas, però molt tímid i insuficient per millorar la condició de la dona. Aquestes lleugeres modificacions afecten a la figura del *wali*, que se suavitzava però no desapareix, a la tutela i l'administració dels bens dels fills, que continua essent bàsicament pels pares i a la custòdia d'aquests mateixos fills on dintre de la llista de possibles parents guardadors s'introdueix el dret dels pares per

davant de parents femenins més allunyats. També afecta a la poligàmia, que sobre el paper es dificulta però no se suprimeix i al divorci, encara que no s'aboleix el repudi. Aquests canvis, doncs, no satisfan les dones que havien iniciat les campanyes per a la reforma ja que no s'aboleix ni la poligàmia, ni el repudi, ni el dret exclusiu a la tutela i representació dels fills als pares, que eren les reivindicacions femenines de les organitzacions que feia anys que demanaven la reforma.

Aquest contingut del text de la Mudawana és el que ha perdurat fins l'any 2004, on s'ha produït una reforma més profunda. Per tant, durant la darrera dècada el codi d'estatut personal del Marroc en el que es conté bàsicament el dret de família, que ha estat en vigor és el sorgit de la reforma de 1993 i, per tant, ha estat un clar exemple del manteniment del concepte de família tradicional.

## c.2 Anàlisi detallada i comparativa de les normatives tradicionals del Marroc i Algèria:

### **c.2.1 La figura del matrimoni.**

No pretenc fer una anàlisi exhaustiva de cap d'aquests dos textos legals, però si analitzar aquells aspectes bàsics on es continua determinant el concepte tradicional de família que perpetuen. Aquestes mateixos punts d'anàlisi ens serviran després per veure els canvis que s'han recollit en els altres textos legals de dret de família que comencen a introduir elements nous que fomenten un canvi del concepte tradicional de família, sense abandonar la tradició islàmica.

L'anàlisi se centrarà en la figura del matrimoni com a element clau de tot l'engranatge, analitzat en tres moments: formació del vincle, relacions personals i econòmiques durant la vida matrimonial i dissolució del vincle. També abordaré la filiació, element fonamental en tot el sistema de família patrilinial i les relacions paternofilials.

D'aquesta anàlisi es poden destacar al llarg dels textos jurídics, a grans trets les següents característiques del model de família tradicional:

**a)** La institució matrimonial és la legitimadora de la família, on l'home és el cap. La filiació patrilinial fonamental i es manté el dret a la poligàmia.

b) Els rols familiars estan clarament diferenciats entre homes i dones, reservant-los també espais diferents: l'espai privat de la casa per a la dona i l'espai públic per a la dona.

c) Fruit d'aquest lideratge de l'home en la família i la distribució de les tasques i responsabilitats familiars segons el sexe, també es distribueix de manera diferent les relacions paternofilials, corresponent a l'home la tutela dels fills menors amb el corresponent poder de decisió sobre la seva persona i els seus bens i a la dona tant sols el dret de guarda i cura dels mateixos.

d) La diferència entre sexes es continua plasmant en l'educació dels fills i les responsabilitats envers fills i filles, quedant les filles sota la custòdia i la tutela del pare fins el matrimoni.

e) En el trencament del vincle familiar, l'home també gaudeix de privilegis, tenint un poder il·limitat per posar fi a la relació matrimonial davant les causes taxades que existeixen per a les dones.

### Formació del vincle conjugal

#### **a) L'edat mínima per contraure matrimoni.**

En primer lloc, cal parlar de l'edat que es precisa per casar-se. La diferència d'edat que sovint existeix entre els components del matrimoni expressa molt bé el model patriarcal de la societat.

Ja hem vist que malgrat l'endarreriment de l'edat del matrimoni, una dona als 26 anys si encara està soltera ja està a l'edat crítica i a Algèria la majoria de dones a aquesta edat ja eren mares de diversos fills.

El Codi de la família d'Algèria fixa l'edat per casar-se en 18 anys per les noies i en 21 pels nois, tot i que el jutge pot acordar una derogació d'aquest principi si és motivada i no hi ha cap edat mínima a partir de la que es pugui donar la dispensa. (art. 7)

Aquesta disposició es troba en consonància amb la recomanació de les NU/Res 2018 (XX) de 1 de Novembre de 1965, que fixa l'edat mínima del matrimoni als 15 anys.

De totes maneres potser en algunes zones rurals encara es manté la pràctica de matrimonis infantils.



El legislador no ha imposat la necessitat que la dona sigui verge però aquesta és una regla social que està profundament arrelada.

No és gaire diferent la situació legal al Marroc

L'article 8 del codi estableix l'edat mínima per casar-se en 15 anys per les noies i 18 pels nois, abandonant així la tradició i el dret clàssic que no fixava cap edat. Tradicionalment, es considerava que es podia contraure matrimoni des de la pubertat i que aquesta era variable segons els individus i apreciable per signes externs. D'acord, doncs, amb aquesta tradició quan es fixa o delimita l'edat de fet el que s'està fent és establir una presumpció de pubertat a partir de l'edat indicada.

De totes maneres el mateix article estableix la possibilitat d'una dispensa a favor del noi púber que podrà casar-se amb l'autorització del jutge i, per tant, la dispensa no és administrativa sinó judicial. Els motius pels que el jutge pot acordar un matrimoni abans de l'edat fixada són evitar perjudicis greus, que el text refereix clarament a la possibilitat que mantingui relacions sexuals extramatrimonials i, per tant, pugui provocar algun embaràs fora del matrimoni. Recordem que la filiació, que és un dels pilars bàsics de la família tradicional, és bàsicament masculina i matrimonial. Igualment, el matrimoni abans de l'edat de majoria legal (fixada a 20 anys complerts pel *Dahir* de 11 de juny de 1992) està subordinat a l'acord del *wali* o tutor matrimonial, però si aquest no el dona i el desacord persisteix entre les parts el que decideix és el jutge (art. 9).

Aquestes disposicions continuen permeten el matrimoni amb noies molt joves, casos encara habituals, malgrat que els canvis socials han començat a endarrerir si més no a les àrees urbanes la edat del matrimoni. Ja hem vist que R. es va casar als 15 anys i N. als 16 i que als vint anys ja era mare de dos fills.<sup>407</sup> La resta de dones, ja eren casades i mares als 26 anys

#### **b) a incapacitat de la dona per concloure ella sola el matrimoni i la figura del *wali*.**

El Codi de la família d'Algèria recull el matrimoni com un contracte en el que el consentiment és un element clau. (art. 4) L'objectiu del matrimoni és la formació de la família i la petició de ma, malgrat que es pot renunciar, constitueix un element important al que s'hi dediquen diversos articles.

---

<sup>407</sup> El supòsit de fet àmpliament explicat respecte de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999 i de N. explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

Es demanen tres requisits per a la formació del matrimoni: el consentiment, presència obligatòria d'un tutor matrimonial per a la dona i obligació de donar per part del marit un dot a l'esposa.

Per altra banda, tot i que el dret patern per decidir el matrimoni de les seves filles queda abolit, el pare pot oposar-se al matrimoni de la seva filla menor d'edat, si és per l'interès d'aquesta.

Malgrat aquestes reformes els matrimonis arranats es continuen practicant i una enquesta realitzada per la revista "Le Parcours Magrebin" mostrava com el consentiment real variava segons el grau d'instrucció dels cònjuges.<sup>408</sup>

La Mudawana marroquina també configura el matrimoni com un contracte i continua recollint la figura obligatòria del *wali* fins a la reforma del 2004.

En el dret Musulmà clàssic la llibertat de la dona per escollir parella és inexistent. El codi de 1957/58 introduïa una petita possibilitat de decisió que la reforma de 1993 reforça.

La codificació de 1857/58 va suprimir el dret principalment del pare d'obligar a contraure matrimoni però aquesta supressió es va fer amb limitacions.

La reforma de 1993 suprimeix aquest dret de constrenyiment al matrimoni sense limitacions i el nou article 5 disposa:

"En cap cas el *wali* té cap dret de constrenyiment matrimonial"

A la pràctica també el formalisme contribuirà a protegir el consentiment ja que el nou article 41 introdueix una sèrie de formalitats administratives que s'hauran de complir per casar-se i que permetrà un millor coneixement dels dos futurs esposos. A més, l'article 5 estableix la necessitat que la signatura de la dona consti en l'acta matrimonial.

"El matrimoni no es pot concloure sense el consentiment i l'acord de la dona, així com per la signatura d'aquesta en el resum de l'acte matrimonial expedida per dos *adoul* (...)"

Tradicionalment la tria del company ha estat més un afer familiar que no personal i la institució del *wali* tendeix a perpetuar això.

El dret marroquí que distingeix entre el consentiment i la seva expressió manté l'exigència d'una mandatari matrimonial, el *wali*, encarregat de representar la dona.

---

<sup>408</sup>Revista i enquestes citades al llibre de SAADY NOUREDINE: *La femme et la loi en Algérie*. Col·lecció "Femmes Magreb", dirigida per Fatima Mernissi. Editions Le fenec. 1991.

Aquesta figura inexistente en el text de l'Alcorà i no recollida per altres ritus com el hanefita, està molt implantada en l'escola malikita.

El *walí* és un mandatari obligatori, però tan sols això, un mandatari de manera que el consentiment prové realment de la futura esposa. El que passa és que és un mandat que no està sotmès a una forma expressa, ni ben definit com a tal, més legitimat per la tradició que per res. És la dona, en qualsevol cas, qui li dóna el poder per casar-se i en cas contrari el *walí* no pot pas obligar-la a fer-ho. Això és el que estableix l'article 5 abans ja esmentat i l'article 12 que disposa:

"La tutela matrimonial és un dret de la dona i el *walí* no pot casar-la si ella no li dóna poder per fer-ho"

Per altra banda, també queda clar segons l'article 13 que si la futura esposa li dóna el mandat de casar-la, no s'hi pot oposar. Si refusa insistentment el propi jutge pot fer les funcions del *walí*.

De totes maneres no pot concloure per ella mateixa el seu matrimoni tret de la possibilitat que es dóna a la dona orfe de pare en la reforma de 1993 que recollint la tradició hanafita possibilita a la dona orfe de pare que contregui per ella mateixa el seu matrimoni. Així ho trobem a l'article 12.4:

"La dona major d'edat orfe de pare té el dret de concloure ella mateix el matrimoni o d'escollir el *walí*"

La llei estableix un llistat de persones que poden fer de *walí* en l'ordre prioritari que fixa l'article 11. Seguint de nou la tradició malikita els tutors matrimonials no poden ser dones i, per tant, la llista que recull l'esmentat article 11 sols recull parents masculins de la dona: el fill, el pare o el tutor testamentari designat per aquest, el germà, el fill del germà, l'avi per part de pare i així seguint el criteri del parentesc. Fins i tot, la dona que ha estat nomenada tutora testamentària no pot casar la seva pupil·la sinó es fa representar per un home. Aquestes disposicions es fonamenten en la tradició del profeta segons la qual una dona no pot casar una altra dona.

Malgrat les reformes sobre la institució del *walí* el 1993 i les matisacions introduïdes, la permanència de la institució en si manté el perill de discriminació de la dona i la imposició de matrimonis no volguts, ja que per una banda no es concreten gaire les condicions que ha de complir el mandat cap al *walí*, que formalment no és més que un mandatari i per altra banda no s'estableix cap sanció en el cas que aquest mandatari matrimonial obligatori ultrapassi les seves funcions i límits establerts en el text i és per això que juristes marroquins com Salima Mernissi afirmen que donat que

aquesta institució que no prové d'un dogma fonamental, s'hagués pogut suprimir fàcilment.<sup>409</sup> Més encara tenint en compte que hi ha ja altres escoles, com la hanafita, que no recull l'existència d'aquesta figura.

La pervivència d'aquesta figura en el text legal d'Algèria i fins la Reforma de la Mudawana del Marroc al 2004, fa que sigui difícil poder afirmar que no hi ha desigualtat entre els contraents home i dona en el moment de celebració del matrimoni i per contra demostra el manteniment de l'estructura familiar i matrimonial més clàssica basada en la diferenciació de sexes i la diferenciació d'espais públic i privat atribuïts a casa un, amb preeminència de la figura masculina.

### **c) Els impediments per contraure matrimoni**

#### El parentesc i l'alletament.

Al Codi de la família d'Algèria, els impediments per contraure matrimoni comporten un sistema de prohibicions en base la filiació biològica i les aliances, així com per una filiació d'alletament en relació al grau (art. 27). Per tant, no es poden casar amb mares, filles, germanes, ties, nebodes per part de la germana o germà i tampoc es poden casar entre si dos nadons alletats per la mateixa dida, però no es prohibeix el matrimoni entre cosins germans i això, evidentment, afavoreix l'endogàmia. De fet, és costum molt estès els matrimonis entre cosins germans.

Juntament a aquest impediments cal afegir els de caire temporal derivats del temps d'espera al que queda sotmesa la dona divorciada o vídua per tornar-se a casar i certs impediments en casos de poligàmia com la prohibició de casar-se amb dues germanes o tenir per esposes al mateix temps a tia i neboda. Tampoc pot l'home tornar-se a casar amb la dona que ha repudiat irrevocablement per haver-ho fet tres vegades. (art. 30)

En la Mudawana marroquina els impediments per al matrimoni que poden ser perpetus o temporals es troben recollits al capítol 5è (articles 25 a 31) i recullen disposicions similars a les del Codi de la família d'Algèria.

Així, es recullen impediments per raó del parentesc i de l'alletament, però el curiós de nou, és que entre els parents prohibits tampoc apareixen els cosins germans.

---

<sup>409</sup>"Le statut de la femme au Maroc". Salima Mernissi. Curs: Europa davant la problemàtica jurídica del món islàmic. Novembre de 1994

La raó la trobem igualment en la tradició força arrelada de fomentar aquests matrimonis, tendint així a una societat endogàmica.

L'impediment per disparitat de culte referit només a la dona.

Entre els impediments per casar-se, trobem a l'article 29.5 la prohibició que una musulmana es casi amb un no-musulmà a no ser que aquest es converteixi a l'Islam. En aquest sentit, també cal tenir present el *Dahir* 1-60-020 de 6 Ramadam 1379-4 de març de 1960 que en el seu article dos estableix:

*"La celebració del matrimoni en la forma de l'estat civil està subordinada a la consagració prèvia de la unió en les condicions de fons i forma previstes per l'estatut personal del cònjuge marroquí."*

Evidentment, una dona marroquina es pot casar a l'estranger amb un home no-musulmà davant del jutge de països laics<sup>410</sup>. El matrimoni se celebra perquè la llei espanyola, com en molts altres països europeus, no coneix l'impediment per disparitat de cultes i perquè encara que es pogués arribar a considerar que s'aplica la llei marroquina, no es podria permetre l'aplicació d'aquesta norma ja que és un impediment només per a la dona i clarament contrari als principis constitucionals, ja que suposa una vulneració de principi de no discriminació per raó de sexe ni de religió. Així, doncs, contret el matrimoni d'una marroquina amb un no-musulmà a l'estranger, l'únic que pot fer la legislació marroquina és no donar-li valor, però va fins i tot més enllà: la dona casada amb un no-musulmà es considera no casada i, per tant, viu en estat de concubinatge i si els esposos en aquesta situació irregular es troben en territori marroquí poden ser objecte de sancions penals d'acord amb l'article 490 del Codi Penal.

La prohibició de casament pot ser evitada amb la conversió del no-musulmà a l'Islam i amb la petició d'autorització de casament que des de la circular de 17 de maig de 1979 correspon als procuradors generals del tribunal d'apel·lació. Aquesta possibilitat fomenta, doncs, conversions artificials per poder salvar el futur matrimoni.

Cal tenir present que aquesta possibilitat de matrimonis mixtos no només es donaran amb dones ja establertes al país d'acollida sinó també residents al Marroc. En aquest sentit, és de destacar que a una part de les dones marroquines, la possibilitat de casar-se amb un espanyol o, fins i tot, amb un marroquí ja establert a Espanya és una gran oportunitat per sortir del Marroc, i prosperar socialment.

---

<sup>410</sup> *Code du statut personnel annoté. Textes législatifs, doctrine et jurisprudence.* Mohamed Chafi. Imprimerie Walli. Marrakech (Marroc). 1<sup>o</sup> edition 1996.

En el cas de Sora<sup>411</sup> es veu clarament com la possibilitat de casar-se amb un espanyol era una bona opció sempre que es convertís a l'islam.

*“A mi familia pues bien, qué le va a parecer, pues muy bien. Yo ya pues pronto me iba casar. Si no con él con otro y él era un hombre bueno, yo creo que era un hombre bueno, así que me vine para España. Yo no quería venir. Yo no me casé con él para venir. Mi padre solo me dijo que tenía que hacerse musulmán. (...) Es que eso es de nuestra religión y mi padre me dijo que él se tenía que hacer musulmán. Yo pues se lo dije a él y el dijo que sí y nos casamos allí y en las bodas que nosotros hacemos.”*

En el cas de G.<sup>412</sup> malgrat que el seu marit era ja un home bastant gran i que després la va sotmetre a maltractaments constants, al Marroc semblava un home amb possibilitats econòmiques i la segona dona amb la que es va casar, una noia molt jove, també va veure en ell la possibilitat de venir a Espanya. Segurament, la mateixa G., com Sora o els seus pares, va pensar quan li van proposar el matrimoni, que ja que s'havia de casar, perquè era el que s'espera d'elles, millor fer-ho amb un home establert a Espanya i així vindria a l'anhelada Europa, encara que després li toqués patir.

Aquesta prohibició per disparitat de culte en el cas de la dona no ha estat objecte de cap reforma, perquè el fonament màxim és la idea que la religió la transmet el marit als fills en el concepte de família tradicional. Idea força discutible perquè moltes han estat les dones que han educat als fills en la seva religió mentre els marits se'n desenten.

Aquesta norma profundament arrelada en el inconscient, crec que dificulta encara més l'existència de matrimonis mixtos en els països d'acollida i, en conseqüència, la barreja normalitzada de costums i cultures. Les parelles mixtes que he vist en els casos analitzats o bé són parelles no molt preocupades per les qüestions religioses: un exemple clar és el cas de FA<sup>413</sup> o parelles formalment mixtes perquè un dels dos ja no és marroquí però si que ho és la seva família i els seus orígens i, per tant, continuen essent musulmans i marroquins de cor, com en el cas de Ra. i Ric.<sup>414</sup>

A Algèria la situació és similar: es prohibeix el matrimoni d'una musulmana amb un no-musulmà. (art. 31) i es regula per reglament els matrimonis tant d'homes com de dones amb estrangers. La dona té, per tant, el camp d'elecció limitat i això

---

<sup>411</sup> GARCÍA- CANO TORRICO, MARIA :*Migraciones y Género. El caso de la Comunidad Marroquí en la ciudad de Málaga.* Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer – Diputación Provincial de Málaga - Servicio de Publicaciones. Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2000

<sup>412</sup> El supòsit de fet de G. explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

<sup>413</sup> El supòsit de fet de FA. està explicat a l'annex 2 ref. 18-1/2003.

contravé l'article 16 de la Declaració Universal dels Drets Humans que Algèria ha signat.

#### El manteniment de la poligàmia.

La poligàmia ja existia abans de l'Alcorà que tan sols la confirma. Per raons bàsicament econòmiques la poligàmia tendeix a desaparèixer. (és difícil mantenir a dues dones en igualtat de condicions). El que passa més sovint és que el marit deixat a la primera esposa, negant-li però el divorci i conviu amb la segona. O fins i tot quan s'està separant o divorciant de la primera dona al país d'origen se'n busca una segona abans de dissoldre el vincle. Això és el que va passar en el cas de G. i el que pretenia el marit de R. en no poder ella tenir fills, i també va passar en el cas de Be.<sup>415</sup>

Jurídicament, el Codi de 1957/58 es mantenia fidel a la tradició i només introduïa la possibilitat que en casar-se la dona triés un règim monògam que s'informés a la segona esposa de l'existència de la primera. Aquestes mesures no van ser, però, gaire efectives.

El text de 1993 manté també el principi de la poligàmia però la sotmet a unes condicions més restrictives:

- S'ha d'informar a la primera dona de les intencions del seu marit de casar-se amb una altra dona.
- S'ha d'informar a la segona dona que el seu futur espòs ja està casat.
- La primera dona pot fer valer el règim monògam si així ho havia exigint en casar-se i si ho va fer constar en el contracte matrimonial pot demanar la anul·lació del matrimoni per incompliment de la condició.
- Si la primera dona no va fer constar cap clàusula de matrimoni monògam en el seu contracte matrimonial pot demanar al jutge que avaluï el perjudici que el segons matrimoni li pot causar i eventualment també informar al jutge de la impossibilitat que el seu marit mantingui la igualtat fixada per llei entre les dues
- El text també estableix que si s'ha de produir una injustícia entre les dues dones, el jutge no permetrà la poligàmia.
- L'article 41 quan parla de les formalitats administratives prèvies al matrimoni, entre els documents necessaris demana la còpia de la autorització

---

<sup>414</sup> Els supòsits de fet estan explicats a l'annex 2 Ric. ref. 25-3/2004 i el de Ra. ref. 14-6/2001.

del jutge del matrimoni poligàmic i, per tant, amb aquesta exigència intenta que la pràctica de la poligàmia compleixi els requisits ja esmentats.

Desafortunadament, la pràctica ens indica que encara que la dona s'hi oposi (cas de Be.<sup>416</sup> o no se li comunicui (cas de G.<sup>417</sup> en el que es va falsificar la seva firma), es pot arribar a celebrar el segon matrimoni.

Malgrat que el codi del 1993 inspirat en l'Alcorà permet la poligàmia no fa cap referència al concubinat legal que sí que recull el text de l'Alcorà.

La pràctica del concubinat legal havia estat corrent a certs nivells de la societat marroquina, però aquesta pràctica anava lligada a l'esclavatge que ja el protectorat establert per França es va esforçar a posar fi per mitjà de normes administratives. Malgrat que l'esclavitud no ha estat expressament abolida pel legislador ja no existeix a la societat marroquina i, per tant, amb ella la pràctica del concubinat legal ha desaparegut. Aquesta posició ve avalada pels textos constitucionals i la jurisprudència. Cal recordar que la Constitució de 1962 en el seu article 7 i després en l'article 5 de les constitucions de 1972 i 1992 proclamen la igualtat dels marroquins davant la llei, encara que a la vista de les diferències entre homes i dones és difícil creure que aquesta igualtat sigui realment tal i referida a tot l'ordenament jurídic.

La poligàmia també està permesa pel Codi Civil d'Algèria que en el seu article 8 estableix:

*"Es permès de contraure matrimoni amb més d'una dona dins dels límits de la xara si el motiu ho justifica, es reuneixen les condicions i la intenció d'equitat i després de la informació prèvia de les presents i futura esposa. L'una i l'altra poden intentar una acció de en dol o demanar el divorci en cas d'absència de consentiment."*

Sovint però els requisits de l'article 8 no es compleixen i el següent matrimoni se celebra i s'inscriu en un altre llibre de família sense la informació prèvia de la primera dona, malgrat l'existència de dues circulars (una de 23-9-89 i l'altra de 22-8-1998) intentant el seu compliment, ja que el propi Alcorà no vol la seva discriminació (sura 4, 3 i 4, 128).

---

<sup>415</sup> Els supòsits de fet estan explicats a l'annex 2 Be. ref. 1-1/1995 el de G. ref. 12-4/2001. i el de R. ref. 6-3/1999.

<sup>416</sup> El supòsit de fet de Be. està explicat l'annex 2 ref. 1-1/1995.

<sup>417</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.



#### **d) El dot.**

El dot té un origen alcorànic. És un element essencial de la validesa del matrimoni i qualsevol pacte que n'impliqui la seva supressió està prohibit.

L'article 16 estableix quina és la seva naturalesa i determina que es tracta d'un regal del marit cap a l'esposa, però donat la seva obligatorietat i requisit imprescindible per la validesa del matrimoni i certes condicions que es demanen de la mateixa, ens porta de manera gairebé inconscient a assimilar-la al preu en un contracte de compravenda i de fet en el subconscient masculí sovint hi ha la sensació de possessió de la dona per haver pagat "un preu" per poder-s'hi casar.

L'article 17 precisa que qualsevol cosa que pot ser objecte d'obligacions pot constituir el dot però no es fixa ni un mínim ni un màxim, per això si la dona major d'edat consenteix en casar-se amb un dot inferior a la paritat, el tutor no li pot impedir.

El dot, el lliura el marit a la dona, que n'és l'única propietària, la que en pot disposar i administrar segons el seu únic criteri i ni el marit, ni el tutor li poden demanar res a canvi del dot. Donat la seva característica d'element essencial, ha d'estar determinada a l'acta de matrimoni i s'ha de pagar abans de la seva consumació, encara que s'hagi pactat que pugui ser aplaçada.

La dona té dret al dot en cas de mort del marit després de la consumació del matrimoni. De fet, el marit no pot obligar a la dona a consumir el matrimoni si no li ha pagat el dot. Si repudia el marit a la dona de manera arbitrària abans de la consumació ella només té dret a la meitat del dot, però si el marit la refusa per una malaltia de la dona, ella no té dret a res i tampoc hi té dret en cas d'anul·lació del matrimoni.

Al Codi de la família d'Algèria el dot o *sadaq* donat per l'espòs a l'esposa és també una condició essencial del matrimoni, ja que aquest és un fonament alcorànic. Aquesta condició regulada als articles 14 i 15 del Codi pot consistir en una quantitat numerària o en qualsevol altre bé, especificant-se la seva naturalesa o quantitat al contracte matrimonial. Al voltant d'aquesta institució hi ha diferents interpretacions en quant a la seva significació. En el codi algerià el dot també és propietat de la dona, que en pot disposar lliurement i en cas de matrimoni no consumat té dret a la meitat de la mateixa.

**e) La possibilitat d'introduir clàusules especials en el moment de contraure matrimoni.**

A Algèria es permet als esposos incloure en el contracte de matrimoni qualsevol clàusula que no sigui contrària al propi codi (art. 19). Aquesta possibilitat està contemplada sobretot com un garantia de la dona, per evitar el poder abusiu del marit. D'aquesta manera pot recollir una clàusula que impedeixi la poligàmia. Possibilitat que, a més, contempla el propi article 8 del mateix codi. També podria recollir altres clàusules com ara que el marit no li pugui prohibir estudiar, treballar, sortir o viatjar ella sola o amb els fills.

L'article 38 de la Mudawana també estableix la possibilitat que es fixin clàusules mentre aquestes no siguin contràries a l'essència mateixa del matrimoni, ja que si ho fossin es tindrien com per no posades. Aquest mateix article determina que no és incompatible amb la finalitat del matrimoni, que la dona pugui ocupar-se d'afers públics del país. Aquesta precisió a la llum de la Constitució i de la presència d'algunes dones en càrrecs de l'administració es feia pràcticament necessària, però a més el codi dóna la possibilitat a que s'introdueixin altres clàusules semblants encara que no idèntiques, com per exemple la possibilitat d'estudiar, de treballar o de viatjar ella sola o amb els fills.

L'article 31 de la mateixa Mudawana, recull una possibilitat de clàusula concreta, que és la que li prohibeixi el matrimoni poligàmic al marit, podent l'esposa demanar la dissolució del matrimoni si l'espòs incompleix la condició de no casar-se amb un altre.

Aquesta possibilitat de clàusules en el contracte matrimonial també està recollit per una part de la doctrina que veu així la possibilitat que la dona aprofiti al màxim aquestes clàusules per tal de recollir condicions més favorables i menys discriminatòries que evitin així l'aplicació de l'excepció d'ordre públic en el país d'acollida.

La realitat és però que la majoria de dones quan es casen o desconeixen aquesta possibilitat o no tenen opcions reals d'imposar-les, quedant reduïda a aquesta possibilitat a les persones que tinguin capacitat real de poder-la utilitzar, que són poques. Pensem, per exemple, en el cas de R. o N.<sup>418</sup> i en general en tots els casos estudiats, a excepció potser de BB.<sup>419</sup> que tenia una bona formació i coneixement de la legislació del seu país. Potser ara totes aquestes noies dels casos estudiats, si es

---

<sup>418</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999 i el de N. explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001. Recordem que a totes dues les van casar amb 15 i 16 anys.

decideixen a contraure un segon matrimoni, podran arribar a tenir certa capacitat d'exigir alguna clàusula que les protegeixi, però gairebé mai en el primer matrimoni, en la majoria dels casos pactat pels propis pares.<sup>420</sup>

#### **f) La necessitat d'igualtat entre els contraents.**

L'article 14 de la Mudawana, recull aquesta tendència de certes escoles jurídiques d'exigir la igualtat socioeconòmica dels contraents, però referida com és habitual només a la dona.

La dona no es pot casar amb un home que no sigui de la seva mateixa posició social. Aquesta normativa té una doble lectura, per una banda, és una prohibició més que limita la llibertat d'elecció de marit per part de l'esposa, però en recollir-se com un dret de la dona i del seu tutor, permet poder demandar la nul·litat del matrimoni quan l'esposa ha estat enganyada en la condició social i econòmica del marit i en realitat no existeixi aquesta igualtat.

Es podria al·legar aquesta clàusula en el cas de ZC<sup>421</sup> ja que el marit li va prometre una vida sense problemes econòmics, en una casa gran a Espanya i després es va trobar vivint en un pis que compartia amb més gent i, a més, va ser expulsada del domicili per part del marit als dos dies després d'arribar del Marroc.

### La relació entre els cònjuges durant la vida matrimonial

#### **a) Les relacions personals.**

Malgrat la definició general de matrimoni a l'article 4 del Codi de la família d'Algèria que estableix que la família es basava en l'afecte i en la protecció dels dos cònjuges, quan el Codi de la família recull les obligacions de marit i esposa és quan es plasma més clarament tot el pes de la família tradicional.

Segons l'article 37 del Codi el marit ha de procurar la manutenció de l'esposa (obligació tradicional i que és el principi de la separació d'espais públic/privat per

---

<sup>419</sup> El supòsit de fet de BB. està explicat a l'annex 2 ref. 5-2/1999.

<sup>420</sup> Tinc coneixement en alguns casos recents de pares que han exigut una clàusula perquè les seves filles continuïn estudiant un cop casades. Són, però, casos de Malí, de tradició musulmana, i de famílies benestants de la capital. També he tingut coneixement d'un altre cas d'una noia marroquina que el seu pare volia recollir una clàusula perquè ella continués estudiant i treballant un cop casada. Tots aquests casos s'ha plantejat, però, en produir-se un matrimoni entre un resident a Espanya i una resident al país d'origen que havia de viatjar cap a Espanya per viure amb el seu marit i com que tots tenien certa posició social i econòmica al país d'origen volien i podien exigir condicions per a les seves filles.

<sup>421</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 24-2/2004.

gènere). Al projecte de 1981 es feia referència a la possibilitat de la dona de treballar fora de casa; en canvi en el codi del 1984 desapareix tota referència al tema. A més, aquesta obligació ja no es té si la dona incompleix el seu deure conjugal.

L'altra única obligació del marit és tractar equitativament les seves dones en cas de poligàmia.

En canvi, les obligacions de l'esposa (art. 39) són obeir al marit i donar-li la consideració que li cal com a cap de família. Alletar i educar als fills i respectar als pares i parents del marit. Aquí apareix, doncs, l'obligació ancestral de l'esposa de deixar la seva família per anar a viure amb la del marit a la que té la obligació de respectar. Aquesta percepció de la família extensa i patriarcal es plasma també en els pocs drets de l'esposa: visitar a la seva família que queda reduït a la visita als parents més propers. (article 38) limitant al mateix temps la capacitat no sols de moviment sinó de relació familiar.

La vida conjugal, segons la Mudawana marroquina, està lligada a la tradició. El marit ha de proporcionar a la seva dona la manutenció i el dot, la dona ha de tenir cura de la casa i organitzar-la sota la direcció del seu marit a qui deu obediència i fidelitat. El codi penal reprimeix teòricament l'adulteri de l'home com el de la dona, però la consideració social d'un i altre és molt diferent.

Els deures de l'esposa i el marit són diferents:

La dona li deu fidelitat al marit i obediència. Ha d'alletar als fills sempre que pugui, supervisar i organitzar la casa i respectar als sogres i parents de l'esposa (article 36).

El marit, en canvi, té una sola obligació legal: mantenir a l'esposa (article 35). La manutenció comporta l'allotjament, el menjar, el vestit i les cures medicinals indispensables. Aquest dret de manutenció es produeix a partir de la consumació del matrimoni. Per altra banda, aquest dret a favor de la dona continua un cop dissolt el matrimoni durant la durada del període de recolliment o *idda*.<sup>422</sup>

Si el marit no compleix amb el seu deure la dona pot exigir que s'executi o demanar el divorci. En aquest sentit, si el marit incompleix la seva obligació d'aliments a la dona, sembla que la justícia és més eficaç a la pràctica i pot, fins i tot, quedar retingut a la presó fins que pagui. Aquesta informació, però, no ha pogut ser contrastada sobre el terreny, però és la idea que tenen la majoria de dones marroquines i així t'ho

---

<sup>422</sup> Amb aquesta expressió vull significar el període en què la dona després de dissolt el matrimoni durant el qual encara no pot tornar-se a casar. També se l'anomena "període de viduïtat".

diuen: “En Marruecos sino me paga va a la cárcel. Si lo denuncio y cruza la frontera lo detienen”. La realitat, però, és que el marit d’Am.<sup>423</sup> no ha posat més els peus al Marroc i per tant no li ha passat res. El marit de G.<sup>424</sup> va dir que pagava aquí a Espanya i el jutge li va demanar llavors a la dona que demostrés ella que el seu marit no havia pagat res a Espanya, quan era ell el demandat i no aportava cap rebut ni justificant de pagament. L’altre exemple és del marit de A.<sup>425</sup>: a part d’intentar subornar al funcionari del jutjat, segons ella explica, també intentava al·legar el pagament fet a Espanya, que en realitat tampoc havia fet, demanant certificats al jutjat espanyol del que havia pagat via embarg.

La dona no té cap obligació pecuniària en favor del seu marit, amb independència de la seva fortuna particular, però si ella és rica i el pare no té mitjans per mantenir al fill comú, la mare hi ha de contribuir (article 129).

La resta d’obligacions dels marit són: tractar en igualtat de condicions a totes elles, si té varies esposes simultàniament, permetre les visites dels familiars de la seva esposa i que aquesta els pugui visitar i no té cap dret de control sobre els bens de la seva esposa. (article 35).

És digne de destacar que l’abast d’aquests drets remet al costum. Així, les visites als familiars de l’esposa i respecte als del marit es farà segons el costum. Les visites de familiars i el grau d’influència d’aquestes en la dona en molts dels casos han estat la font directe de conflictes del matrimoni. En alguns d’aquests casos els enfrontaments més grans s’han tingut entre germans de la dona i el marit i en d’altres es pot veure que el tractament que reben els familiars d’un i altra no són iguals.

Aquest darrer cas és el de SC, que estant en fase de decisió si se separen o no. Una de les fonts de conflicte és que la germana de la dona i la nena d’aquesta viuen a casa, però el marit no ho vol. En canvi, quan ve la mare d’ell de visita, l’esposa ha d’estar al seu servei tot el dia i acontentar-la.

*Supòsit de fet: SC. i O. estan casats des de fa uns cinc anys. Tots dos són residents legals a Espanya i es van conèixer aquí. Malgrat això, es van casar al Marroc. El pares de tots dos són morts, però les mares vídues viuen totes dues al Marroc. Aquí viu la germana d’ella amb residència legal que va arribar embarassada (el marit es va quedar al Marroc) i el germà d’ell que no té papers.*

---

<sup>423</sup> El supòsit de fet d’Am. està explicat a l’annex 2 ref. 4-1/1999.

<sup>424</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l’annex 2 ref. 12-4/2001.

<sup>425</sup> El supòsit de fet de A. està explicat a l’annex 2 ref. 2-1/1998.

*Són una parella que han tingut molts problemes econòmics i això els ha portat a una crisi molt forta que els fa pensar en el divorci.*

***Petició formulada:** consulten les possibilitats de divorciar-se aquí o esperar-se a l'estiu quan vagin al Marroc. En principi ho volen fer de mutu acord.*

També és el costum el que fixa quina és la obediència que deu la dona al marit.

Conjuntament amb aquest drets i obligacions específiques i diferents entre espòs o esposa, existeixen unes obligacions i drets recíprocs (article 34) com són la cohabitació, la bona convivència, el respecte i l'afecte mutus, protegir els bens de la família i el dret de successió entre els esposos.

#### **b) Les relacions econòmiques.**

Segons el Codi de la família d'Algèria la dona pot tenir el seu propi patrimoni i disposar dels seus propis bens (és l'únic altre dret que li reconeix l'article 38). De fet, hi ha autors que consideren que no existeix el concepte de règim econòmic matrimonial tal i com nosaltres l'entendem ja que el que existeix en tot cas és una separació absoluta de bens.

Pel que fa al Marroc, la conclusió podria ser la mateixa, perquè més que un determinat règim econòmic matrimonial el que hi ha és una absoluta separació de bens. Posant fi a la tradició malikita la dona pot administrar els seus bens lliurement sense cap control per part del marit, però no hi ha més regulació, ni compensació entre cònjuges, ni criteris de dissolució. Només existeix una regla molt curiosa per repartir els bens d'una casa en cas de conflicte i és que s'atribueixen a la dona els estris que es consideren femenins i a l'espòs els que es consideren masculins, prèvia declaració d'ambdós. (article 39). Aquest criteri de distribució ens pot semblar estrafolari, però no ho és tant partint del concepte de família tradicional que la Mudawana perpetua basada en la distinció dels rols home i dona en el si del matrimoni, que també delimitaven tradicionalment espais diferents per a cada cònjuge: el privat per les dones i el públic pels homes.

## La ruptura del vincle matrimonial

### **a) Les causes de dissolució del vincle.**

Formalment el Codi de la família d'Algèria sembla abolir el repudi perquè no utilitza aquesta paraula. Però en aquest sentit, cal tenir present que la paraula *talak* que correspon al mot repudi, implica en realitat diferents formes de dissolució del matrimoni i que, per tant, a vegades els termes utilitzats també varien en funció de la traducció realitzada. El matrimoni es dissol pel divorci o per la mort (art. 47). El dret al divorci segons l'article 48 del Codi està obert tant a l'home com a la dona i a la seva voluntat comuna, però el dret de l'home és pràcticament il·limitat. D'aquesta manera es perpetua el repudi del marit.

La Mudawana marroquina en la redacció de 1993 manté també les fórmules tradicionals de dissolució del vincle matrimonial: el repudi pel marit sense necessitat d'al·legar cap causa (articles 44 a 52) el repudi per compensació econòmica de la dona al marit –*Khol*– (article 61), la possibilitat de repudi de l'esposa per delegació del marit (article 44) i el divorci judicial (articles 53 a 59).

A la vista d'aquestes diferents causes de dissolució matrimonial en els dos textos legals, es pot veure la diferència de tracte que aquestes legislacions donen a l'home i la dona també en el moment de trencament del vincle matrimonial, diferència que per altra banda no ens ha d'estranyar, ja que està present des de la formació del vincle i durant la vida del matrimoni.

La dificultat d'encaix d'aquestes legislacions en els ordenaments jurídics europeus i en concret l'espanyol, no prové de la inexistència de divorci sinó de la diferència d'exigències a l'home i la dona per accedir-hi. El marit pot accedir a la dissolució del matrimoni a través del repudi unilateral i sense al·legar cap causa i la dona ha d'al·legar i provar unes causes taxades o ha de pagar una compensació econòmica al marit si és que no ha aconseguit, en el cas marroquí, pactar en casar-se la possibilitat de repudi en nom del marit (article 44), situació que francament es dona poc.

Per tant és evident que el dret marroquí i el dret algerià tenen una solució legal per a les crisis matrimonials, però és una solució ancorada en un concepte de família tradicional i patriarcal on la dona té poques o nul·les possibilitats de reacció. Sistema potser fins i tot una mica més obert a l'existent en aquest país durant els 40 anys de nacionalcatolicisme, però que afortunadament vam deixar enrera amb la instauració de l'actual estat social i democràtic de dret basat en uns drets fonamentals que prohibeixen

tota discriminació per raó de sexe. És en aquest context que hem de determinar si podem permetre l'aplicació sense més d'aquest sistema discriminatori. No perquè la Constitució consagri un determinat model de família, que els ciutadans entenc són lliures d'escollir, sinó perquè aquest model de família lliurement escollit no sigui en cap cas discriminatori per a cap dels seus membres.

### El repudi.

L'article 48 del Codi de la família d'Algèria perpetua el repudi encara que no l'anomeni així<sup>426</sup>, ja que determina que el divorci es produeix per tres motius:

- a) la voluntat del marit (que no és altra cosa que el repudi unilateral)
- b) el consentiment mutu dels esposos
- c) la petició de la dona dintre de les causes taxades a la llei.

A més la redacció de l'article 51 el que fa és mantenir pràcticament el repudi en els mateixos termes que a l'Alcorà i recollir la possibilitat de tres repudis, que ara anomena divorcis. Els mateixos tres repudis que es recullen a l'article 30 per impedir el matrimoni amb la mateixa dona i que l'article 51 s'encarrega de precisar en quins termes s'han de produir.

El marit que abusa del seu dret al divorci només està obligat a indemnitzar la dona per danys i perjudicis. (art. 52)

La reforma de la Mudawana marroquina del 1993 manté el dret de repudi del marit però el reglamenta de manera restrictiva allargant una mica el procediment i donant-li un cert caràcter contradictori per protegir millor a la dona.

El nou article 48 estableix: (curiosament el mateix número d'article que seu homòleg algerià)

"- El repudi només es pot produir a la circumscripció territorial del domicili conjugal

- només pot ser inscrit en presència dels dos cònjuges i després de l'autorització del jutge."

Per altra banda, l'article 179 del codi de procediment civil també modificat pel *Dahir* de 10 de Setembre de 1993 fixa totes les condicions necessàries per l'exercici del dret de repudi per garantir els drets de la dona i dels fills.

En aquest sentit, el jutge a l'acta de repudi ja ha de fixar la pensió alimentària i la residència de la dona durant el període de recolliment.

---

<sup>426</sup> Cal tenir també present la traducció del terme *talak*, com ja he exposat.



Per altra banda, l'home podia en una sola fórmula reagrupar dos o tres repudis. Es modifica aquest regla de manera que cada repudi sigui quina sigui la forma utilitzada no pugui tenir més que l'efecte d'un repudi simple.

Malgrat tot, l'article 46 del codi encara diu que el repudi pot tenir lloc verbalment, en termes explícits, per escrit o per gestos inequívocs i al mateix temps l'article 44 del codi permet el repudi per part del marit o del seu mandant o de qualsevol altra persona designada per ell.

La innovació de 1993 consisteix en garantir cert caràcter contradictori i judicial al procediment de repudi sobretot de cara a efectes internacionals. Així, l'article 48 estableix que el repudi ha de ser rebut per dos *adoul* del territori de la competència del jutge del domicili conjugal i en presència dels dos cònjuges i després de l'autorització del jutge, que sempre intentarà a la pràctica una conciliació potser seguint el criteri de l'Alcorà (sura 4 versicle 35 i versicle 128) i que en tot cas per l'article 47 del mateix codi comminarà al marit a reemprendre la vida matrimonial si el repudi s'ha fet durant el període menstrual de la dona. Els articles 80 i 81 del Codi d'Estatut personal fixen també les formalitats administratives del repudi, entre les que es recullen el dret de l'esposa a tenir un acta del repudi en un termini no superior a 15 dies, havent d'informar el jutge a la dona que el repudi s'ha produït perquè ho sàpiga immediatament i determinant també el codi que les despeses del divorci són a càrrec del marit.

Malgrat totes aquestes reformes i el fet de no poder el *cadí* inscriure el repudi sinó hi ha hagut la presència simultània de les dues parts. El jutge però no és el que dissolt el matrimoni, sino que es limita a recollir la voluntat del marit en aquest sentit. A la pràctica circulen rumors de què els marits continuen repudiant per sorpresa a les seves dones, sobretot les que viuen a Europa, utilitzant mitjans no massa legals. No s'ha pogut contrastar si els mitjans per aconseguir el repudi al Marroc són del tot legals, però si s'ha contrastat que sovint els marits corren a tenir recollit al divorci al Marroc de manera més ràpida al procediment de separació o divorci que la dona ha pogut interposar a Europa. També hem pogut comprovar com en el cas de G.<sup>427</sup> on el seu marit van aconseguir un segon matrimoni poligàmic sense el consentiment de la primera esposa que era ella i en el cas d'A.<sup>428</sup> en que segons sembla va aconseguir endarrerir l'expedient judicial de reclamació de la manutenció amb un suborn.

---

<sup>427</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

<sup>428</sup> El supòsit de fet d'A. està explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

El repudi del marit és revocable a excepció feta del tercer repudi pronunciat després de dos anteriors, del pronunciat abans de la consumació del matrimoni o el repudi per compensació (article 67)

#### El repudi per compensació.

L'article 61 del Codi Marroquí preveu també la possibilitat que els esposos pactin un repudi a canvi d'una compensació. El consentiment de la dona major d'edat a aquest pacte és vàlid. Aquest tipus de dissolució del matrimoni sembla que prové del propi Alcorà (sura 4, 129) i totes les escoles doctrinals admeten aquesta possibilitat. L'article no limita aquesta possibilitat a la dona, ja que parla dels "cònjuges" però és evident que el marit no utilitzarà aquesta possibilitat si pot accedir al repudi sense causa, ni compensació econòmica. Per tant, la indemnització en aquest cas, però, corre a càrrec de la dona, que paga així la seva "llibertat". Si la dona és pobre està prohibida tota contrapartida sobre els drets dels menors.

Aquesta dissolució del matrimoni és irrevocable i com tot repudi s'ha de fer davant dos *adoul*.

#### El divorci judicial

Al Codi de la família d'Algèria la dona només pot divorciar-se en base a unes causes fixades, a no ser que lliuri una indemnització al seu marit. (art. 54).

En aquest cas, el codi fixa que la quantitat es fixarà de mutu acord amb el marit (possibilitat que fa que la pressió que s'exercita sobre la dona per donar-li el divorci sigui molt elevada). En cas de desacord el jutge ordenarà el pagament d'una quantitat que no excedeixi la del valor del dot de paritat en el moment del judici.

Les causes taxades per a les que la dona podrà sol·licitar el divorci són, per exemple, per absència del marit durant més d'una any sense cap excusa vàlida. També és causa de divorci si el marit no ha compartit el llit amb la dona durant més de quatre mesos. També són causes de divorci la malaltia sexual al marit, comportaments de caràcter infamant, la manca del pagament de pensió d'aliments del marit a favor de la dona, durant més d'un any, sense cap excusa vàlida, ja que la seva manutenció és obligació del marit i la condemna del marit a una pena infamant privativa de llibertat superior a un any.

Sorpren la possibilitat que es castigui de la mateixa manera qui abandona el domicili conjugal (article 55), que es contraposa amb la resta de previsions del codi.

La Mudawana marroquina també preveu certes causes que permeten a la dona invocar ella sola la dissolució del matrimoni. El codi d'estatut personal l'anomena com a divorci i no com a repudi aquesta manera de dissolució del vincle matrimonial en mans de la dona i en virtut de sentència judicial. Hi ha causes que donen lloc a divorci de manera revocable i d'altres que són irrevocables

La dona pot demanar el divorci:

- **per malaltia incurable** del seu cònjuge que ella desconeixia i que descobreix fent la cohabitació perjudicial per la dona (art. 54). Hi ha jurisprudència que admet que aquesta causa de divorci també pugui ser invocada pel marit, mentre que una altra tendència jurisprudencial no admet aquesta possibilitat per considerar que el marit ja disposa del repudi.

Les malalties que poden donar lloc a aquest tipus de divorci són aquelles que siguin incurables o que el seu guariment trigui més d'una any. Entre aquestes malalties o "defectes" s'hi poden trobar: la impotència sexual o la castració del marit, la demència, la lepra, la tuberculosi, etc... El divorci decretat per aquesta causa és definitiu i irrevocable.

- **Per violació de l'obligació de manutenció per part del marit** (art. 53). El divorci pronunciat per aquesta causa és revocable i el marit pot recuperar la seva dona duran el període de continència *idda*, si justifica mitjans per a la subsistència o la seva voluntat de complir amb la seva obligació d'aliments. A més, es concedeix un període de tres mesos al marit que al·lega insolvència per complir amb el seu deure abans de decretar el divorci.

- **Per sevícia**, tenint en compte la seva condició social i si el perjudici invocat s'ha establert. (art 56) Aquesta causa de divorci en relació a la especial incidència de la condició social només és admesa per l'escola malikita i el pot demanar només la dona. És conseqüent amb la mateixa escola jurídica que recollia la diferència social com a impediment matrimonial. És necessari que l'esposa provi els greuges soferts. Dintre d'aquesta causa es recullen els maltractaments soferts per l'esposa a mans del marit. El problema en aquests casos és la prova impossible que es demana a l'esposa, ja que a vegades no és suficient un certificat de lesions provant els maltractaments soferts i demanen testimonis impossibles. Si la dona no pot provar aquestes greuges el jutge podrà llavors cridar a dos arbitres que intenti reconciliar als esposos i a la vista de la opinió dels arbitres el jutge dictarà sentència. Aquesta conciliació arbitral prové del

propi Alcorà (sura 4, 35) encara que ara es limita el poder dels arbitres subordinant-lo al dels jutges. El divorci per aquest motiu és irrevocable. Des de la reforma de 1993 el paper dels arbitres el podrà fer el Consell de família creat en aquell moment.

- **Per absència del marit** durant més d'un any en lloc conegut i sense excusa vàlida. (art. 57). La cohabitació és un deure recíproc, per la qual cosa la dona pot demanar el divorci en cas d'absència injustificada del marit. El Codi d'estatut personal no dóna cap definició d'absència, però s'ha d'entendre com aquell que no és present però que se sap que existeix i és viu. No s'ha de confondre aquest cas amb la figura del desaparegut del Codi de Procediment Civil. Per traduir-ho als nostres termes la causa de divorci que es recull aquí seria assimilable a l'abandó de la família i no la figura de l'absència legal que recull el nostre codi civil. Aquesta idea ve reforçada per la persecució penal també al Marroc d'aquesta conducta. L'article 479 del Codi Penal marroquí sanciona penalment l'abandó de la família amb una de pena d'un mes a un any de presó i una multa de 200 a 2000 dirhams al pare que sense causa greu ni excusa abandona el domicili familiar durant més de dos mesos i no compleix amb cap de les seves obligacions legals tan materials com morals cap a la família. Aquest mateix article també sanciona al marit que sabent que la seva dona està embarassada l'abandona voluntàriament durant més de dos mesos. El divorci pronunciat per aquesta causa és irrevocable i per tornar amb la seva dona el marit s'hi haurà de tornar a casar a no ser que la dissolució del matrimoni ja sigui la tercera..

- **Per jurament de continència** (art. 58). Aquesta causa de divorci prové del costum tradicional del marit de prestar jurament de no complir amb la seva esposa els seus deures conjugals per un període il·limitat. La legislació ha posat fi a aquesta pràctica degradant per la dona, limitant-la. Des que el marit ha fet aquest jurament ella pot demanar al jutge que exigeixi al marit un període de només quatre mesos, per complir les seves obligacions. Si passats aquests quatre mesos el marit no compleix el jutge decretarà el divorci. Aquest divorci serà però revocable.

El Codi d'Estatut personal no fixa el procediment a seguir pel divorci judicial. Això s'ha establert al Codi de Procediment Civil. El tribunal competent és el de primer instància. Presentada la demanda i admesa els jutge convoca a les parts per intentar una conciliació. Si aquesta no és possible després de dues convocatòries el jutge ordena la continuació del procediment. Potser aquesta insistència en la conciliació prové dels termes del propi Alcorà ja comentats.

No hi ha disposició relativa als problemes del repudi o divorci pronunciat o sol·licitat per menors d'edat. La doctrina sosté que el menor que pot casar-se també pot dissoldre el vincle sense assistència d'una altra persona. El tribunal Suprem s'ha pronunciat de conformitat amb aquesta doctrina considerant que aquestes qüestions difereixen dels contractes civils generals però aquesta posició va contra l'article 1 del Codi de Procediment Civil que exigeix la capacitat civil per intervenir en els tribunals. En tots els casos estudiats, tot i haver-se casat en alguns casos essent menors d'edat en el moment d'interposar la demanda judicial totes elles ja havien accedit a la majoria d'edat.

#### El divorci consensual.

Malgrat establir el codi d'Algèria en el seu article 47 la possibilitat de divorci consensual, no queda clar com s'ha de produir el mateix i només es pot entreveure de la minsa redacció de l'article 49 la possibilitat que els cònjuges ho facin després de demanar conjuntament el divorci al jutge i intentar aquest la reconciliació.

Per tant, el que fa el codi és establir l'obligatorietat que el divorci sigui judicial, tant per al marit com per a la dona, però la diferència entre sexes no està en aquest fet, sinó en la diferència de causes per un cas i per l'altra. La lliure voluntat unilateral del marit que no ha de provar, ni justificar res es contraposa a les causes taxades i molt difícils de demostrar que se li exigeixen formalment a la dona. Aquesta diferència entre sexes ve agreujada pel fet de no haver-hi una regulació clara del suposat divorci consensual que instaura i pel fet d'exigir sempre el pas previ de la reconciliació judicial per un període que pot arribar a durar tres mesos en el que es pot reanudar la vida conjugal.. Tot aquest procés el que sovint mentre dura es vol convèncer i, fins i tot, obligar a tornar amb el seu marit, fa que sigui molt difícil per a la dona accedir al divorci i que sovint es trobi en situacions especialment dures i coaccionants.

En el cas marroquí no es recull la figura del divorci consensual, que s'introduirà després com a novetat amb la reforma de 2004.

#### **b) Els efectes de la dissolució del vincle.**

De totes maneres els efectes del divorci en el Codi de la família d'Algèria són clarament desavantatjats per la dona que no té dret a pensió alimentària tret que el jutge el declari abusiu i pugui obtenir aleshores una indemnització per danys i perjudicis. Per altra banda, a diferència del projecte de 1981 que donava la possibilitat a

la mare de família de quedar-se amb el domicili conjugal el Codi del 84 estableix a l'article 52 que la dona divorciada ha de tornar al domicili del tutor i tan sols si té la custòdia dels nens i el tutor no l'acull l'allotjament de la dona serà garantit pel marit "dintre les seves possibilitats" deixant ben clar que no serà el domicili conjugal si aquest és l'únic.

La liquidació dels bens del matrimoni és encara més curiosa. Essent cada un dels cònjuges propietaris dels seus bens i no existint pròpiament un règim econòmic matrimonial s'estableix que a falta de prova les coses de ús exclusiu de les dones seran per l'esposa i les coses d'ús exclusiu dels homes pel marit i les comuns es repartiran. Evidentment, aquesta curiosa regulació, que també es veu en el Codi marroquí i que ja he comentat en referència al règim econòmic matrimonial, manté que la dona té unes tasques i un espai, i l'home unes altres i amb uns espais també diferents.

Tenint en compte la greu crisi econòmica del país, aquesta regulació a la pràctica aboca a moltes dones amb fills al carrer, alhora que el major nombre d'infanticides són divorciades, vídues i solteres.

A més és curiós que les sentències de divorci es poden apel·lar per només respecte de les causes i motius però no respecte de la qüestions materials i patrimonials.

Aquesta regulació del divorci perpetua, doncs, la família tradicional i les diferències per raó de sexe.

Després de la dissolució s'estableix el tradicional període d'*idda* (art. 58) que es tracta clarament d'un període de continència sexual per assegurar l'embaràs o no de la dona i la filiació del possible fill encara no nascut del matrimoni.

El període d'*idda* és de tres menstruacions, si la dona és menopàusica és de tres mesos. Si està embarassada, l'*idda* és fins el part.

La dona vídua o de marit desaparegut ha de guardar el període d'*idda* per quatre mesos i 10 dies.

Durant aquest període té dret a quedar-se al domicili conjugal o a la manutenció.

Aquestes normes no determinen mai que la dona tingui la obligació de tornar a casa als pares, però com que es parteix de la premissa de què ella no treballa, no té ingressos propis i que ha anat a viure a la casa de la família del marit, queda clar que allà no es pot quedar i, per tant, en la majoria de casos es veurà obligada a tornar a casa dels pares.

La situació pot ser bastant diferent en el cas de les dones immigrants i s'ha de tenir en compte que si malgrat la discriminació per sexes en l'accés al divorci, el jutge

espanyol considera que ha d'aplicar la llei d'Algèria, caldrà també tenir present que la situació social és diferent per a les dones en el país d'acollida. Un cop aquí poden treballar i treballen amb normalitat. Sovint poden tenir el pis al seu nom sol o a nom dels dos i, per tant, ja no es podria argumentar tan fàcilment que no té dret a quedar-se en el domicili conjugal, si aquest ja no és propietat exclusiva del marit.

En el cas del Marroc, la dona també ha de guardar després de la dissolució un període de recolliment o d'*idda*, i aquesta regla va acompanyada d'altres més minucioses sobre els períodes en cas d'embaràs o en l'època de la menopausa. (art. 72 a 79). Així, la regla general és que la dona divorciada, que no estigui embarassada i que menstrua normalment, ha de guardar un període d'*idda* de tres períodes intermenstruals. La que està ja en la menopausa o no menstrua haurà de guardar tres mesos i aquella que tingui una menstruació irregular haurà d'esperar 9 mesos i després tres pròpiament d'*idda*.

Tota aquesta regulació pormenoritzada rau en la necessitat de determinar el possible embaràs de la dona i, en conseqüència, la filiació matrimonial del fill, en una societat on la filiació és la peça clau de la seva estructura patriarcal. Per això el període d'*idda* també s'estableix en el cas de dissolució del matrimoni per mort del marit, tenint les vídues un període d'*idda* diferent. Per aquest motiu de fons el propi codi recull que si hi ha conflicte sobre l'embaràs de l'esposa, aquesta serà examinada per metges especialistes.

El text de la Mudawana sota l'epígraf de "efectes de dissolució del vincle matrimonial" no recull altra prescripció més enllà que el període d'*idda*. La resta d'aspectes lligats a la dissolució del matrimoni i que nosaltres acostumaríem a incloure dintre dels efectes d'aquest, s'han d'anar buscant en altres parts del codi, com per exemple en els relatius a la guarda i custòdia i tutela dels fills, les pensions per aliments.

El text tampoc diu res sobre l'atribució del domicili familiar, més enllà de la obligació de la dona de romandre el domicili on s'ha fixat el seu període d'*idda* so pena de perdre el dret a la manutenció durant el mateix.

En la família tradicional que la Mudawana perpetua, no hi ha necessitat de determinar qui s'ha de quedar amb el domicili matrimonial, perquè aquest era segurament propietat del marit i de la seva família on l'esposa s'havia traslladat a viure seguint el costum. Si el matrimoni es trencava, era evidentment des d'aquesta perspectiva que la dona no tenia dret a quedar-se a la casa del marit i, per tant, en la majoria de casos l'única opció possible era tornar a casa dels pares o quedar-se al carrer.

En la societat actual aquesta pràctica ja ha començat a canviar i més encara entre els marroquins establerts a Espanya on el pis que habiten és de lloguer, a vegades fins i tot a nom de la dona sola o és propietat dels dos o només de la dona. En aquestes situacions, i a més tenint en compte que a manca d'un règim matrimonial com a tal i l'existència d'una estricta separació de bens, si el pis és de la dona o dels dos, no hi ha cap fonament per a que el marit reclami l'ús del mateix amb preferència sobre la dona.

En el cas de BP <sup>429</sup>el pis s'havia escripturat a nom dels dos, però l'entrada pel mateix havia sortit d'un compte d'estalvi de la dona, el marit no treballava amb normalitat perquè deixava sempre les feines a mitges i BP havia pagat amb la seva feina tots els rebuts d'hipoteca a excepció d'un parell. BP demanava l'ús del pis i el marit volia fer creure a la jutge que en dret marroquí existia una obligació de l'esposa de tornar a casa els pares i que el pis havia de ser per a ell. Ja hem vist que no existeix una disposició semblant. D'acord amb aquesta regulació entenc que el marit només podria fer valer el seu dret si el pis anés només al seu nom, però no en una altra situació.

### **c.2.2. Anàlisi detallada i comparativa d'altres institucions lligades al dret de família**

Les legislacions d'Algèria i del Marroc abans de la darrera reforma de 2004 també demostren la perpetuació del concepte tradicional de família a través de la regulació d'altres institucions del dret de família amb una clara vinculació amb el matrimoni, que és en el fons la peça clau de tot l'engranatge.

#### **a) La filiació.**

És un dels drets més importants derivats del matrimoni en aquestes societats patrilinials. Evidentment, per el manteniment d'aquestes societats basades en la descendència paterna la filiació que es reconeix és únicament la natural. La filiació adoptiva no està ni contemplada ni reconeguda perpetuant així el concepte de família tradicional. El Codi d'Algèria la prohibeix expressament a l'article 46 argumentant-ho en la pròpia xara. El nen o nena s'afilia al pare pel fet del matrimoni legal (art. 41) i ho continuarà sent si neix dintre dels 10 mesos següents a la separació o mort del marit. (art. 43 i 44). La durada màxima legal de l'embaràs es fixa en aquest codi en 10 mesos

---

<sup>429</sup> El supòsit de fet de BP. està explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.



(art. 60) i així es posa fi a la pràctica tradicional del nen dormint en el úter de la mare, que permetia reconèixer com a fill matrimonial, el fill nascut d'una dona divorciada, repudiada, separada o vídua, nascut, segons quines escoles jurídiques, fins i tot en els dos anys següents de la dissolució del matrimoni. No es recull res concret sobre la filiació il·legítima.

Al Marroc l'article 76 recull allarga aquest període màxim d'embaràs a un any des de la data del repudi o defunció del marit, però no es reconeix tampoc i pels mateixos arguments la filiació adoptiva. L'article 83.1 del Codi marroquí diu clarament: que la filiació legítima és aquella per la qual el nen accedeix a la família del pare i segueix la seva religió. Tota relació sexual fora del matrimoni està prohibida i castigada penalment fins i tot. En conseqüència, només són fills legítims amb tots els drets de la llei els nascuts en el si del matrimoni i a qui el pare ha de reconèixer com a tals. L'adopció no té cap valor jurídic ni cap efecte de filiació.

El Codi de la família d'Algèria permet el reconeixement de la paternitat, fins i tot durant una malaltia terminal (art. 44) i també la filiació per evidència que es produeix pel testimoni d'una o més persones que testimonien que el fill és fruit de les relacions sexuals de la mare i el seu marit.

#### **b) La guarda i custòdia.**

És el dret que tradicionalment s'ha atribuït a la mare, però aquest dret inclou només la manutenció i l'educació del menor que s'ha de mantenir dintre de la religió del pare. No inclou mai la tutela o la presa de decisions respecte del fill ni totes aquelles responsabilitats dels pares que nosaltres equipararíem al concepte de pàtria potestat.

El Codi de la família d'Algèria recull aquesta concepció tradicional en la que la guarda és de la mare però la tutela és del pare (art. 62). Tant és així, que en el cas de abandonament de la família per part del pare o desaparició del mateix, la dona ha de demanar al jutge l'autorització per poder signar qualsevol document administratiu de caràcter social o escolar (art. 63).

Fruit de la divisió tradicional de rols familiars i, en conseqüència, dels espais públics i privats aquest dret de guarda s'atorga preferentment a les dones, perquè aquesta és una de les tasques que els hi correspon tradicionalment. Aquesta atribució del dret de guarda a les dones es fa seguint un ordre de preferències fixat per la llei: primer la mare, després l'àvia materna, després a la tia materna i tan sols si falten aquestes persones se li donarà al pare. (art. 64 del Codi de la família d'Algèria )

La diferència entre sexes es torna a reproduir en el temps de custòdia. El nen només està sota la custòdia de la mare fins els 10 anys, tot i que el jutge ho pot prolongar fins els 16 si la dona no s'ha tornat a casar. La nena, en canvi, pot estar sota la guarda de la mare fins l'edat de matrimoni, és a dir, els 18 anys (Art. 65). D'aquesta manera es pretén conservar la influència paterna i assegurar-se la educació del fill varó a càrrec del seu propi pare i no d'un altre home, per exemple el segon marit de la mare. Recordem que és aquest fill varó, i no la filla, qui al seu torn perpetuarà el seu llinatge quan es casi i tingui els seus propis fills. L'interès del nen i la seva voluntat es tindrà en compte, no per establir la custòdia, sinó en el moment de que s'extingeixi. (art. 65 i 67)

El dret de guarda però no és il·limitat tampoc respecte de les filles i és que la dona perd aquest dret si es torna a casar o també per no complir les obligacions d'aquesta guarda entre les que està educar el fill en la religió del pare. (art. 66 i 62). També el pot perdre si es trasllada a l'estranger (art. 69). Si la mare es torna a casar i conviu amb ella i el seu nou marit, també perdran el dret de custòdia que poguessin tenir l'àvia i la tia materna (art. 70). Per mantenir la guarda només es pot casar amb un parent del menor en grau prohibit pel matrimoni (és a dir molt proper)

L'obsessió per l'educació del fill segons els dissenys del pare, el fet que no se separi ni de la seva religió ni de la seva família, perpetuant així el caràcter patriarcal i patrilinial de la família basada en llaços de sang, porta a l'extrem de desatendre no només els drets de la mare, sinó fins i tot els dels menors i des d'aquesta perspectiva l'aplicació d'aquesta normativa al peu de lletra al país d'acollida entenc que no seria possible, perquè s'estarien vulnerant, no només el dret a la igualtat (diferent regulació per a la guarda i educació de fills i filles), sinó també la llibertat religiosa en imposar per sobre de qualsevol altra consideració la necessitat de seguir la religió del pare i tampoc es respecta l'interès primordial dels menors perquè s'atorga i es treu la guarda i custòdia en base a altres criteris, però no en base al que és el millor objectivament per l'educació o benestar del menor a partir, per exemple, d'informes socials o psicològics.

Les despeses del menor no són directament a càrrec del pare o de la mare, sinó primer dels propis bens del menor i només si aquest no té bens va a càrrec del pare (article 72) una disposició difícil d'entendre des de la nostra perspectiva, on l'interès del menor ha de prevaler i on la pensió d'aliments pel fills encara que mínima és obligatòria a tots els efectes.

**Al Marroc** l'article 97 del Codi d'Estatut personal estableix que la guarda del menor consisteix en preservar al menor en la mesura del possible del que li pugui ser

perjudicial i a educar-lo i vetllar pels seus interessos. L'article següent estableix que per tenir la guarda d'un menor (*hadanna*) s'ha de tenir capacitat de discerniment, ser púber, tenir bona conducta, ser capaç d'educar al menor i de tenir-ne cura a nivell de salut i d'educació moral i no patir cap malaltia contagiosa. No es demana cap condició religiosa, per la qual cosa un no-musulmà pot tenir la guarda d'un menor musulmà marroquí, però l'article 108 del mateix codi limita llavors l'exercici del dret de guarda als cinc primers anys de vida del nen. Si la guarda la té la mare del nen o nena i no és musulmà pot exercir el seu dret i no el perd pot exercir el seu dret plenament sempre que no eduqui al fill/a en una religió diferent de la del seu pare. L'article 99 del codi d'estatut personal modificat l'any 1993 estableix que mentre els pares estiguin junts i units en matrimoni la guarda dels fills correspon a tots dos. En cas de dissolució del matrimoni la guarda correspon per ordre de prioritat a la mare i després per ordre de preferència al pare, a la mare de la mare, a l'àvia de la mare i així successivament seguint una llista de parents establerts en el propi text legal<sup>430</sup>. Amb aquesta reforma la guarda del menor un cop dissolt el matrimoni ja no és una prerrogativa femenina. Tenint en compte la concepció social de bones conductes i l'article 105 del propi codi, no hi ha cap garantia per la mare que es torna a casar, que pugui mantenir la guarda del menor, ja que pot correspondre al pare en cas d'un nou matrimoni.<sup>431</sup> La mare pot perdre també el dret de guarda si es trasllada a un altre lloc de residència i per aquest fet al pare o tutor li resulta difícil poder controlar les seves condicions de vida i complir amb les seves obligacions (article 107). L'any 1993 també es reforma la durada de la guarda que dura pel nen fins als 12 anys i per la nena fins els 15. Després d'aquesta edat el menor pot escollir amb qui vol estar de les persones de la llista de l'article 99. Durant el matrimoni la mare que tingui la guarda i cura del menor no podrà demanar cap compensació pecuniària per el seu exercici al pare del menor i tampoc podrà la que estigui repudiada de manera revocable. Ara bé, la mare repudiada o divorciada pot demanar al tribunal la constitució d'una hipoteca sobre els bens del pare per cobrir les despeses de la guarda del fill menor comú.

---

<sup>430</sup> L'article 99, 1º de l'antic text del Codi d'Estatut Personal del Marroc (vigent fins a la reforma de 2004) enumerava una llarga llista de parents després de la mare, el pare i l'àvia materna, pel següent ordre: la mare de l'àvia materna, la tia germana materna, la tia consanguínia materna, la tia materna uterina, l'àvia paterna, la besàvia paterna del nen amb certes condicions, la germana del nen, la tia paterna, la tia paterna del pare del nen, la tia materna del pare del nen, la neboda per a un germà o germana, al germà, l'avi patern, el nebot per un germà, a l'oncle patern o als fills d'aquest darrer.

### **c) El règim de visites**

L'atorgament d'un dret de guarda a favor d'un dels progenitors o altres familiars ha de comportar normalment l'existència d'uns drets de visita a favor de qui no té aquesta guarda.

**Al Marroc** l'article 109 del Codi d'Estatut Personal fixa que el pare o un dels seus tutors té un dret de vigilància sobre el que concerneix a l'educació del seu fill i la seva assistència als centres escolars. De totes maneres, el nen no ha de dormir fora del domicili del titular de la guarda a no ser que sigui per ordre del jutge en interès del menor. Per tan el que no tingui el dret de guarda ha d'anar al domicili on resideixi el menor amb el titular d'aquesta guarda legal. Igualment el que en té la guarda no ha d'impedir a l'altre progenitor d'interessar-se per l'estat de salut del menor o fer-li visites. Si el jutge no disposa una altra cosa el que no en tingui la guarda podrà demanar que l'altra li porti de visita el menor almenys un cop per setmana. (art.111)

En el cas del Codi de la família d'Algèria la regulació encara és més amplia i si bé el dret de custòdia no elimina el dret de visites a l'altra part, qui fixa el règim de visites a seguir és el jutge.

### **d) La tutela.**

Si la guarda i custòdia és femenina, la tutela és, en canvi, masculina. D'entrada, la tutela inclouria les funcions de la pàtria potestat del dret espanyol i de la tutela. És, doncs, un concepte potser més ampli i que recull en el mateix tan les drets dels pares sobre els seus fills, com el drets i obligacions del que nosaltres entendríem pròpiament com a tutors. El tutor té el dret de representació del menor, però també la capacitat de negociar en nom d'ell i la capacitat de decisió sobre la seva educació.

Donat aquest contingut de més transcendència jurídica que la simple guarda, és evident que el dret islàmic tradicional atorgui la possibilitat de ser tutor al pare i en el seu defecte a l'avi patern, ja que així es reforça la idea que és l'home el que s'ocupa de les qüestions importants i de les activitats i actuacions a fer cap enfora, mentre que a la dona li corresponen només les qüestions domèstiques. L'article 87 del Codi de la

---

<sup>431</sup> Si el nou matrimoni és amb un parent em grau proper del nen o del tutor testamentari del mateix (grau prohibit per al matrimoni) conserva llavors la guarda del fills, segons l'esmentat article 105.

família d'Algèria admet la possibilitat que la mare sigui la tutora però només quan el marit sigui mort o sigui incapaç.

Evidentment, aquesta regulació que continua plasmant la preeminència de l'home xoca amb l'atribució de la pàtria potestat de manera compartida en el dret espanyol i dificulta, per no dir impossibilita, que aquesta tutela que podem assimilar si més no en part a la pàtria potestat, se li atorgui en el marc d'un procediment de família entre algerians residents a Espanya només al pare, que a més en la majoria dels casos no és present i no es preocupa adequadament del fill. Recollir aquesta possibilitat seria mantenir la compartimentació dels espais i de la societat entre homes i dones i això seria clarament contrari als drets constitucionals.

Al Marroc la tutela també és clarament masculina. La reforma del 1993 va ampliar lleugerament els drets de les dones en aquest sentit en col·locar-les en segona posició en la llista de tutors legals, evidentment per darrera del pare i abans del cadí (article 148), només pel cas de defunció o incapacitat del pare. Malgrat aquesta possibilitat, si la dona arriba a ser tutora dels seus fills necessitarà autorització judicial per a actes de disposició dels bens dels menors, mentre que si el tutor és el pare no li cal.

#### **e) El dret d'aliments entre parents.**

D'entrada, cal tenir present que la dona per raó del matrimoni té un dret d'aliments al seu favor però no a la inversa.

El Codi d'Estatut Personal Marroquí és clar. "Tota persona cobreix les seves necessitats pels seus propis mitjans tret de la esposa, el manteniment de la qual correspon al marit" (art. 115). Aquest dret el té l'esposa des de la consumació del matrimoni i la que ha invitat al seu marit a consumir-lo després de la celebració vàlida del mateix. (art. 117 Codi Estatut Personal). Això és així d'acord amb l'escola malikita. Els aliments a l'esposa comporten l'allotjament, el menjar, els vestits, les cures mèdiques dintre d'una mesura normal i tot el que es consideri indispensable. L'import de la pensió es fixarà tenint en compte la situació econòmica dels marit i la situació de la dona, així com l'índex del preus. L'avaluació d'aquesta quantitat serà fixada per la persona designada pel jutge. La decisió sobre la pensió alimentària serà executiva fins que s'extingeixi la pensió o fins una altra decisió sobre la matèria. El dret a la pensió alimentària no prescriu. La dona perd aquest dret si ha estat objecte d'un repudi

revocable i deixa sense motiu el domicili on havia de guardar el seu termini de recolliment.

El dret a la pensió alimentària també neix pel parentesc. Així, el pare ha de prestar aliments als seus fills (article 124 del Codi d'Estatut Personal). Els aliments estaran d'acord amb l'edat i les necessitats dels fills. El dret a aliments el té el fill fins a la pubertat i pugui guanyar-se la vida, a no ser que continuï estudiant. En aquest cas, subsistirà fins els vint anys. La filla té dret a la pensió d'aliments del seu pare fins que es casi, ja que llavors el deure de prestar aliments correspon al seu marit. En tot cas aquesta pensió comprendrà els aliments, els vestits, l'allotjament i l'ensenyament. Aquesta obligació a favor del pare no existeix quan no té mitjans ni per les seves pròpies necessitats. Igualment si el pare no té mitjans per mantenir als seus fills i la mare és rica, el dret de mantenir-los li correspondrà a ella. El dret de pagar els aliments dels fills compta des de què el pare refusa complir amb el seu deure (art.126,127, 128, 129 i 130 del Codi de l'Estatut Personal). A més, l'abandó pecuniari de la família està castigat penalment. La dona en cap cas ha de prestar aliments al seu marit, ni l'ha d'ajudar per deure conjugal. Aquesta disposició lògica en l'estructura tradicional de família i la separació d'espais, perd sentit i aixeca crítiques tenint en compte el treball fora de casa de moltes dones al Marroc.

El Codi de la família d'Algèria també recull disposicions similars. La dona té dret als aliments del marit i els fills respecte dels pares, establint igualment diferències entre fills i filles, ja que els primers se'ls ha de mantenir fins que es puguin mantenir per ells mateixos, hagin finalitzat els estudis i sigui majors d'edat i, en canvi, les noies se les ha de mantenir fins que es casin (article 200).

Els fills també hauran de mantenir als seus pares si no ho poden fer ells sols, essent aquesta obligació tan per fills com per filles en funció de les seves possibilitats econòmiques (article 201 del Codi de la família d'Algèria i article 128 del Codi Marroquí).

### **c. 3 La incorporació de canvis legals en els codis que recullen el dret de família.**

Fins al 2004, en què es va plasmar en un text definitiu i publicat al diari oficial la reforma de la Mudawana al Marroc, el codi magribí que es considerava més obert i que havia incorporat més canvis era el codi de Tunísia, que abolia la poligàmia i el repudi.

La reforma anunciada pel rei Mohamed VI el 10-10-2003 fa que el Marroc s'afegeixi així a les legislacions islàmiques que han començat a recollir canvis en la visió tradicional de la família, que mica en mica també està canviant en el sí de la societat marroquina.

Donat la poca presència de ciutadans tunisians a l'àrea d'estudi i en general a tota Espanya, la incidència d'aquest codi més obert havia estat mínima i no havíem tingut ocasió de saber quina acollida li donaven als tribunals, i si el rebutjaven per excepció d'ordre públic o no.

### **c.3.1 El nou text de la Mudawana, recollit a la Llei núm. 03-70 promulgada pel *Dahir* núm. 1-04-22 de 3 de febrer de 2004.**

El procés per arribar a aquest nou text, ha estat llarg. Les reivindicacions femenines reclamant una reforma del estatut personal es remunten a vint anys enrera, però no va ser fins el 1993, quan es va produir la anterior reforma, en què es va fer el primer pas: desacralitzar la Mudawana i admetre que es podia reformar, per bé que els canvis introduïts el 1993, no van afectar al concepte tradicional de família i només van suposar algunes petites i molt minses millores respecte dels drets de les dones.

Les reformes que demanaven moltes dones a principis de la dècada dels 90 del segle passat (d'abolició de la poligàmia, la supressió del tutor matrimonial per a la dona, la igualtat de drets i obligacions pels esposos, la instauració d'un divorci judicial per a ambdós cònjuges i la tutela de la dona sobre els seus propis fills), són les que ara, dotze anys després s'han materialitzat i encara potser no amb tota la seva amplitud.

La reforma de la Mudawana es pot concretar en onze noves regles, que afecten des de la formació del vincle conjugal fins a la seva dissolució i a les relacions parentals.

La reforma de la Mudawana ha fet que la gairebé paral·lela reforma en el temps de l'article 107 del CC espanyol quedi inservible. La previsió que es conté a l'apartat c) de l'aquest article 107.2 del CC, anava a permetre a la pràctica que els jutges de primera instància i família, poguessin aplicar dret espanyol i no desestimar demandes en els casos de cònjuges marroquins (que eren i són els majoritaris i que inspiren de fet la reforma), ja que la legislació vigent al Marroc fins el març de 2004, recollia la dissolució del vincle conjugal de manera totalment discriminatòria afavorint a l'home respecte la dona. La reforma de la Mudawana que redueix substancialment les

diferències entre els drets d'homes i dones en el sí de la família, posa en dubte que la solució jurídicament correcte a partir d'ara sigui aplicar sense més el dret espanyol, emparant-se en el coneixement genèric de la discriminació entre home i dona que es creu recull la legislació marroquina i, en canvi, suggereix que mentre no es canviï la norma de conflicte, el que haurà de fer-se és provar i aplicar el dret marroquí contingut en aquesta reformada Mudawana.

### **c.3.2 La regulació de matrimoni dintre del Codi de l'Estatut Personal de Tunísia.**

El Codi de l'estatut personal de Tunísia que data de 1956, s'inscriu en un intent general de modernització de la legislació. A través dels seus 213 articles la legislació tunisiana limita dràsticament els privilegis de l'home i reconeix a la dona uns drets que no els hi ha atribuït durant temps les legislacions dels països veïns. Des del seu inici i fins a l'actualitat el Codi d'Estatut Personal de Tunísia ha estat reformat en diverses ocasions destacant la de 1981 i la de 1993.

La justificació de totes les reformes que recull aquest codi tunisià venen però, de la pròpia tradició i de l'esperit de l'Alcorà i es presenten com a conseqüència d'una nova *iyithad* sense abandonar els principis fonamentals de l'Islam.

No cal oblidar que malgrat la suposada laicitat i tolerància, la Constitució tunisiana proclama l'Islam com a religió d'estat amb tot el que això implica:

"Tunísia és una república, la seva llengua l'àrab, la seva religió l'Islam".

Tot i que des de la nostra perspectiva occidental encara podem trobar que es manté la discriminació cap a la dona en alguns temes no hi ha dubte que les novetats introduïdes en aquest codi van més lluny del que tradicionalment han fet les legislacions de família dels països del Magrib i ha estat la primera legislació de la zona que tot i emparar-se en la tradició islàmica va començar a defugir l'estructura clàssica de família.

Els textos legals sovint són un primer pas, però també cal veure com evoluciona la jurisprudència i l'aplicació dels textos legislatius. En aquest sentit, l'execució del codi deixa alguns punts per millorar i ens podem trobar, per exemple, alguns casos dignes de comentar, com l'existència de diverses resolucions d'un tribunal de primera instància de Tunísia que refusa sistemàticament acordar una pensió per la dona en cas de divorci segons l'article 31 del Codi, resolucions que no són apel·lades per manca de recursos econòmics de les dones. També ens trobem amb lleis posteriors que limiten



aspectes que el codi deixa oberts, com ara l'impediment per disparitat de culte en cas de la dona.

Les reformes tunisenques, sobretot en alguns períodes històric, s'han vist més com una imposició del govern que com una necessitat real de la societat, sobretot a les àrees rurals, on malgrat els textos legals, el pes de la tradició i els costums continua predominant.

### **c.3.3 Semblances i/o diferències entre la reformada Mudawana marroquina i el Codi d'Estatut Personal de Tunísia.**

La nova Mudawana marroquina en alguns punts s'assimila a la legislació de Tunísia i en altres concreta i millora alguns aspectes. Així, la nova legislació marroquina recull disposicions més concretes sobre el règim econòmic dels esposos i sobre els matrimonis celebrats a l'estranger i equipara més formalment les funcions dels esposos en el matrimoni. En canvi, la legislació de Tunísia, prohibeix absolutament el repudi i la poligàmia (que al Marroc són dràsticament limitats però no abolits) i instaura un dret clar a una pensió periòdica de la dona en cas de divorci pel perjudici sofert i, a més, admet la filiació adoptiva.

Ara bé, més enllà de les diferències entre un text i l'altre cal destacar que entre el codi de Tunísia de 1956 i la Mudawana hi ha 48 anys de diferència. L'anàlisi detallada que es realitza a continuació, seguint la mateixa estructura que en l'anàlisi d'altres codis magribins, posa de manifest les semblances i divergències entre un text i l'altre.

#### **c.3.3.1 Anàlisi detallada i comparativa de la figura del matrimoni:**

##### **La formació del vincle conjugal.**

###### **a) L'edat mínima dels contraents**

A la reformada Mudawana marroquina, l'edat mínima per casar-se són els 18 anys tant per a noies com per a nois, acabant així amb la diferència d'una edat diferent entre nois i noies a l'hora de considerar-los aptes per al matrimoni. Sobretot així s'acaba amb la possibilitat legal de casar a les filles menors d'edat, ja que la regulació anterior permetia el matrimoni de les noies a partir dels 15 anys. Perquè es pugui casar un noi o

una noia menors de 18 anys, cal l'autorització del jutge, que valorarà el cas i que podrà valdre's d'un peritatge mèdic a part de consultar als pares i persones properes als menors.

La diferència d'edat per casar-se entre nois i noies es continua mantenint al codi tunisià, ja que l'edat es fixa en 17 anys per les noies i 20 pels nois podent el jutge atorgar una dispensa en cas de motius greus i en interès dels dos futurs esposos. Així ho estableix l'article 5 segons la redacció actual després de modificar-se al 1964 per el Decret Llei 64-1 de 20 de Febrer, ratificat per la llei 64-1 de 21 d'abril.

### **b) Supressió de la obligatorietat del *walí* com a tutor matrimonial de la dona.**

Es suprimeix la necessitat de la figura del *walí*, el tutor matrimonial per a la dona major d'edat.

Els nous articles 24 i 25 configuren la *wilaya* o tutela matrimonial com un dret de la dona que exerceix al seu gust i si vol. L'article 24 determina la naturalesa de la *wilaya* i l'article 25 el que fa és acabar-ho de precisar en determinar que la filla major d'edat conclou ella sola el matrimoni si vol i si vol pot demanar al seu pare que actui com a tutor, però la presència d'aquest tutor matrimonial ja no és necessari per celebrar, ni concloure el matrimoni.

La fonamentació jurídico-religiosa d'aquest canvi la troben els autors del nou redactat en el propi Alcorà, que exclou que es pugui obligar a una dona a contraure matrimoni amb un altre home diferent del que ella hagi triat. Igualment existeixen diferents erudits que ja havien apuntat abans la possibilitat que la dona contragués matrimoni per ella sola en casos concrets.<sup>432</sup>

La regulació del matrimoni en el Codi d'Estatut Personal fa que aquesta institució, si més no legalment, deixi de ser un acord entre famílies per potenciar el consentiment entre els dos esposos. En aquest marc, doncs, és evident que la figura del *walí* també desapareix a Tunísia.

El dret de decisió davant el matrimoni de les seves filles que exerceix el pare o tutor (dret de *Jabr*) és oficialment abolit.<sup>433</sup> Així, l'article 3 estableix que "només amb el consentiment dels dos esposos es construeix el matrimoni." L'article 9 deixa clar que l'home i la dona poden contraure matrimoni per ells mateixos. Si volen tan l'home com

---

<sup>432</sup> Arguments utilitzats en la redacció del projecte de Mudawana i facilitats per l'Iemed.

la dona poden fer-ho a través de mandatari però en qualsevol cas és una opció, no una obligació i, a més, referida aquesta possibilitat a tots dos, no només per a la dona. Només els menors necessiten l'aprovació del tutor per concertar el matrimoni (article 6)

### **c) Els impediments.**

#### La disparitat de culte com a impediment per casar-se.

La reformada Mudawana marroquina manté l'impediment per contraure matrimoni per disparitat de culte. La dona no es pot casar amb un no-musulmà i l'home només es pot casar a part de amb una dona musulmana amb una cristiana i/o una jueva. Així es continua recollint al nou article 39.

El codi d'estatut personal tunisià no recull clarament l'impediment per disparitat de culte com si ho feien altres codis. Es pot admetre però que la referència que es fa a l'article 5 "no han de trobar-se en cap dels casos d'impediments previstos a la llei" permet que es recullin per llei altres impediments no previstos en el propi Codi. A més, la redacció del text en àrab pot fer pensar que aquesta referència a la llei va referida a la xara o llei religiosa. Malgrat aquesta imprecisió una sentència de 31 de gener de 1966 es va encarregar de determinar que el matrimoni entre una musulmana i un no-musulmà era un pecat imperdonable. Finalment, per acabar amb aquesta ambigüitat es va establir la prohibició expressa de matrimoni entre una dona musulmana i un no-musulmà a través d'una Circular Ministerial de 5 de Novembre de 1973.

El Codi Tunisià també manté altres impediments tradicionals com l'impediment per lactància i per triple repudi però amb poca incidència real. En la realitat social actual, la lactància per part d'una dida ja no es produeix i la instauració del divorci judicial, fa que l'impediment per triple repudi perdi aplicació pràctica.

#### Limitació estricta de la poligàmia al Marroc i la seva prohibició a Tunísia.

A la nova Mudawana es manté la poligàmia però s'imposen unes condicions legals i procedimentals que la limiten molt més que en el text anterior.

La poligàmia es prohibeix si ha de causar algun perjudici. Aquesta declaració de bones intencions, no aniria més enllà si no anés dotada d'algunes previsions sobre tot

---

<sup>433</sup> Cal recordar que aquest dret no prové de l'Alcorà i que no havia estat massa ben acollit per les diferents escoles jurídiques (veure pàg. 270-271).

procedimentals i de control real de les condicions dels contraents, que és el que clarament marcava en la legislació anterior.

El fonament últim d'aquesta dràstica limitació de la poligàmia es troba segons els autors del nou text, en el propi Alcorà que ja hem vist posava condicions a la poligàmia.<sup>434</sup>

Aquest mateix fonament però és el que va servir en el seu moment a Tunísia per directament prohibir la poligàmia.

Al Marroc es manté la poligàmia amb la idea de fons que si es prohibís formalment la naturalesa dels homes portaria a que es practiqués una poligàmia de fet, llavors il·legal i sense cap mena de control. Per aquest motiu el millor és mantenir aquest dret formalment però posar-li unes condicions legals molt estrictes perquè es desenvolupi respectant els drets de tots i sense perjudicar a ningú.

El nou text legal en els seus articles 40 i següents estableix un procediment amb intervenció del jutge per assegurar la necessitat de contraure matrimoni amb una segona esposa, les condicions d'igualtat per a totes dues, que no es causi cap perjudici i que no es vulneri el dret de la dona, que va determinar en casar-se que no volia que el seu marit pregués una segona esposa. Comença dient l'article 40 que es prohibeix la poligàmia en cas que es temi falta d'equitat amb totes les dones i també en el cas que la dona hagi exigint la monogàmia com a clàusula matrimonial, ja sigui en l'acta de matrimoni o en un acord posterior.

El marit que desitgi casar-se amb una altra dona, sempre i quan la seva primera esposa no hagi inclòs la clàusula de monogàmia al seu favor, haurà de presentar una demanda al jutge sol·licitant que li autoritzi a casar-se amb una segona dona. En aquesta demanda ha d'exposar els motius pels quals vol casar-se amb aquesta altra dona i, a més, ha d'adjuntar una relació dels seus bens patrimonials.

D'entrada, el jutge no autoritzarà la poligàmia si no creu que hi ha un motiu raonable per casar-se amb una altra esposa. Tampoc l'autoritzarà si el marit no garanteix que té recursos econòmics suficients per tractar a les dues en igualtat de condicions respecte a les obligacions bàsiques d'aliments i habitatge. El jutge també si oposarà si hi ha indicis que es pot produir una situació d'injustícia entre les esposes si s'autoritza.

Abans, però, de prendre la seva decisió el jutge citarà a la primera esposa per tal d'escoltar-la, citant-la un segona vegada si ella no compareix després d'haver rebut en persona la convocatòria o d'haver-la refusat i advertint-la que sinó hi va s'estimarà la

---

<sup>434</sup> Veure pàg. 273 d'aquets treball al parlar de les relacions familiars tradicionals islàmiques.

demanda del seu marit en la seva absència<sup>435</sup>. En aquest cas, i també en el cas de repudi, el nou text cita amb precisió com actuar davant les citacions negatives i/o no rebudes personalment per la interessada. Aquest element juntament amb la fixació d'un procediment judicial per aconseguir l'autorització per casar-se amb la segona esposa, si es fa bé, és el que ha de permetre dificultar la pràctica de la poligàmia. En la legislació anterior, malgrat que la poligàmia no s'afavoria, no s'acompanyava de mesures procedimentals i, per tant, el fet de recollir el consentiment de les esposes s'havia convertit en molts casos en actes fraudulents.

Aquesta realitat de fons és la que fa que el nou text arribi a recollir, que s'aplicaran sancions penals si el marit ha facilitat de mala fe una adreça de l'esposa o ha falsificat el seu nom, malgrat que no s'actui d'ofici i calgui la denúncia de l'esposa perjudicada. Alguns dels casos analitzats, com el de G.<sup>436</sup> demostren que fets com aquests no són tant estranys, sinó més aviat acostumen a passar amb certa freqüència.

Si compareixen els dos, se'ls escoltarà als dos i s'intentarà una solució amistosa que reculli els interessos dels dos; sinó, resoldrà el jutge. El jutge autoritzarà la poligàmia per resolució motivada i no susceptible de recurs si creu que el motiu excepcional al·legat es produeix i es compleixen totes les condicions legals i no es causa cap perjudici. Llavors es registrarà aquesta autorització establint les condicions que s'han de complir a favor de la primera esposa i dels seus fills

Si la primera esposa no accepta la poligàmia i persisteix en demanar el divorci, el jutge constatada la impossibilitat de continuació del matrimoni, reconvertirà l'afer a un procés verbal de divorci i en aquest fixarà la quantitat que li correspongui en virtut dels seus drets i dels seus fills i requerirà al marit perquè la dipositi al tribunal en set dies i llavors acordarà el divorci. Aquesta resolució judicial respecte el divorci no podrà ser objecte de recurs, respecte de la dissolució del vincle per divorci, i aquest divorci esdevé definitiu i irrevocable. Es pot recórrer en apel·lació la part de la resolució que fixa les quantitats debudes a l'esposa i els fills. En aquest cas, la demanda dirigida a l'autorització de la poligàmia queda sense objecte.

Si el marit no fa aquest dipòsit es considera que desisteix de l'autorització per contraure segon matrimoni i el tribunal llavors ha de decidir rebutjar-la.

---

<sup>435</sup> Si el text no és prou clar en aquesta segona citació, la *Guide pratique du code de la famille*, preparada pel mateix Ministeri de Justícia del Marroc, ho acaba concretant en el seu comentari de l'article 43 de l'esmentat codi.

<sup>436</sup> Supòsit de fet de G. explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

Si la primera dona no accepta la poligàmia i no vol el divorci el jutge determinarà d'ofici que se segueixi el procediment de discòrdia previst als articles 94 a 97 del Codi.

Autoritzada la poligàmia després d'aquest procés, perquè es pugui celebrar el segon matrimoni, cal que la nova esposa sigui informada pel jutge mitjançant un acte verbal de què el seu futur marit ja està casat i on consti que ella ho accepta.

Aquest sistema es tanca amb les previsions sobre l'expedient matrimonial previ a la celebració del matrimoni. En aquest cas es recull clarament que cal adjuntar a l'expedient l'autorització de matrimoni poligàmic i es torna a recollir que en cas de frau per obtenir aquesta autorització es pot cometre un delictes.

Malgrat que el text legal diu que aquests delictes es perseguiran a instància de la part perjudicada, impedit així una actuació d'ofici del Ministeri Públic i reduint el nombre de casos en què realment se sancionarà la conducta delictiva, el fet que es reculli aquesta tipificació legal de les conductes fraudulentas en aquests supòsits i es faci en diverses ocasions al llarg del text posa de manifest que el nombre de casos de frau en aquests supòsits és elevada.

Per la seva banda la innovació més gran, que va introduir ja l'any 1956 el codi de Tunísia, és la prohibició de la poligàmia (article 18), que es produeix seguint les teories de Tahar El Maddad<sup>437</sup> i la interpretació que considera que la abolició de la poligàmia no contradiu l'Alcorà. De fet, és el propi Alcorà que va limitar el nombre possible d'esposes, ja que abans es podien perdre un nombre il·limitat de dones i, a més, ho condiciona a seguir el principi d'equitat. D'aquesta interpretació es deriva que la poligàmia no és una situació desitjada per l'Alcorà sinó tolerada o consentida amb limitacions i l'únic que fa el legislador de Tunísia és anar més enllà d'acord també amb l'evolució d'una societat on el que predomina és la monogàmia.

El Codi de Tunísia no es limita, però, a prohibir la poligàmia. El seu text no només determina que està prohibit el matrimoni poligàmic sinó que afegeix que fer-ho és un delictes que comporta un càstig d'un any de presó i una multa (que pot estar sobre els 2.400 francs) o un dels dos càstigs solament, alhora que es castiga també a la segona dona per còmplice amb les mateixes penes si sap de l'existència del primer matrimoni.

---

<sup>437</sup> Teories que es basen en la interpretació de l'Alcorà. Veure H. CHARFI: *Introduction a l'étude du Droit*, en Publications Scientifiques Tunisiennes, Serie Droit Privé núm. 1. Centre d'études de recherches et de publications de la Faculté de Droit et Sciences Politiques et Economiques de Tunis,

#### **d) El dot**

El dot es manté al llarg de les previsions que es recullen en el nou text de la Mudawana, encara que crec que la voluntat del legislador és configurar-la com un dret de la dona, que li dóna la possibilitat de reclamar aquesta quantitat econòmica fins i tot en casos de nul·litat i dissolució del matrimoni.

L'article 13 de la nova Mudawana determina literalment que entre els aspectes que cal que recollir a l'acta del matrimoni s'ha de deixar constància de la no existència d'acord sobre l'anul·lació de la dot. L'article anterior on es contenia aquesta previsió deia que un dels elements constitutius del matrimoni era la fixació del dot i que tot pacte suprimint aquests dret estava prohibit. El canvi de redacció és substancial, però continua mantenint la obligació d'establir el dot. La nova redacció d'acord amb el redactat de l'article 26, dona al dot una valor més simbòlic que econòmic i, per tant, es configura més com una prova de bona voluntat del marit en l'oferta de matrimoni que no com un preu. Fins i tot, l'article 27 permet que no es reculli en l'acta de matrimoni, podent ser requerits amb posterioritat. El dot és propietat exclusiva de la dona que en pot disposar lliurement. Es pot també pactar el pagament del dot, total o parcial i ajornar el seu pagament fins a un termini concret.

Els altres preceptes on es recull alguna previsió sobre el dot estant bàsicament en les previsions exactes que ha de contenir el mandat quan el matrimoni se celebra a través de mandatari i després en seu de nul·litat i dissolució del matrimoni. Així, en l'article 60 de la nova Mudawana trobem precisions sobre el dot en cas de matrimoni viciat, on es diu literalment que el matrimoni viciat es dissol i que no es pot donar el dot si no es compleixen les condicions legals perquè el matrimoni sigui validat. En el cas de la dissolució del matrimoni per repudi l'article 84 del nou text determina clarament que el dot diferit (és a dir el que s'ha pactat a pagar en un termini) és un dels drets de la dona.

En cas de dissolució matrimonial per la fórmula del *khol* havent acordat aquest tipus de dissolució però no existint acord en l'import de la compensació, la quantitat que s'hagi donat a la dona com a dot pot ser utilitzada per valorar per part del jutge la quantitat que ella li ha de donar al marit.

Aquestes reformes no afecten de manera clara a la configuració de la naturalesa del dot. Els articles 16 i 17 de l'antiga Mudawana no estan entre els que s'han

---

1983, pàgs. 62-86 i 91-94. Citat a MOTILLA, AGUSTÍN i LORENZO, PALOMA: *Derecho de Familia Islámico - Los problemas de adaptación al Derecho español*. Ed. COLEX- 2002

modificat, encara que s'han renumerat i canviat d'ubicació, però a la vista dels altres canvis que afecten a la relació home-dona en el sí de la família, que si suposen un primer canvi de visió real respecte de la família tradicional, la configuració jurídica del dot entenc s'ha de fer també amb noves perspectives i amb una idea més oberta de la família on la dona ja no depèn de l'home a nivell legal i on no hauria de tenir cabuda l'existència d'un dot com a una mena de preu en el contracte de matrimoni. A més del nou redactat permet que el dot sigui pactat de manera simbòlic.<sup>438</sup>

A Tunísia, el dot continua sent obligatori, mantenint així un dels elements tradicionals dels matrimoni islàmic. Pot tractar-se de qualsevol bé lícit avaluable en diners sense que es pugui limitar per un màxim.

La fixació del dot és un dels requisits de validesa del matrimoni (article 3).

El dot pertany a l'esposa. Si no s'ha pagat el dot el marit no pot obligar a la seva esposa a consumir el matrimoni.

La falta de pagament del dot no és causa de divorci.

#### **e) Necessitat d'igualtat entre contraents.**

No es conté cap clàusula expressa en aquest sentit en el Codi d'estatut personal de Tunísia.

La nova Mudawana tampoc recull cap expressió concreta referida a aquests aspecte entre els punts que han estat objecte de reforma.

#### **f) La possibilitat d'introduir clàusules especials en el moment de contraure.**

L'article 11 del Codi Tunisià, contempla aquesta possibilitat. Les clàusules que es poden introduir poden anar referides tant a les persones com als bens. Per això es pot aprofitar aquestes clàusules per fixar per exemple pactes en relació al règim matrimonial com si es tractés d'unes de capitulacions.

A més el propi article determina que l'incompliment d'aquestes clàusules és causa de divorci en qualsevol cas, encara que si es produeix abans de la consumació del matrimoni no dóna dret a cap mena d'indemnització.

La nova Mudawana no recull cap nova previsió en aquest sentit, entenent-se que continuen essent vàlides les disposicions legals que ja possibilitaven aquestes pràctiques. L'article 47 ho permet en establir la possibilitat de clàusules sense una llista

---

<sup>438</sup> Aquesta es la percepció per exemple de DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. DEL PILAR – *La nueva Mudawana marroquí y el derecho internacional privado*. REDI vol LVI /2004), 2.



taxada. Ara bé, aquest nou text preveu també que aquestes condicions siguin difícils de complir i es pugui llavors demanar al jutge de modificar-les o d'excusar-ne el seu compliment, excepte la clàusula de monogàmia, que només pot ser renunciada per la pròpia dona.

**g) Facilitats pels matrimonis de marroquins que se celebrin a l'estranger.**

En l'antic text de la Mudawana no es contemplava res al respecte. L'únic text que es podia considerar aplicable de refiló o per analogia era fora del Codi d'Estatut Personal el *Dahir* 1.0.20-60 de 4 de mars de 1960, referit però als matrimonis mixtes.

Evidentment, la immigració ha posat de relleu la necessitat de suprimir algunes de les exigències en la celebració del matrimoni als residents marroquins a l'estranger i sobretot en països no islàmics, que facilitin el reconeixement del matrimoni celebrat tant al país d'origen com al país de residència. Facilitació de tràmits que fonamenten en les pròpies paraules del Profeta.

La realitat social mostra però que fins ara, la majoria de matrimonis, fins i tot entre dues persones ja residents a Espanya, se celebren al Marroc aprofitant les vacances per fer una gran festa a l'estil tradicional. Dels casos analitzats totes les parelles havien contret matrimoni al Marroc, a excepció d'un cas que ho van fer al Consolat marroquí a Madrid i un altre al Centre Islàmic de Barcelona, descomptant també els matrimonis mixtes.

Les facilitats que es donen als marroquins residents a l'estranger a l'article 14 de la nova Mudawana és que puguin celebrar matrimoni segons les formalitats administratives del país de residència però respectant uns mínims: que es produeixi realment el consentiment, que es garanteixi l'aptitud del *wali* si és que aquest hi és present, que no hi hagi impediments legals, d'acord amb la legislació marroquina, i que es respecti el dot, havent a més de ser presents dos testimonis musulmans.

Aquestes previsions van encaminades a respectar uns mínims del matrimoni islàmic podent-se celebrar amb una altra cerimònia. Són condicions que no examinaran als països de residència, sinó les pròpies autoritats marroquines quan es demani la inscripció, reconeixement d'aquest matrimoni.

Previsions que també es podien complir a través de la celebració de matrimoni consular a on van acudir BP. i el seu marit <sup>439</sup>

---

<sup>439</sup> El supòsit de fet de BP. està explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.

En el cas Espanyol el fet de permetre la celebració del matrimoni en forma religiosa musulmana i possibilitar la inscripció d'aquest al registre civil espanyol, ha de facilitar ja de per si la inscripció d'aquest matrimoni a l'estranger. Aquest és el cas de K i M.

*Supòsit de fet: K. és una jove marroquina que resideix a Espanya des de l'any 2000 amb permís de residència en regla i pendent d'obtenir ja el permís de residència permanent. M. és un jove marroquí que té cosins i germans a Espanya i que decideix venir a provar fortuna. Quan coneix a K. porta dos anys residint a Espanya sense papers. K. i M. decideixen casar-se i ho fan l'any 2003 al Centre Islàmic de Barcelona. Després decideixen iniciar els tràmits per inscriure aquest matrimoni al registre civil espanyol.*

En casos com aquests la solució entenc que era fàcil. Dos marroquins residents a Espanya es casen al centre islàmic de Barcelona, que entenc que ha de analitzar les condicions de fons segons la religió islàmica per autoritzar aquest matrimoni. Aquests condicions no seran estrictament les recollides a la legislació marroquina però si les mínimes a respectar en un matrimoni islàmic: existència de consentiment, presència de testimonis musulmans i existència de la dot. El registre civil espanyol no comprovarà aquestes condicions sino les necessàries per a la inscripció a Espanya, perquè l'únic que es reconeix és la forma islàmica i un cop inscrit aquest matrimoni produirà a Espanya efectes civils a l'igual que passa amb el matrimoni canònic.

El reconeixement i inscripció d'aquest matrimoni al Marroc ha de ser fàcil, ja que s'ha celebrat d'acord amb les previsions islàmiques que inspiren en el seu dret de família i s'hauran respectat fins i tot els condicionants de fons.

El nou article 14 de la Mudawana entenc que ha de portar més canvis en altres països europeus on no es reconeix la forma islàmica del matrimoni, encara que no entenc com es pot admetre que se celebri un matrimoni segons els procediments administratius de l'estat de residència i alhora demanar a l'autoritat competent en aquest estat que s'asseguri que el matrimoni que celebra entre dos marroquins compleix els criteris de fons de l'article 14 de la nova Mudawana. La comprovació d'aquest fet només es podrà fer per les autoritats marroquines en demanar la inscripció del matrimoni al seu país. En tot cas, la nul·litat només es podrà predicar d'aquells matrimonis per manca de consentiment, per l'existència d'impediments legals i per l'existència de pacte acordant la supressió del dot. Si manca algun altre element dels requerits s'entén que es podrà després validar. Això passarà sovint, per exemple, amb la qüestió del dot. En els països d'acollida no es farà constar cap pacte suprimint el dot,

sinó simplement no és farà cap esment. En aquest sentit, d'acord amb l'article 27 o 60 de la Mudawana es podrà fixar el dot després i quedarà validat.

### **La relació dels cònjuges durant la vida matrimonial.**

És en aquest punt on s'ha introduït la variació més substancial pel que fa a la figura tradicional de la família en la Mudawana marroquina.

Encara que ens pugui semblar des de la perspectiva de la nostra societat, que les previsions jurídiques en aquest sentit només són declaracions de principis, el cert és que aquestes definicions o principis són les que acaben configurant el model de família que recull un text legal.

#### **a) Responsabilitat compartida de la família.**

En la legislació anterior la responsabilitat de la família era del marit. L'esposa li devia obediència i fidelitat. Ell era l'obligat a la manutenció de la família i ella la responsable de llar i de l'al·letament dels fills.

La nova regulació estableix que la família és responsabilitat conjunta dels dos cònjuges amb la voluntat així de fugir de la possible discriminació per raó de sexes, però mantenint en el fonament el caràcter tradicional ja que aquest canvi el justifiquen no amb la constatació d'una realitat social que demana un model de família diferent a la clàssica sinó amb la tradició del Profeta que afirma que els homes han de tractar honrosament a les dones.

Sigui com sigui i malgrat el fonament que utilitzin el cert és que el nou model de família que sorgeix de la nova Mudawana és sensiblement diferent del que s'ha descrit fins ara.

Es el nou article 4 que determina que el matrimoni és un contracte legal pel qual un home i una dona consenten mútuament a unir-se en vista d'una vida conjugal comuna i durable i que té per objectiu la vida en la fidelitat, la puresa i la fundació estable de la família, sota la direcció dels dos esposos d'acord amb les disposicions del mateix codi.

En conseqüència, el nou text també elimina la diferència de drets entre l'esposa i l'espòs que es contenien als antics articles 34, 35 i 36, recollint en un sol article (51) els drets i deures recíprocs dels dos cònjuges, dels que es desprèn que el model de família que vol instaurar la nova Mudawana és un model basat en la responsabilitat compartida

de l'home i la dona. Així, desapareix el deure d'obediència de l'esposa al marit i també el deure de manutenció del marit a l'esposa, i s'instauren drets recíprocs de convivència en harmonia, fidelitat mútua, mútua responsabilitat de preservar l'honor de la família i dret igualment comú a la descendència. També existeix obligació comuna de rebre i visitar les respectives famílies dintre dels límits dels costums, d'educar als fills i contribuir al sosteniment de la llar. Per tant, el nou text legal determina que s'han de prendre conjuntament els acords per les decisions que afectin a la família, als fills i en general els criteris de planificació familiar, instaurant aquest mateix article també drets recíprocs d'herència entre els cònjuges.

Per la seva banda, el Codi d'Estatut Personal de Tunísia malgrat la seva gran innovació en altres aspectes, en aquest punt i, fins i tot, després de diverses modificacions, és on la idea tradicional de família i la repartició de rols i espais femenins i masculins continua més present, encara que amb matisacions.

En un inici malgrat la introducció de novetats importants per l'època (1956) es mantenia la idea tradicional de família en què la dona s'ocupava de la casa i el marit de suportar el pes econòmic, perpetuant així la separació d'espais. En el primer text mantingut fins fa poc la dona continuava sotmesa a l'obediència del marit que l'havia de tractar amb benevolència i evitar de fer-li cap perjudici, i era el marit qui havia de suportar les càrregues del matrimoni i atendre a les necessitats de la dona i els fills segons les seves facultats i l'estat de la dona, podent l'esposa contribuir també a les despeses de la llar si tenia bens propis.

La reforma de 1993 va canviar aquesta configuració de la família, suprimint el deure d'obediència i, a més, essent de nou el primer país de la zona que donava aquest pas.

Per tant, en la redacció actual aquesta idea de família tradicional s'ha matisat. L'article 23 parla de les obligacions recíproques dels esposos i desapareix el deure d'obediència de la dona respecte del marit, determinant que ambdós dos cònjuges s'han de tractar amb benevolència i sense causar-se cap perjudici i que són també tots dos que cooperen en la gestió i decisió dels afers familiars inclosos l'educació dels fills i transaccions financeres.

El mateix article manté però la figura del marit com a cap de família i com a conseqüència d'aquesta posició familiar el fa responsable del sosteniment econòmic de l'esposa i els fills dintre de les seves possibilitats. Aquesta obligació de manutenció està per altra banda àmpliament regulada en el llibre IV del propi codi que dedica

exclusivament a l'obligació de manutenció. El marit, en conseqüència, està obligat a la manutenció de l'esposa des de la consumació del matrimoni i, fins i tot, durant el període de continència si es produeix el divorci.

El mateix article 23 fixa també que la esposa ha de contribuir a les despeses familiars si té bens propis, deixant clar a més que el marit no té cap poder de disposició sobre els bens propis de la seva esposa.

L'article 25 recull un sistema de resolució de conflictes familiars entre marit i esposa que preveu la intervenció de dos àrbitres que intenten reconciliar-los i que informen al jutge de la seva gestió.

### **b) El règim econòmic matrimonial**

A la nova Mudawana en relació a les relacions patrimonials i econòmiques del matrimoni tot i mantenir-se el principi de separació de bens s'introdueixen reformes:

Els patrimonis del marit i de l'esposa continuen sent separats, però ara es permet que en document a part de l'acta de matrimoni pactin quin volen que sigui el sistema de propietat dels bens que adquireixen durant aquest. S'introdueix així la possibilitat d'atorgament d'un document similar a les nostres capitulacions matrimonials que permet fixar el que serà el règim econòmic del matrimoni. S'admet aquest acord perquè es recolza des del propi *fiqh* i pel principi d'autonomia de la voluntat, però no suposa en cap cas que s'admeti una comunitat de bens.

Fora d'aquest pacte no s'instaura cap règim econòmic matrimonial. És més, sembla que en defecte de pacte no queda clar que passa. Per tant, gairebé la situació encara és més complicada que abans. El nou article 49 literalment obre la possibilitat del pacte anteriorment descrit però en defecte d'aquest només diu: que s'utilitzaran tots els mitjans de prova habituals i es tindrà en compte els ingressos del treball cada un, les càrregues que han assumit pel creixement dels bens de la família i els esforços fets en la contribució de les despeses i càrregues familiars. En cap cas, però, entraran en aquests drets els bens que posseïssin cada un d'ells abans de casar-se i només es poden qüestionar els bens adquirits durant el matrimoni. L'avaluació d'aquests esforços i aportacions correspon al tribunal i no suposa automàticament la partició en parts iguals.

Entenc, doncs, que continua sense existir cap règim econòmic matrimonial i que en cas de conflicte tot està obert.

A la vista d'aquesta regulació hi ha ja residents marroquins a Espanya que s'han començat a preguntar que passa amb els seus bens al Marroc. Aquest és el cas de la consulta feta per MD.

***Supòsit de fet:** MD és un noi marroquí que es va separar de la seva esposa també marroquina mitjançant un conveni regulador de mutu acord aprovat per sentència judicial d'un jutjat de Mataró, aplicant directament dret espanyol. La separació no ha estat gaire amistosa malgrat el conveni signat. Manifesta que la seva dona treballa en negre i que, a més, té llogades habitacions en el domicili conjugal, des que ell va marxar. Les visites al fill menor comú es compleixen amb dificultats perquè segons ell explica, la seva dona sempre li posa entrebancs. Ell paga la pensió d'aliments pel fill i la hipoteca del domicili conjugal, però també paga el seu nou habitatge i diu que té un sou fix en una empresa amb contracte indefinit que no li arriba per a tot. Vol plantejar el divorci de la seva esposa i aprofitar per canviar aquestes condicions econòmiques. Bàsicament ell el que vol és no haver de pagar la hipoteca del que va ser el domicili conjugal. Intenta un acord amb ella que li retreu que ell té uns diners al Marroc i que ara ella ha sentit que amb la nova llei marroquina ella té dret a la meitat d'aquests diners.*

***Petició formulada:** consulta.*

A la vista de la regulació de la nova Mudawana no es resol clarament el conflicte sobre aquests diners que el marit té en un banc del Marroc a nom seu. És evident que donat que els patrimonis són separats i que no hi va haver acord per escrit en el moment de contraure matrimoni es podria plantejar un conflicte sobre aquests bens, però l'esposa hauria de provar la seva participació en aquest estalvi. Es considerarà o es valorarà la contribució de l'esposa a les feines de la llar com a participació en aquest estalvi i, per tant, dret a rebre una part? Haurem d'esperar que és el que diu la jurisprudència marroquina, però és evident que a la vista de l'article 49 no s'està recollint un mena de compensació o indemnització similar a la recollida al Codi de Família de Catalunya, sinó únicament i exclusiva la possibilitat de què es demostrï la participació d'un o altre en els bens adquirits durant el matrimoni.

Per tant davant la consulta formulada per MD, no hi ha una resposta contundent, però és evident que si la dona vol reclamar una part d'aquests diners ho pot fer i caldrà esperar que decideix el jutge.

A Tunísia a l'igual que en els altres codis de la zona, no existeix pròpiament un règim econòmic matrimonial. Regeix una estricta separació de bens deixant clar que el marit no té cap dret d'intervenció ni d'administració en els bens de l'esposa, però també a la inversa. Per tant, no hi ha determinada cap possibilitat de compensació ni d'indemnització.

A diferència potser d'altres codis (i a l'igual de la possibilitat que dona la nova Mudawana marroquina) l'article 11 ens deixa clar que és possible pactar clàusules econòmiques en el moment de contraure, possibilitat que seria important aprofitar per fixar el més bàsic d'un règim econòmic matrimonial i més tenint en compte que el sistema per determinar els bens que es troben en el domicili conjugal en cas de conflicte és molt curiós.

L'article 26 determina que si no hi ha proves i sota jurament es donaran a l'home els bens que habitualment pertanyen als homes i igualment amb la dona, que rebrà els bens que habitualment pertanyen a la dona. Els que no es puguin determinar si són d'homes o de dones, sota jurament es dividiran entre els dos.

Només concreta que si al domicili conjugal hi ha mercaderies aquestes es donaran al marit comerciant. Res especifica, en canvi, si resulta que és la dona la que és la comerciant.

### **La ruptura del vincle matrimonial.**

La nova Mudawana introdueix també importants canvis en el que es refereix en el moment de la ruptura del vincles matrimonial, tant en els causes que ho permeten com en els procediments a utilitzar.

Cal recordar que en el text abans de la reforma el principal punt conflictiu a l'hora d'aplicar a Espanya la llei marroquina no era la impossibilitat de divorci per part de la dona, sinó les diferents causes per home o dona a l'hora de demanar-lo, o millor dit l'absència de cap causa pel marit i la necessitat d'acreditar i provar per part de la dona unes causes taxades.

A Tunísia, en canvi, és en aquest punt on s'introdueix una igualtat més gran entre home i dona, ja que s'elimina la diferència de causes entre home i dona per accedir al divorci, desapareixent el repudi.

Les causes de divorci que es recullen es poden justificar àmpliament d'acord amb la tradició islàmica i les disposicions alcoràniques.

La igualtat en la indemnització en cas de divorci pel perjudici sofert es va canviar per una discriminació positiva cap a la dona, fruit de la seva situació social.

#### **a) Les causes de dissolució del vincle matrimonial al nou text de la Mudawana.**

Amb caràcter general l'article 70 de la nova Mudawana determina que la dissolució del matrimoni per divorci o repudi ha de ser com a mesura excepcional, determinant així que l'ideal és el manteniment de la família, ja que entre els fonaments religiosos d'aquesta reforma es troba les paraules del Profeta dient que el divorci és un acte execrable. Per tant, la reforma legal pretindrà donar solucions als conflictes familiars però entenent si més no a manera de declaració de principis que la dissolució del matrimoni no és el més desitjable. Aquest fonament de fons el que comportarà és l'establiment de controls en la dissolució i la fixació d'intents de conciliació previs, però no prohibeix ni el divorci, ni el repudi.

El nou article 71 és el que determina que el divorci, el repudi i el *khol* (repudi per compensació) són causes de dissolució del matrimoni. Malgrat les declaracions d'igualtat i les normes que es fixen a continuació per tendir a una equiparació home-dona també en el moment de la dissolució del matrimoni es continua parlant de divorci i de repudi. En molts casos el problema és fruit de la dificultat de la traducció. El propi article 78 determina que el divorci i la dissolució dels vincles del matrimoni s'exerciten per l'espòs i l'esposa continua dient que ho faran segons les condicions a les que cada un estan sotmesos i, per tant, es continua mantenint sobre el paper la diferència de causes entre home i dona, encara que després les condicions que es fixin tendeixen a disminuir clarament les diferències dels seus efectes.

#### **b) El repudi a la nova Mudawana.**

Regulat als nous articles 79 a 93, es manté com a prerrogativa del marit, però se'l sotmet a condicions per controlar el seu exercici i evitar que sigui abusi i que es converteixi en un acte unilateral del marit en perjudici de l'esposa.

El repudi continua sent, doncs, una causa per sí sola de dissolució del vincle matrimonial, no s'elimina ni se suprimeix. A l'empara de la tradició profètica de considerar el divorci com un acte no correcte i que no agrada a Deu, se'l limita però no s'aboleix.



Qui vulgui exercitar el repudi haurà de demanar autorització al jutge, precisant la interpretació del text que aquesta autorització és per assegurar-se de la seva equitat i per assegurar també els drets de la dona no per determinar o no el dret el repudi que és un acte voluntat del marit. És a dir, que no se li podrà prohibir en sí el repudi, sinó que se li demanarà que aquest compleixi les característiques necessàries per respectar els drets de la dona i per evitar que sigui abusiu.

Per aquest motiu, juntament amb la demanda sol·licitant aquesta dissolució del matrimoni cal que s'adjunti el nom i adreça de l'esposa però també el nombre de fills que es tenen i la seva edat i els documents de prova sobre les obligacions financeres i econòmiques dels esposos.

Un cop el jutge rep aquesta demanda de repudi (divorci) convoca a les parts a una vista per intentar una conciliació, confirmant la idea que el millor és el manteniment de la família. Per citar a la dona, es consignen previsions per evitar que aquesta citació es faci de manera fraudulenta, determinant que aquests actes poden ser delictius.

Un cop citats personalment els dos, si no compareix el marit se'l té per desistit. Si no compareix l'esposa, degudament citada, i no ha fet arribar cap comunicació per escrit exposant el que ella vol, intervindrà el Ministeri Fiscal i es resoldrà igualment l'expedient, indicant-li a la dona que es dictarà igualment sentència.

Compareguts els dos, el jutge ha d'utilitzar tots els mitjans possibles per a la conciliació, inclosos l'audiència als testimonis que consideri útils, i si el matrimoni té fills, les temptatives de conciliació són dues separades per períodes de 30 dies. També pot delegar a dos àrbitres d'entre els parents dels dos cònjuges perquè intentin una reconciliació, assegurant-se de la moralitat de les persones escollides. Si no hi ha cap persona entre els membres de les famílies que pugui fer aquesta funció es pot cridar a tercers habilitats per exercir com a àrbitres i pot cridar també al consell de família.

Si hi ha acord o reconciliació aquest es consigna en un acte que registra el propi jutjat. Si no hi ha acord el tribunal fixa una quantitat que el marit ha de consignar al jutjat en el termini de 30 dies i que es fixa d'acord amb els drets de l'esposa i els fills i per tal d'assegurar aquests.

Com a conseqüència del repudi, la dona té dret al dot fixat a termini, a una pensió durant el període d'*idda* (que en el cas de la dona embarassa s'allargarà fins el moment de donar a llum) i a un do de consolació que es fixarà en funció de la durada del matrimoni, la capacitat econòmica del marit i les causes del "divorci" i el grau d'abús del marit en exercir el repudi. Aquesta previsió s'assembla més a la compensació

o indemnització recollida en el Codi de Família català que a una pensió compensatòria. De fet, aquesta quantitat és una indemnització per a la dona pels perjudicis que li causa el divorci, que prové del propi Alcorà que imposa aquest deure.<sup>440</sup>

Durant el període d'*idda* l'esposa ha de continuar vivint al domicili conjugal o en cas de necessitat en un altre lloc adequat a les necessitats de la dona i a les possibilitats del marit. En cas de no fixar-se res al respecte el tribunal fixa les quantitat de despeses d'allotjament per a aquest període i el marit l'ha de consignar al jutjat.

També es garanteixen les despeses dels menors prenent com a base la seva situació escolar i econòmica abans del divorci. S'han d'incloure els aliments i l'alletament, però també les despeses de l'habitatge o la previsió d'un lloc on visquin i la renumeració del dret de guarda. Aquesta previsió s'ha de posar en relació amb les que es contenen més endavant en els articles 168 i 190 del propi codi.

Si el marit no pot complir amb aquestes obligacions econòmiques se'l fa desistir de la seva intenció de repudiar i es recull així en l'acte judicial. D'aquesta forma malgrat tenir el marit una prerrogativa que li permet demanar el repudi sense justificar cap causa específica, se li limita aquest dret si en exercir aquesta prerrogativa que el Codi no elimina, no garanteix els drets de l'esposa i dels fills.

Un cop fet aquest dipòsit el tribunal dictarà una resolució motivada indicant, apart de les dades personals dels dos cònjuges i un resum de les seves pretensions, la data del repudi, si la dona està embarassada o no, el nom i edat dels fills, qui en té la custòdia, el règim de visites i els drets de la dona i les despeses de la *hadanna* després del període d'*idda*.

### **c) El repudi de la dona per delegació del marit.**

Aquesta és una possibilitat que existeix sobre el paper però que rara vegada es produirà. Alguns autors consideren que de fet aquest és un tema tabú<sup>441</sup>. No és un possibilitat nova, però ara es recull de manera més concreta i s'hi dedica tot un article (el 89) a regular aquesta possibilitat.

El procediment a seguir serà el mateix establert pel repudi masculí, però en aquest cas el tribunal haurà d'assegurar-se que es compleixen les condicions del dret d'opció exercit per la dona.

---

<sup>440</sup> Sura II, 236 i 241.

<sup>441</sup> Veure ZEKRI, H.: *El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes*. REDI vol LVI (2004) I.

S'intentarà igualment arribar a una conciliació, però si no és possible autoritzarà a la dona a constatar el divorci davant dels notaris i dictarà una resolució sobre els drets de la dona i els fills d'acord amb les condicions que ja s'han exposat i que es recullen a l'article 84 i 85 de la mateixa Mudawana.

El marit no pot impedir a la seva dona exercir el dret d'opció una vegada hi hagi consentit i tampoc li pot retirar.

#### **d) Supressió del repudi com a dret unilateral del marit en el Codi de Tunísia.**

El codi tunisià, en canvi, i a l'igual que feia en la poligàmia, no es limita a limitar el dret del marit sinó que suprimeix totalment el repudi unilateral del marit i estableix al seu article 30 que "el divorci només pot tenir lloc davant d'un jutge".

Cal destacar que s'elimina formalment el repudi. No es tracta que el marit pugui exercir el seu dret de repudi però posant-li traves per limitar la seva unilateralitat o per acordar-lo judicialment a través d'un procediment contradictori, sinó que simplement se suprimeix.

La causa de dissolució del matrimoni no és el repudi (amb limitacions) i el divorci, sinó única i exclusivament el divorci judicial amb les mateixes causes i procediments comuns tant per homes com per dones.

#### **e) Khol o repudi per compensació a la nova Mudawana.**

Aquesta era una causa de dissolució del matrimoni diferenciada del repudi i del divorci. En l'article 71 s'hi refereix com a repudi per compensació, en canvi els articles que el regulen pròpiament parlen de divorci per compensació i, a més, estant dintre de la rubrica del divorci.

Aquest canvi constant de paraula per referir-se tant el repudi com al divorci, fruit a vegades de la dificultat de la traducció<sup>442</sup>, dificulta una mica la configuració separada d'aquestes dues figures que sí distingeix clarament l'article 71, almenys respecte de l'anomenat *khol*.

El *khol* és la dissolució del matrimoni que es permet a l'esposa mitjançant una compensació econòmica al marit. Aquesta possibilitat sembla que deriva del propi

---

<sup>442</sup> El text original és en àrab i a finals del 2005 encara no hi havia publicada ni tan sols la versió oficial en francès, malgrat que el Ministeri de Justícia del Marroc té feta una traducció del text i una guia per a la seva aplicació també en francès (veure la pàgina web del Ministeri de Justícia: [www.ejustice.justice.gov.ma](http://www.ejustice.justice.gov.ma)).

Alcorà<sup>443</sup> i, per tant, ja estava recollida en el text anterior, el que es fa ara és un cop més introduir condicions per evitar els abusos al que es veien sotmeses moltes dones. La nova Mudawana recull la possibilitat de divorci consensual, per la qual cosa entenc que l'ús d'aquesta figura decaurà. De fet, la nova Mudawana considera que l'exercici del *khol* és una altra forma de posar fi al matrimoni de manera consensual.

Si la dona és major d'edat és vàlid el seu consentiment respecte a la compensació a pagar. Si és menor d'edat no haurà de pagar la indemnització sinó és amb l'aprovació del seu tutor legal.

La dona podrà recuperar la quantitat que ha pagat si demostra que ha estat víctima de coerció, pressió o sevícies per part del seu marit en exigir-li aquesta quantitat, però el divorci és igualment vàlid i executori malgrat que s'hagi tornat la quantitat pagada al marit. Aquest dret per a la dona té el seu fonament en el propi Alcorà.<sup>444</sup>

A l'igual que el dot, tot allò que pot ser objecte d'una obligació pot servir de contrapartida en exercir el *khol*, sense que pugui ser un abús o una exageració

En cas d'utilitzar el *khol* cal garantir els drets dels menors i, per tant, si la esposa és pobre no es pot pactar cap contrapartida respecte dels drets dels nens. Si malgrat tot ha donat en compensació la pensió d'aliments dels fills perquè ella en aquell moment tenia possibilitats econòmica i després un cop ja trencat el matrimoni, no pot mantenir els seus fills, serà obligació del pare fer-ho no podent obligar-la a reprendre la vida conjugal, sense perjudici de poder després demanar la restitució a la mare si assoleix millor fortuna.

Si no hi ha acord sobre la contraprestació econòmica es podrà recórrer al jutge que després d'un intent de conciliació dictarà sentència per tal que s'executi aquest repudi per compensació, després de fixar l'import d'aquesta compensació tenint en compte, l'import del dot, les capacitats materials de l'esposa, la durada del matrimoni i les causes de la seva petició de *khol*. Si la dona és menor el tribunal ha de tenir en compte el seu interès a l'hora d'avaluar la compensació. Si malgrat tot el marit es nega a acceptar aquesta dissolució del matrimoni i ella vol continuar amb el *khol* podrà recórrer

---

<sup>443</sup> Sura II, 229: "Si temeu que no observin les lleis de Deu, no hi ha inconvenient en què ella obtingui la seva llibertat indemnitzant al seu marit" Traduit per mí de la traducció al castellà de: *EL CORÁN*. Edició preparada per Julio Cortés. Editorial Herder 1986.

<sup>444</sup> Sura IV, 19 i 24.

al procediment de desunió<sup>445</sup>, sense que sigui necessari obrir un nou dossier sobre aquest afer.

#### **f) El divorci que recull la nova Mudawana**

L'article 98 continua fixant unes causes taxades pel divorci de les dones, que són: l'incompliment de les condicions pactades en l'acte de matrimoni, per perjudicis o maltractes, la no manutenció, absència del marit, vicis redhibitoris i jurament de continència.

##### Divorci per perjudicis o sevícies.

En el cas del divorci davant dels perjudicis o maltractaments patits per l'esposa, s'entén que qualsevol incompliment del pactat en l'acte de matrimoni és un perjudici que justifica el divorci i també ho són qualsevol tracte degradant, infamant o contrari a les bones costums que causi un perjudici tan material com moral a l'esposa. S'estén així el concepte de perjudici on queden inclosos els actes de violència física, però també els de violència moral com els insults, injúries o els que obliguen a fer un acte prohibit per Deu. També és perjudici l'incompliment per part del marit de les clàusules no obligatòries i que s'han recollit voluntàriament a l'acta matrimonial, com per exemple la de permetre l'estudi o el treball a la dona o de no obligar-la a marxar a viure a un país estranger.

Per a provar aquests perjudicis s'admeten tots els mitjans de prova habituals, inclosos els testimonis, les presumpcions i el recurs a perits o experts. Per establir el perjudici no cal que aquest sigui repetit, l'important és que sigui impossible la vida conjugal a causa del mateix. Si la dona no aconsegueix provar-ho, però insisteix en el divorci pot recórrer al procediment de desunió, sense que calgui obrir un nou expedient.

Si s'aconsegueix provar el perjudici i s'acorda el divorci, en la mateixa sentència es pot fixar l'import que li correspon a l'esposa com a indemnització.

---

<sup>445</sup> Terme utilitzat en el text segons la traducció al català (nota). En el text en francès el terme utilitzat és el terme discòrdia. La idea d'aquest procediment és que quan un dels dos cònjuges persisteix en la seva voluntat de divorciar-se per existir un punt greu de discòrdia entre ells, poden recórrer al jutge que intentarà primer una reconciliació que es pot dur a terme escoltant testimonis o remetent la qüestió a dos àrbitres o al consell de família. Si hi ha fills es faran dues temptatives de reconciliació espaiades per 30 dies cada una. Si malgrat tots els intents no hi ha reconciliació el jutge acabarà dictant el divorci establint les obligacions dels cònjuges, respectant els drets d'esposa i fills i avaluant per a fer-ho la responsabilitat de cada un d'ells en el trencament.

### Divorci per falta de manutenció.

Es manté la causa de no manutenció per part del marit però s'introdueixen alguna canvis.<sup>446</sup> Si el marit té bens abans d'acordar el divorci es procedirà a embargar-los perquè la dona cobri. Es pronunciarà el divorci si el marit es nega a mantenir la seva dona sense justificar que no té bens. En cas que el marit sigui insolvent, el tribunal li donarà un termini màxim de 30 dies perquè pagui la manutenció debuda. Si no ho fa, el tribunal pronunciarà el divorci. També pronunciarà el divorci en el cas que el marit es negui a pagar la pensió alimentària i al·legui ser indigent sense provar-ho.

### Divorci per absència del marit.

Es permet també el divorci a l'esposa en cas d'absència del marit durant més d'un any. Desapareix a l'article 104 de la Mudawana la referència que abans es recollia de què calia que estigués en un lloc conegut. L'absència que dona lloc al divorci pot tenir excusa o no. El perjudici que pateix la dona a causa de la llunyania del marit durant més d'un any és suficient motiu de divorci, fins i tot encara que el marit hagi deixat els mitjans necessaris per a la seva manutenció.

També es permet el divorci en el cas de condemna de presó superior a tres anys un cop ha passat un any de la seva detenció. També pot demanar el divorci sigui quina sigui la pena passats 2 anys de la detenció del marit. El fonament d'aquesta causa continua sent l'absència del marit encara que sigui per una causa clara. El ritus malikita no distingeix de l'allunyament voluntari o del que és imposat, forçat o coercitiu.

### Divorci per vici redhibitori.

També és causa de divorci l'existència d'un vici que l'esposa desconeixia en el moment de casar-se i que un cop conegut no ha fet cap acte que impliqui la seva acceptació. Aquests vicis són de dues classes: els que impedeixen tenir relacions conjugals íntimes i els derivats de malalties que poden provocar un perill per la vida de l'altre o en la seva salut i que no es preveu que es pugui guarir en el termini d'un any. En aquests casos si no hi ha hagut consumació, la dona no pot reclamar la dot. Si hi ha hagut consumació pot reclamar una part del dot a la persona que la va enganyar o li va amagar el vici existent.

---

<sup>446</sup> Es considera que aquesta causa de divorci té el seu fonament en el propi Alcorà i com a recolzament se cita la Sura II, 229.

Ara el text de la Mudawana recull el recurs a metges, perits i experts per apreciar el vici o malaltia invocats.

Si un cop conegut el vici s'hagués acceptat tàcitament, continuant la vida conjugal, no s'accedirà al divorci.

#### Divorci per jurament de continència del marit.

La causa de divorci basada en el jurament de continència per part del marit continua regulada en els mateixos termes. Si el marit jura no complir amb els seus deures matrimonial íntims, la dona pot demanar al divorci al tribunal, que donarà al marit un termini de quatre mesos perquè compleixi amb els seus deures. Si passat aquest termini no ho ha fet, el tribunal decretarà el divorci.

En tota la regulació d'aquestes causes de divorci desapareix en el text la referència a si es tracta de divorci revocable o irrevocable, però, en canvi, quan es parla dels efectes del divorci continua recollint-se que en cas de divorci revocable el marit pot reprendre a la seva esposa. Davant d'aquesta redacció haurem d'entendre que les classificacions de divorci revocable i irrevocable de l'anterior legislació segons la causa de divorci són igualment aplicables, ja que les causes de divorci es mantenen, encara que variant alguna cosa. Així, són irrevocables el divorci pronunciat pel tribunal per vici redhibitori, per maltractaments o incompliment de les condicions fixades a l'acta del matrimoni i el divorci per absència del marit. En canvi, el divorci per manca de mantenció i el divorci per jurament de continència seran revocables. El repudi és revocable a excepció del repudi fet abans de la consumació, el repudi per compensació (*khol*), el repudi fet per l'esposa en l'exercici del seu dret delegat i el tercer repudi. El divorci consensual és també irrevocable.

Igualment amb caràcter general aquestes causes continuen sotmeses a prova que ha d'acreditar l'esposa i si no les prova només li queda en alguns casos el recurs al procediment de desunió.

En aquest sentit, continua havent-hi certa diferència amb el repudi. En el cas del repudi, el que controla el tribunal es que es respectin els drets de l'esposa i dels fills, però no el dret del marit. En el cas de les dones es continua controlant si tenen dret al divorci o no.

Per tant, és cert que s'han introduït reformes que dificulten el repudi del marit i d'altres que faciliten el divorci en cas d'acord entre els dos esposos, però quan és la

dona qui vol divorciar-se i el marit no vol, si la jurisprudència no és més flexible en els mitjans de prova pot continuar negant-se aquest dret a la dona. El control es deixa potser excessivament en mans dels jutges que en molts casos continuen lligats als criteris tradicionals.

#### **g) La possibilitat de divorci consensual a la nova Mudawana**

La nova Mudawana introdueix la possibilitat d'un divorci consensual fins ara inexistent.

El nou article 114 determina que els cònjuges poden acordar posar fi a la seva vida conjugal amb o sense condicions, sempre que aquestes no siguin contraries a propi Codi i que es garanteixin i respecten els drets dels menors.

Si hi ha acord entre les parts, les dues o una d'elles pot presentar demanda de divorci al jutjat, acompanyada d'una sol·licitud de conveni homologat. El jutge intenta una conciliació entre les parts i si aquesta és impossible acorda el divorci.

Aquest divorci pot ser amb condicions o sense i pot preveure el pagament d'un cònjuge a l'altre d'alguna compensació econòmica o no.

L'acte de divorci es realitzarà en dies des de què el jutge l'hagi autoritzat.

#### **h) Les causes de divorci al Codi de Tunísia.**

A Tunísia a diferència del que passa al Marroc que continua recollint causes diferents de dissolució del vincle matrimonial per a homes i per a dones, tothom ha de recórrer al divorci judicial, del que es recullen tres causes entre les que s'inclou el divorci consensual.

L'article 31 recull tres causes de divorci:

- El divorci per mutu acord. Els dos cònjuges es posen d'acord sobre el divorci i els seus efectes i així ho manifesten davant del jutge que presideix la temptativa de conciliació i que si no es produeix només pot ratificar el divorci sol·licitat.

- el divorci a petició d'un dels esposos en raó d'un perjudici que ha sofert. L'anomenat divorci per falta. El perjudici es defineix com la violació d'un dels deures conjugals recollits al codi per un dels esposos. El paper del jutge és essencial per a l'apreciació de la falta.

La malaltia, l'alienació mental i l'esterilitat no són causes de divorci per perjudici, ja que aquest es considera que es produeix a partir d'una falta o mal comportament. En aquest casos el que li correspondrà al cònjuge és recórrer a



l'anomenat divorci "abusiu" o "unilateral", en el que no cal justificar cap causa. També pot ser causa de divorci l'abandó del domicili conjugal però en aquest cas a la dona, al contrari del marit, per obtenir aquest tipus de divorci per abandó de domicili conjugal del marit li cal haver obtingut primer una condemna penal per abandó de la família. En aquest sentit cal tenir present, però, que el marit que deixa el domicili conjugal però continua mantenint econòmicament la família no es considera que hagi comès abandó de la llar. En canvi, la dona comet l'abandó de la llar pel sol fet de deixar el domicili conjugal sense motiu legal i persistent en la voluntat de no tornar-hi.

Igualment degut el manteniment de certes diferències en les obligacions familiars del marit i la dona en el desenvolupament de la vida conjugal, fa que a la pràctica juntament amb aquests casos ja al·legats es produeixin moltes discriminacions en les peticions de divorci d'un i altres per la causa dels perjudicis soferts, existint sentències curioses en aquest sentit, com la que determina que els cops i ferides lleus del marit a la dona formen part de la vida matrimonial normal i no són causa suficientment greu per pronunciar el divorci.<sup>447</sup>

- El divorci per petició del marit o de la dona. L'anomenat divorci "abusiu", "unilateral", "per caprici". Permet divorciar-se sense haver de fonamentar la seva demanda en un motiu admès jurídicament. El jutge tan sols pot ratificar el divorci i fixar-ne els efectes.

### **i) Qüestions processals**

En primer lloc, l'article 121 de la nova Mudawana, recull la possibilitat explícita de què s'adoptin mesures provisionals a favor de la dona i els fills mentre dura el procediment judicial, que poden incloure el dret de viure amb un parent pròxim de l'esposa o del marit i que seran executades pel Ministeri Públic.

La introducció de la figura del Ministeri Públic en els afers de família que es recull amb caràcter general a l'article 3, ha anat acompanyada de la creació d'una mena de torn de guàrdia per intervenir en casos d'urgent necessitat en els dies festius.

---

<sup>447</sup> Sentència de la Cour d'Apel que considera que és equiparable el perjudici que ha tingut el marit perquè la dona ha marxat a l'estranger, amb l'acord del marit, a seguir estudis universitaris i s'hi ha quedat més d'un any del previst i el perjudici que ha sofert la dona perquè el marit s'ha negat a tenir relacions sexuals amb ell durant vuit anys. Més xocant és encara la sentència de la Cour de Cassation que va considerar que els cops i ferides lleus del marit a la dona són part d'una vida conjugal normal i no les considera perjudici suficient per pronunciar el divorci. Sentències referenciades a: CHERIF CHAMARI, A.: *La femme et la loi en Tunisie*. Col·lecció "Femmes Magreb", dirigida per Fatima Mernissi. Editions Le fennec 1991.

Igualment es preveu la creació de tribunals de família i l'existència d'un fons de solidaritat familiar que seran les institucions que han de permetre posar en marxa i fer efectiva aquesta reforma, ja que en molts casos les decisions conflictives es deixen en mans del jutge, d'una manera més generalitzada que en la legislació anterior, configurant-se aquest recurs al jutge com una garantia per la dona. Aquesta idea a priori és bona perquè permet que sigui un tercer que fixi quantitats i determini els drets dels dos esposos i que no tot quedi en la potestat del marit. Perquè aquest sistema funcioni cal que vagi acompanyat d'un bon funcionament judicial i ja hem vist que la majoria dels residents a Espanya es queixen de la corrupció en les instàncies públiques del seu país <sup>448</sup>

Igualment cal destacar que tot procediment judicial encaminat a la dissolució del matrimoni ha de passar per una fase de conciliació prèvia, perquè no cal oblidar que el divorci no és l'ideal desitjable, sinó que l'ideal col·lectiu és el manteniment d'una família cohesionada.

EL codi d'estatut personal de Tunísia en el seu article 30 deixa clar que el divorci només pot tenir lloc davant d'un Tribunal.

A nivell procedimental, i a l'igual que al Marroc, cal que el jutge de família hagi intentat una reconciliació dels esposos. Si hi ha fills menors d'edat l'intent de conciliació s'ha de fer en tres audiències a celebrar amb una separació de trenta dies entre elles. Finalment, el tribunal després de les defenses, decideix el divorci després de dos mesos.

En els casos de divorci per mutu acord el procediment es pot abreujar a condició sempre que no es perjudiqui als menors.

En cas que no es produeixi la conciliació, el tribunal fixarà una mena de mesures provisionals, per tal de protegir els drets dels esposos i dels fills, com per exemple la residència, la guarda i custòdia dels menors, el règim de visites i, fins i tot, pensions. Aquestes mesures es poden fixar fins i tot d'ofici, a no ser que les parts hi renunciïn en tot o en part. Les mesures urgents o provisionals tenen caràcter executiu mitjançant la pertinent ordenança executòria que no pot ser revisada en apel·lació, ni en cassació i que tan sols pot ser revisada en resoldre el fons del plet principal.

En el plet principal de divorci el tribunal decideix sobre el divorci i fixa la renda a percebre per la dona divorciada, així com l'expiració del termini de recolliment (*idda*)

---

<sup>448</sup> Vuere el cas d'A. i G. explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998 i ref. 12-4/2991, respectivament, on una es queixava que el seu marit havia subornat el funcionari del jutjat i l'altra afirmava que havia falsificat el

i també decideix sobre les mesures urgents fixades pel jutge conciliador. Les disposicions en la sentència definitiva sobre la guarda i custòdia dels menors, la pensió alimentària, la renda i la residència dels esposos, així com el dret de visites, tenen caràcter executiu però poden ser objecte d'apel·lació o de cassació.

#### **j) Efectes del divorci.**

A la nova Mudawana es continua mantenint el període d'*idda* o retirada legal durant el qual el marit pot reprendre a la seva esposa. La nova Mudawana continua recollint regles detallades pel període d'*idda* a complir per la dona embarassada que no varien gaire de les recollides a la disposició anterior, mantenint-se el període màxim d'un any per a l'embaràs.

Durant el període d'*idda* en un divorci revocable, el marit pot reprendre a l'esposa. Si el marit vol tornar amb la seva esposa després d'un divorci revocable, ha de fer recollir aquesta decisió per dos *adoul* i informar immediatament al jutge. El jutge llavors convoca a la dona a una audiència i si ella refusa tornar amb el marit ha de recórrer al procediment de desunió. Per demanar tornar amb la dona el marit ha de manifestar la intenció de reparar les faltes que han donat lloc al divorci i desitjar tornar amb ella per mantenir una vida conjugal tranquil·la. La dona hi pot consentir després d'estar convençuda de les bones intencions del seu marit. Per això el jutge els ha d'escoltar als dos. El fonament d'aquesta manera d'actuar torna a ser de caràcter religiós.<sup>449</sup>

Les sentències judicials acordant el divorci o el *khol* no es poden recórrer pel que fa a la dissolució del vincle conjugal.

A Tunísia també es fixa el període d'*idda* o retirada. Aquest període de continència sexual de la dona es continua determinant en el llibre III dedicat exclusivament a aquesta qüestió.

Han de guardar el període de continència la dona divorciada i la vídua que hagin consumat el matrimoni.

---

seu consentiment per tornar-se a casar.

<sup>449</sup> Deu ha dir “*Des de que us divorcieu de les vostres dones i que el període de retirada legal estigui a punt de complir-se, o bé les reprenen i les tracteu be o be les rebutgeu amb correcció, no les retingueu arbitràriament*”. Text recollit a la guia per a la seva aplicació també en francès (veure la pàgina web del Ministeri de Justícia del Marroc: [www.ejustice.justice.gov.ma](http://www.ejustice.justice.gov.ma)).

Les dones no embarassades en cas de divorci han de guardar aquest període per tres mesos complerts. Per a les vídues el període és de quatre mesos i deu dies complerts.

Les dones embarassades han de guardar aquest període que dura fins el naixement el nadó, recollint un cop més aquí el període màxim d'embaràs en un any a comptar des del divorci o des de la mort del marit.

El cas de la dona d'un marit declarat absent, el període és igual que el de la vídua i es compta des de la resolució judicial declarant l'absència.

Els efectes econòmics també són nous ja que s'estableix un dret de danys i perjudicis per la reparació del perjudici sofert.

Fins al 1981 el règim era totalment igual per homes i dones, però la igualtat davant la llei no es corresponia amb una igualtat econòmica de manera que es va modificar l'article 31 a través d'una llei de 18 de gener de 1981. Ara la normativa estableix:

El marit sempre té dret a obtenir una condemna de la dona a pagar els danys i perjudicis.

La dona pot escollir entre una indemnització global donada d'un sol cop o pot triar el pagament d'una renda pagable mensualment que és revisable a l'alça o a la baixa segons les fluctuacions. Aquesta indemnització es fixarà tenint en compte el nivell de vida que tenia la dona durant el matrimoni inclòs l'allotjament. Si s'escull la renda mensual, aquesta s'ha de pagar fins a la mort de la dona, a no ser que la seva situació econòmica i social canviï pel fet de tornar-se a casar o perquè millori simplement la seva situació econòmica. Aquesta renda forma part del passiu de l'herència del marit i, per tant, s'haurà de liquidar pels hereus amistosament o per decisió judicial en un sol pagament.

El no pagament d'aquesta pensió potser objecte d'una condemna amb una pena que pot anar de tres mesos a un any i una multa de 100.000 dinars. Aquesta previsió penal està continguda en el propi codi d'estatut personal, que també recull la possibilitat de creació d'un fons de garantia per cobrir aquestes pensions impagades.

#### **k) Els efectes de les sentència de dissolució del matrimoni dictades a l'estranger. Mudawana.**

L'article 128 de la nova Mudawana recull expressament que les decisions estrangeres acordant la dissolució del matrimoni tindran validesa al Marroc si estant

dictades per tribunal competent o Ministeri Públic competent que no siguin contraries al codi i que hagin estat declarades executòries.

D'aquesta manera es recull amb caràcter general el que es recollia en alguns convenis bilaterals com ara el signat amb Espanya el 30-05-1997<sup>450</sup>, amb la intenció de facilitar el reconeixement de sentències dictades a l'estranger sempre que no sigui contràries al seu codi de família. Potser aquesta previsió genèrica ajudarà a funcionar amb més normalitat els convenis bilaterals existents i més quan les modificacions introduïdes en la Mudawana marroquina redueixen els motius pel quals es podia considerar contrària a l'ordre públic i no aplicables en territori espanyol, havent-se de recollir a partir d'ara moltes sentències espanyoles de divorci que apliquin el dret marroquí contingut a la nova Mudawana.

Al Codi Tunisià no recull, en canvi, cap previsió d'aquest estil.

### **c.3.3.2 Anàlisi comparativa d'altres institucions lligades al dret de família.**

#### **a) La filiació.**

En el concepte tradicional de família, la filiació és fonamental i és un dels drets més importants que surten del matrimoni perquè en termes generals només la filiació paterna dóna la condició de fill legítim.

La filiació paterna s'estableix per presumpció i només es pot negar mitjançant una sentència judicial. Les causes de filiació paterna són l'existència de relacions sexuals que es demostren, demostrant el vincle matrimonial, la declaració de reconeixement del pare, encara que sigui in extremis i complint també un seguit de condicions i les relacions sexuals per error.

En el cas de matrimoni s'estableix la presumpció que el fill és del pare si neix dins dels 6 mesos a partir de la data del matrimoni, si el contacte entre els esposos ha estat possible i encara que el matrimoni després resulti invàlid. També es presumeix fill del marit si el nen neix dintre de l'any següent a partir de la data de la separació.

A la nova Mudawana, tot i mantenir-se la concepció tradicional per primera vegada es recull la possibilitat de determinar la paternitat fora del matrimoni, per exemple en el cas de promesos si el matrimoni no s'ha pogut formalitzar per un acte per

---

<sup>450</sup> *Convenio España-Marruecos, 30 mayo 1997. Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho en Madrid* (BOE núm. 151, de 25 junio). En vigor des d'1 de juliol 1999 per Anunci de 15 de juny 1999. Àmpliament comentat en les pàg. 113 a 119 en matèria de competència judicial i pàg. 174 a 178 en matèria de dret d'assistència jurídica gratuïta.

causa de força major, sempre que es donin certes condicions i s'aportin proves que valorarà el jutge. És el que ara s'anomena filiació per relacions sexuals per error.

En cas de dubte de la filiació es podrà proposar la prova necessària. Fins ara la única prova de paternitat fora del matrimoni era aconseguir aportar 12 testimonis amb un procediment lent i arcaic. Ara es permet el recurs a les proves mèdiques de paternitat i, per tant, també la prova d'ADN.

Perquè sigui vàlida la declaració de paternitat cal que el pare la faci en plenes facultats mentals, que el fill no tingui una filiació coneguda, que aquesta declaració no sigui inversemblant o sigui desmentida per la raó i que el fill reconegut no contesti la filiació. Si el fill és major d'edat aquesta contestació l'ha de fer en el moment del reconeixement. Si és menor d'edat podrà presentar una demanda d'impugnació de la filiació quan assoleixi la majoria d'edat.

En aquest punt l'article 68 del Codi d'Estatut personal de Tunísia recull bàsicament el concepte tradicional i estableix que la filiació s'estableix per la cohabitació, per l'acceptació del pare o pel testimoni de dos o més persones honorables.

Més innovadora és de nou la legislació tunisiana en possibilitar la filiació adoptiva, que no reconeix cap més legislació del Magrib. La llei núm. 27 de 4 de maig de 1958, va reconèixer l'adopció i va incorporar així a l'ordenament d'aquest país la possibilitat de constituir adopcions plenes en el seu territori, a través de les quals l'adoptat adquireix els mateixos drets i obligacions que en la filiació legítima respecte dels seus pares adoptius.

L'evolució jurisprudencial posterior ha anat però posant limitacions a aquesta llei. Així, es demana que l'adoptant d'un menor musulmà sigui també musulmà per garantir el principi de què ha de seguir la religió del pare. També es recull la possibilitat de la revocació de l'adopció per part del jutge en interès del menor.<sup>451</sup>

## **b) Les relacions paternofilials.**

La primera novetat important és que s'introdueix al llarg de tot el text de la nova Mudawana, de manera més o menys concreta el que podríem anomenar principi de *favor fillii*, fins ara inexistent.

---

<sup>451</sup> Aquestes limitacions operen en dos moments diferents. En el primer, de cara a la formació del vincle adoptiu, i el segon moment, a l'hora de posar fi a la relació de l'adopció encara que la llei no preveu una clàusula clara de revocació. MEZIOU, K.: *Maghreb: evolution du Droit de la famille et perspectives compartives*. VV. AA. citat a MOTILLA, AGUSTÍN i LORENZO, PALOMA: *Derecho de Familia Islámico - Los problemas de adaptación al Derecho español*. Ed. COLEX- 2002

Fruit d'aquesta consideració del menor com un subjecte a protegir, s'integren per primera vegada a la legislació nacional els acords internacionals sobre protecció dels nens ratificats pel Marroc.<sup>452</sup>

Igualment ja hem vist que en la regulació del repudi i del divorci s'introdueixen conceptes com el de garantir al menor un entorn similar al que tenia abans del divorci, afegint constantment que s'han de protegir els interessos i drets del menor i no només de cara a garantir-li una prestació d'aliments a càrrec del progenitor.

Per tant el principal canvi en aquest punt és aquesta nova consideració dels menors, que fa també que el jutge intervingui per protegir-los i també el Ministeri Públic. Fins ara previsions tan simples com les de resoldre els litigis vetllant per l'interès primordial dels menors eren inexistents.

#### La guarda i custòdia

La guarda i custòdia dels menors es continua atorgant en la nova Mudawana en funció d'un ordre de parents encapçalats per la mare, després el pare i després l'àvia materna, podent decidir el jutge atorgar-la entre els parents més aptes en interès del menor. Per tant, la llista de parents expressa és limitada a tres, quedant la resta de parents en llista oberta i a valorar pel jutge, tenint en compte que aquest familiar ha de facilitar un allotjament digne al menor. Fins i tot, es pot demanar un informe a l'assistent social. A la legislació anterior es limitaven a recollir l'ordre de parents que podien ser titulars de la guarda i custòdia sense introduir cap criteri de protecció dels menors.

Desapareix la diferència entre fills i filles. Tots estan sotmesos a la pàtria potestat dels pares fins a la majoria d'edat. En cas de dissolució dels vincles conjugals els nens que tingui 15 anys complerts (tant nois com noies) poden escollir amb qui volen viure entre el pare a la mare o un altre dels parents permesos sempre que no sigui perjudicial per a ells.

Donat que l'interès primordial és el menor, s'introdueix la possibilitat per a la mare de conservar la custòdia sota certes circumstàncies si es torna a casar o es trasllada a una altra localitat diferent a la que viu el marit i també podrà recuperar la guarda si

---

<sup>452</sup> Per exemple el Conveni de la Haia de 19-10-1996 sobre competència, llei aplicable, reconeixement i execució i cooperació en matèria de responsabilitat parental i mesures de protecció dels nens. Ratificat el 22/08/2002 i en vigor des de 1/12/2002. També el Conveni internacional dels drets dels Nens de les Nacions Unides fet a Nova York el 20/11/1989 ratificat pel Marroc el 21/06/1993 encara que posant reserva a la llibertat de religió dels menors. Igualment la seva acceptació a la reforma de l'article 43.2 de l'esmentat conveni de 12/12/1995. Veure també MOULAY RCHID, ABDERRAZAK – *“Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans”* - J. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, Tome 268 – 1997.

desapareix la causa que li va fer perdre-la. Així, la mare pot mantenir la guarda malgrat el nou matrimoni en uns determinats casos que inclouen els supòsits en què el nen sigui menor de 7 anys, tingui una malaltia que faci que hagi de ser atès per la mare o sigui ella la tutora legal del menor. En aquests casos el pare del menor li deu la pensió alimentària però no l'allotjament ni de la remuneració per la guarda, que s'entén que haurà d'anar a càrrec del nou marit de la mare. Si el menor té més de 7 anys, la mare no perd immediatament d'ofici el dret de guarda, però qualsevol persona interessada pot posar-ho en coneixement del jutjat que resoldrà en funció de l'interès del menor i del perjudici que li pot suposar ser separat de la mare. La dona que no sigui la mare i que tingui la guarda del menor o no sigui la tutora legal del mateix, la perdrà per matrimoni, a no ser que el nou marit sigui el tutor legal de l'infant o sigui un parent del menor en grau prohibit per matrimoni (muharram). També se li permet a la mare canviar de residència dintre del Marroc sense perdre el dret de guarda. En aquest cas es valorarà l'interès del menor i les circumstàncies del cas per determinar si aquest trasllat podria ser perjudicial i, per tant, haver de suposar un canvi de l'exercici del dret de guarda. En la resolució sobre la guarda i custòdia o posteriorment a petició del fiscal o del tutor legal del menor es pot prohibir la sortida del mateix del Marroc sense l'autorització del tutor legal. En aquest cas quan el tutor legal es negui a la sortida es podrà recórrer al tribunal que podrà autoritzar el viatge del menor fora del Marroc sempre que sigui un viatge de caràcter provisional i que la tornada del menor al Marroc quedi garantida.

La remuneració per la guarda i les seves despeses recauen en el que tingui la obligació d'aliments als fills, però són un concepte diferent a la pensió d'aliments, que s'ha de pagar també a més a més. Mentre dura el matrimoni i en el període d'*idda* i en cas de divorci revocable, la mare que és la guardiana del menor no té dret a cap remuneració.

Igualment es determina clarament que més enllà del dret a la pensió alimentària (*nafaqa*) el nen té dret a un habitatge decent i d'acord amb la seva situació social abans del divorci. A la legislació anterior a part de recollir una pensió alimentària minsa no es contemplava el dret a l'habitatge. Aquestes despeses d'habitatge de l'infant s'ha de comptar també a part de la pensió d'aliments i/o d'alimentació i de la remuneració per la guarda.

No es desallotjarà al menor del domicili conjugal sinó després d'haver assegurat el pare que té un habitatge pel menor.



Per tant el pare ha de complir un cop dissolt el matrimoni amb l'obligació d'aliments o alletament pel fill, amb l'obligació de remuneració per la guarda de l'infant i amb l'obligació de proporcionar-li un habitatge digne al seu fill.

Recordem que tots aquests conceptes juntament amb els drets econòmics de la dona són els que el marit ha de consignar en el jutjat perquè se li registri el repudi.

En el règim de visites també desapareix tota la seva vessant de discriminació per sexes. Ara l'article 180 afirma que aquell dels dos pares que no tingui la guarda de l'infant tindrà dret a visitar-lo i a rebre'n la visita. L'article següent permet que ambdós arribin a un acord per establir el règim de visites que s'inclourà en la resolució judicial que fixi la guarda i custòdia. En el cas que els pares no arribin a un acord el tribunal establirà en la mateixa resolució que fixi la guarda i custòdia quin serà el règim de visites, tenint en comptes la situació de les parts i les circumstàncies de cada cas. Aquesta resolució es podrà recórrer.

Si les circumstàncies que van donar lloc a l'acord o a la resolució judicial canvien i poden perjudicar al menor o algun dels pares, a instància de la part perjudicada se'n podrà demanar la revisió d'acord amb la nova situació.

En cas de mort d'un dels pares els avis ocuparan el seu lloc en el dret de visites.

En l'aplicació de totes aquestes mesures sobre el règim de visites, el tribunal haurà de tenir en compte sempre l'interès del menor, que es configura com el principi fonamental i imperatiu de totes les relacions respecte dels menors.

La guarda dels fills tradicionalment s'ha donat a les dones, però el codi de Tunísia acaba amb la preeminència d'aquest dret de la dona. Mentre els pares estan casats correspon la guarda dels fills a tots dos. Si el matrimoni es dissolt per mort d'un dels cònjuges, la guarda dels fills menor li correspondrà al supervivent. Si, en canvi, el matrimoni es dissolt per divorci el guarda dels fills menors pot correspondre tant al pare com a la mare o, fins i tot, a una altra persona però sempre segons el que es fixi en resolució judicial.

Malgrat la mare sigui la titular de la guarda i custòdia, aquest dret ve limitat i el pot perdre en les causes similars a altres codis de la zona.

Aquest codi també estableix que el pare del menor o el seu tutor poden tenir un dret de vigilància i supervisió dels afers del menor, seguir la seva educació i enviar al menor a l'establiment escolar que cregui necessari, però no pot passar la nit fora del domicili on viu amb el titular de la guarda, tret d'una decisió contrària del jutge en interès del menor.(article 60). El pare no podrà treure al menor del seu lloc de residència

sense el consentiment de la mare que en tingui la guarda a no se que l'interès del menor exigeixi una altra cosa. (art. 62). El pare o la mare no poden impedir d'exercir el dret de visites del menor confiat a la guarda d'un d'ells, essent a càrrec del qui demana exercici el règim de visites a domicili els desplaçaments del menor (art. 62)

### **c) Aliments entre parents.**

A la nova Mudawana, l'article concret que establia que la dona depenia del marit i no a l'inversa s'ha matisat.

L'article 188 de la Nova Mudawana estableix que cap persona no està obligada a donar cap pensió a una altra si no pot assumir les seves pròpies necessitats. Tota persona se la considera d'entrada solvent, tret de prova en contra.

La dona té dret a una pensió del marit des de la consumació del matrimoni o des de què ella ha invitat a aquest a consumir-lo. Però la pensió d'aliments es fixa per sentència des del moment en què el marit ha incomplert les seves obligacions. Ara bé, el jutge pot obligar a la dona a conviure amb el marit per rebre la pensió, sinó la perd. (article 195).

La dona repudiada de manera revocable que abandona el lloc on passa l'*idda* sense consentiment del marit i sense causa acceptable perd l'habitatge però no els aliments. La dona embarassada que hagi estat repudiada de forma irrevocable té dret a rebre aliments fins el moment de donar a llum i sino està embarassada només tindrà dret a l'habitatge fins que finalitzi l'*idda*.

Els pares han de prestar aliments als seus fills fins a la majoria d'edat o fins els 25 anys en cas que estudiïn. En el cas de les filles, aquestes tenen dret als aliments dels pares fins que tinguin ingressos propis o fins que l'obligació recaigui en el seu marit.

Els pares també tenen dret a rebre aliments dels fills i en cas de ser molts fills els obligats s'hauran de repartir l'obligació en funció de les seves capacitats econòmiques i no segons els seus drets d'herència

La pensió d'aliments inclou l'alimentació, la roba, les cures i tot allò que es consideri indispensable i també l'educació dels infants. Per fixar-ne la quantitat es tindrà en compte els ingressos i mitjans del deutor i la situació del creditor, el nivell dels preus i els usos i costums del medi on es fixa aquesta pensió.

En el codi tunisià a part de l'obligació d'aliments del marit, el parentesc també genera obligació d'aliments. Així, el pare ha de prestar aliments als seus fills menors i incapaços. L'obligació de manutenció dura fins que els fills sigui majors d'edat i més

enllà fins que finalitzin els seus estudis i sempre i quan no sobrepassin els 25 anys. La filla té dret a la manutenció fins que tingui recursos propis o la seva manutenció sigui obligació del seu marit. Respecte dels fills discapacitats no hi ha límit d'edat.

En cas d'impossibilitat de prestar aliments del pare, la mare està obligada a prestar-los abans que l'avi.

La lactància correspon a la mare, però en cas d'impossibilitat d'aquesta el pare està obligat al pagament de les seves despeses.

També estan obligats a pagar aliments els fills acomodats (tant homes com dones) als seus pares i als ascendents paterns en qualsevol grau i als ascendents materns fins el primer grau, que es trobin necessitat. Si són varis els fills a contribuir ho fa en proporció a la seva fortuna .

La quantitat es fixa en funció de la situació econòmica de qui els presta i de qui els rep i comprenen el menjar, el vestir, i l'ensenyament dels menors.

#### **d) La tutela.**

És difícil fer extrapolacions i comparacions. Ja hem vist el concepte de tutela en dret islàmic, on no hi ha diferenciació entre aquesta i pàtria potestat. Malgrat això, sembla com el dret de guarda es pot equiparar al que nosaltres anomenem "la guarda i custòdia del menor" i, en canvi, la tutela seria assimilable al nostre concepte de pàtria i potestat que en comptes de ser compartida pertany tan sols tradicionalment a un dels progenitors: el pare.

El Codi d'Estatut Personal de Tunísia pal·lia una mica la premissa tradicional i permet a la dona ser la tutora del menor si el pare ha mort o ha estat incapacitat.

La nova Mudawana també millora sensiblement les possibilitats de la dona com a tutora del fill menor i, per tant, com a representant legal del mateix. Tot i que aquesta funció continua essent de preeminència masculina. El pare continua essent el primer tutor possible (article 236) i el primer també en a llista de possibles representants legals del menor (article 231). La mare també serà la representant legal del menor en cas de defunció del pare, de la seva absència o de la seva incapacitat, eliminant a més la limitació que s'establí en la reforma de 1993, que tot i permetre la tutela femenina en certs casos limitava llavors a la dona el dret de disposició dels bens del menor. També serà la mare la representat legal del menor en cas de pare desconegut i en defecte de procediment judicial pel reconeixement de la filiació. La mare serà la tutora del menor sempre que sigui major d'edat (encara que la majoria d'edat no es demana a la mare pel

dret de guarda) i en defecte de la presència del pare per defunció, pèrdua de la capacitat, absència o per un altre motiu. La llista, doncs, és oberta. L'absència del pare encara que sigui de curta durada li dona a la mare la tutela del fill per a les qüestions urgents, com per exemple la signatura en documents administratius o en cas d'autorització per a intervenció quirúrgica.

### **c.3.4 Les modificacions introduïdes al Codi de Família d'Algèria de l'any 2005.**

Malgrat que el Codi de la família d'Algèria semblava que pretenia seguir el camí del seu homòleg marroquí s'ha quedat a mig camí.

El nou codi de família algerià va ser aprovat pel Consell de Ministres el 22 de febrer del 2005, que va ser adoptat pel Parlament el 14 de març del mateix any, gairebé un any després de l'entrada en vigor de la Mudawana marroquina. Nombrosos col·lectius de dones havien posat moltes esperances en el nou text, que han quedat defraudades davant les reformes a mig gas. Acusen al president d'haver cedit a la pressió dels islamistes a canvi de recolzament polític i es queixen que el codi res no canvia.<sup>453</sup> En la seva aplicació també es denuncien mancances. A diferència del Marroc, que va posar en marxa tribunals de família i un fons d'ajuda familiar, no s'ha previst a Algèria mesures d'aquest tipus per a l'aplicació del nou text.<sup>454</sup>

#### **a) La formació del vincle matrimonial i les relacions dels esposos.**

L'edat del matrimoni s'ha uniformitzat tant per homes com per dones als 19 anys. S'ha suprimit l'apoderament per contraure matrimoni per intentar frenar als matrimonis forçats.

No s'ha suprimit la necessitat del tutor matrimonial, encara que no pot obligar-la al matrimoni ha de ser-hi present en el moment de contraure. El nou article 11 perpetua aquesta figura que pot correspondre al pare, un parent proper o qualsevol altra persona de la seva elecció. Alguns autors però han volgut veure en aquest nou redactat una

---

<sup>453</sup> En aquest sentit es pronuncia Ourida Chouaki, presidenta de la l'associació femenina *Tharwa n'Fadma n'Soummer*, que critica al nou codi amb termes que no queden clars i que donen lloc a possibles lectures, donant massa poder de decisió als jutges, que encara responen a les concepcions tradicionals, afirmant que el codi és una concessió als islamistes. Veure la seva entrevista a "Le Monde" de 25-02-2005. En igual sentit crític, Daila Iamarene citada en el mateix diari. Igualment SAÏDI, K. "La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation." *Revue critique de Droit Comparé*. N° 1 Janvier-Mars 2006, afirma que la seva aprovació per ordenança, sense un clar debat llargament esperat sobre aquesta reforma de la família, fa que es miri la mateixa amb més desconfiança.

<sup>454</sup> AIT-ZAI, Nadia: *Las reformas de la ley de familia en el Magreb*. Anuari Med 2005. Iemed. Fundació Cidob.

voluntat amagada de supressió d'aquesta figura que actuaria tan sols com un testimoni.<sup>455</sup> Si la dona no té tutor és el jutge qui assumeix aquest paper. El manteniment d'aquesta figura, finalment suprimida al Marroc ha estat un dels punts més conflictius del Codi i més atacats per les associacions de dones.

La poligàmia continua permesa, demanant però el consentiment previ de la dona o dones que ja tingui el marit i el consentiment també de la futura esposa.

Igualment continua d'impediment matrimonial per disparitat de culte. També perviu la figura del dot.

Els deures de l'esposa en el matrimoni formalment han canviat, ara es parla de obligacions recíproques, d'igualtat i de codirecció de la vida familiar. No s'introdueix cap disposició concreta sobre el treball de la dona, però sembla que d'aquesta manera desapareix l'obligació de manutenció del marit si l'esposa té bens suficients o treballa.

#### **b) El trencament del vincle matrimonial.**

El divorci continua demanant unes causes taxades per a la dona (malaltia del marit, absència durant més d'un any) mentre el marit manté la seva total llibertat de divorci. Es manté el repudi clàssic pel marit i per a compensar-ho s'obren més facilitats de divorci per a les dones com és el recurs al *Khol* o al procediment de divorci per desacord persistent entre els esposos.

En cas de divorci el pare ha d'assegurar l'allotjament dels fills menors que han estat confiats en guarda a la mare, però, en canvi, no es pronuncia sobre el dret d'allotjament d'aquesta mare. Es considera, doncs, que conservarà el domicili el que tingui la guarda sobre els fills menors.

El dret de guarda continua sent primordialment de la mare i, en segon lloc, del pare. Alguns apunten que el fet que el domicili familiar vagi lligat als fills menors, farà que els pares demanin la guarda d'aquests per conservar-lo.

### **D.- La valoració de la nova Mudawana en l'ordenament jurídic espanyol a partir del seu text legal i de la seva incidència en la societat marroquina.**

---

<sup>455</sup> SAÏDI, K. "La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation." Revue critique de Droit Comparé. N° 1 Janvier-Mars. (pàg. 18-129).

## d.1 L'aplicació de la Mudawana en la pràctica diària del Marroc.

L'anàlisi del text, ja posa de manifest que moltes qüestions es deixen a criteri i a valoració dels jutges, com a opció per treure-les de la prerrogativa dels marits. Aquesta situació d'entrada necessita una formació especialitzada d'aquests professionals que el propi Govern del Marroc ja preveia des d'un inici, però sobretot un canvi de mentalitat que requerirà sense dubte dècades.

Per aquest motiu un dels interessos primordials d'aquesta reforma era l'aplicació a la pràctica d'aquelles normes que sobre el paper aporten tantes expectatives.

Les valoracions en aquest camp són diverses, perquè sempre hi ha els més exigents i els menys, els més optimistes i el menys. Per aquest motiu és bo fer una anàlisi de les dades de què es disposen.

Ja en el mateix any 2004, el primer de la seva aplicació van començar a aparèixer algunes dades.

Una de les conseqüències positives que s'apuntava, era la disminució de dels repudis masculins, quan se'ls informava de les càrregues a pagar. Paral·lelament començaven també a incrementar els divorcis demanats per les dones.<sup>456</sup> Malgrat tot, un bon nombre de sol·licitants del divorci es fan enrera en el període de sis mesos en què el jutge desenvolupa la seva mediació. També ha disminuït dràsticament el *khol*, en tenir les dones altres mitjans per trencar el vincle.

No totes les dades però són tan favorables. La mentalitat conservadora dels jutges que són els que prenen la majoria de decisions en casos conflictius encara continua pesant massa. Al juliol de 2004, el tribunal de família de Rabat, havia autoritzat ja 227 matrimonis de menors. En aquest mateix tribunal de les 71 autoritzacions per a la poligàmia, 60 van ser concedides. Malgrat això, han reduït les autoritzacions en general en un 10% segons dades del Ministeri de Justícia. De les 576 demandes de divorci, 300 havien estat a iniciativa de la dona que finalment cedeix i renuncia als seus drets.<sup>457</sup>

També segons el Ministeri de Justícia en aquest any 218 parelles van recollir pactes previs al matrimoni, a l'estil de les nostres capitulacions matrimonials.

---

<sup>456</sup> Dades de: *Code et discorde*. Maroc Hebbo International. Núm 605, de 14 a 20 de maig de 2004. Citat a ZEKRI, H.: *El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes*. REDI vol LVI (2004) I.

<sup>457</sup> Dades d'un dossier del setmanari *Jeune Afrique/L'intelligente*, que estan recollides a LE MONDE: *Au Maroc, un an après son adoption, la réforme de la "moudawana" demeure peu appliquée.* De 25-02-2005.

La supressió de la figura obligatòria del *wali* ha fet que un 18% de les dones hagin contret matrimoni sense la seva presència. Associacions de dones es queixen que molts *adoul* encara imposen la figura malgrat que la llei ho suprimeix i les dones acaben accedint a utilitzar el *wali*. Aquestes mateixes associacions es queixen que l'aplicació de la nova llei no és igual a totes les zones i que en les àrees rurals és pitjor. Igualment critiquen que no s'ha posat els mitjans i formació de professionals promesos i que la figura del fiscal a penes serveix de gran cosa.

Altres reculls de premsa posen de manifest alguns dels arguments utilitzats pels jutges en aquestes decisions. En el cas de l'autorització del matrimoni d'una noia de 13 anys un jutge de Marrakech deia que ho feia perquè “aparentava més edat”. Una altra autorització de matrimoni poligàmic la fonamentava un jutge de Errachida en el fet que la primera dona havia envellit i aquest era l'argument utilitzat pel marit.<sup>458</sup>

## d.2 La compatibilitat amb el ordre públic espanyol.

La nova Mudawana ha suposat realment un canvi en la legislació del Marroc. Les reformes introduïdes tot i mantenir les institucions clàssiques del dret islàmic, són reinterpretades de tal manera que ja no es pot argumentar amb caràcter general la seva inaplicació a Espanya per vulneració de l'ordre públic i caldrà començar analitzar la possibilitat de donar-los cabuda i garantir així un societat realment intercultural, que respecti unes regles de joc comuns.

Les qüestions que més conflicte han suscitat, no han estat tan les lligades a la formació del vincle matrimonial com les que van unides al trencament d'aquest vincle. Això és així perquè normalment el conflicte que arriba als nostres tribunals és el que es produeix en el moment del trencament.<sup>459</sup>

De totes maneres, fins i tot en els procediments familiars on el que es qüestiona és el trencament s'ha posat de manifest altres problemàtiques com la validesa o realitat dels matrimonis constituïts a l'estranger sota forma alcorànica.

---

<sup>458</sup> *La mujer marroquí no logra aún la igualdad*. EL PAÍS 21-02-2005.

<sup>459</sup> També s'han produït problemes a l'hora de reconèixer a Espanya la figura de la Kafala, considerada sempre com una mena d'acolliment o adopció simple. La DGRN s'ha pronunciat recentment (Resolució-Circular de 15-06-2006. BOE 30-08-2006) per a considerar la Kafala únicament com una figura assimilable a l'acolliment, però no a cap mena d'adopció. En aquest context és doncs molt interessant l'Auto de l'AP de Barcelona de la secció 18 de 28-03-2006 que l'equipara aquesta institució a la tutela de l'article 117 del Codi de família i considera que pot donar lloc a una adopció nacional..

El matrimoni celebrat a l'estranger encara que sigui sota la forma alcorànica és vàlid a Espanya i, per tant, el procediment a seguir és el de divorci i no el de parella de fet com han entès algunes sentències. Aquest, per exemple, era el criteri habitual en un jutjat de Granollers, que havia desestimat una demanda perquè no considerava vàlid el matrimoni i només entrava a analitzar les qüestions paternofilials però no el divorci, perquè els litigants només rebien en aquest cas el tractament de parella de fet. Aquest criteri s'havia generalitzat i traslladat a la pràctica habitual dels advocats.<sup>460</sup>

Aquesta postura només podria ser vàlida pel trencament, per exemple, d'un matrimoni poligàmic al que potser si que no se li pot donar validesa a Espanya per ser contrari al nostre ordre públic, però no amb caràcter general.

En aquest sentit, el sistema de causes de dissolució del vincle que recull la Mudawana podrà ser aplicat en la majoria de casos, fins i tot entenc que en cas de repudi, exercitat pel marit en les condicions que se li exigeixen.

A França ja s'ha produït una sentència de la Cour d'Apel de París<sup>461</sup> que estableix que si bé el repudi unilateral no podria ser pronunciat en territori francès, en raó de l'ordre públic internacional, les altres causes de divorci si que poden ser invocades com el cas del divorci per desacord o per mutu consentiment. Alguns autors espanyols ja s'han sumat a aquest criteri.<sup>462</sup> Malgrat això la jurisprudència francesa continua essent reticent a admetre els repudis pronunciats al Marroc. Només ca tenir present les sentències de la Cour de Cassation (sala 1<sup>o</sup> civil) que continuen mantenint una postura contrària a admetre els repudis, que considera intrisecament contraris a la igualtat de sexes. Una part de la doctrina reclamaperò que es tingui en compte l'obertura que suposa la nova Mudawana.<sup>463</sup>

La jurisprudència espanyola també ja s'ha començat a pronunciar en els casos de litigis familiars entre marroquins després de l'entrada en vigor al Marroc de la nova Mudawana. En aquest sentit trobem la SAP de Barcelona 17-11-2005<sup>464</sup>, que considera

---

<sup>460</sup> Situació exposada por una lletrada que realitzava el torn d'ofici a Granollers.

<sup>461</sup> Decisió de la Cour d'Apel de Paris de 2-12-2004 (N. 2003/18597 Abdeslam El Kadmiri/ Fadila Banyachrak, nota de F. Monéger, Drot et Patrimoine, 2005.)

<sup>462</sup> Comentari d'ANNA QUINONES a la publicació de la Mudawana traduïda al català editada pel Grup d'advocats joves i la Comissió de dones advocades de l'ICAB. Editorial Mediterrània. 2005. *"El divorci per desacord i les altres causes i el mutu acord i fins i tot el repudi Khol, facilitaran l'aplicació de les esmentades normes del nou Codi de família marroquí a l'estranger. (...) no serà possible que el marit repudiï la seva muller en el nostre país sobre la base dels articles 78 i següents del Codi (article 107 del Codi Civil espanyol).*

<sup>463</sup> SARAHANE, F. *La repudiation, quels obstacles pour les marocains rédisant en France? (exercice au Maroc et reconnaissance en France)*. RIDC. 1-2006. FULCHIRON, H. "Ne répudiez pint...": pour un interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004. RIDC. 1-2006.

<sup>464</sup> SAP BARCELONA 17-11-2005 (AZ JUR 2006/66471)



acreditada que concorre la causa marroquí de divorci continguda en el nou text legal de la nova Mudawana basada en el comportament infamant del marit. També aplica la nova Mudawana la SAP de Madrid de 12-05-2005.<sup>465</sup>

Entenc que la situació és, però, més complexa alhora que més oberta respecte a l'aplicació d'aquesta Mudawana.

El repudi tradicional, exercit unilateralment pel marit i sense cap control judicial no és possible admetre'l, però quan aquest repudi ja no és tan unilateral la situació canvia. En el cas de la nova Mudawana marroquina, tot i que la decisió del jutge sobre la dissolució del matrimoni per repudi no és constitutiva, se li permet no autoritzar-lo si el marit no compleix amb les obligacions econòmiques de dones i fills.<sup>466</sup> A més, el repudi s'ha de fer en un procediment judicial en el que la dona hi és present. Per tant, aquesta figura entenc que haurà de ser admesa en els nostres ordenaments si es manté la postura de no aplicar l'excepció d'ordre públic. Les altres causes de divorci que recull la Mudawana van referides només a les dones. Si no es permet al marit exercitar un repudi amb aquestes condicions, se li estaria llavors impedit a aquest marit exercir el divorci. Si considerem llavors que el repudi és contrari a l'ordre públic i hem d'aplicar la llei espanyola quan el que demana el divorci és el marit, ens trobarem que de nou aquest podrà invocar el seu dret al divorci sense cap causa per aplicació del CC espanyol. En canvi, si decidim que les causes de divorci recollides a la Mudawana per a les dones no són contràries a l'ordre públic, aquesta s'hauria de divorciar segons aquestes causes i no segons la llei espanyola, tenint, doncs, menys llibertat d'acció.

En canvi, per molt limitada que estigui la institució de la poligàmia, sí que no es podrà permetre la vàlida constitució a Espanya d'un matrimoni poligàmic, ni reconèixer-li cap tipus d'efectes de manera expressa, més enllà d'aquells que se'ls hi pugui aplicar per analogia, per exemple com a parella de fet en tot cas i de manera molt forçada per no perjudicar a les esposes. Qüestió diferent seran els efectes que es garanteixin a matrimonis poligàmics autoritzats a l'estranger.<sup>467</sup>

---

<sup>465</sup> SAP MADRID 12-05-2005 (AC JUR 2006/56720).

<sup>466</sup> Sembla que així es confirma una part de la doctrina francesa que separava entre l'efecte constitutiu del repudi i els seus efectes econòmics i afirmant la vulneració de l'ordre públic si no es respecten aquests. Veure sentència de la Cour de cassation de 17-02-2004 Rev crit DIP 93 (2) avril-juin 2004, en casos referits a Algèria. Igualment MONEGER, F.: *Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmans par le juge français?* (1) J.D.I. 2 1992. També EL HUSSEINI BEGDACHE, ROULA: *Le droit international privé français et la répudiation islamique*. Paris LGDJ, cop 2002.

<sup>467</sup> En aquest sentit la jurisprudència espanyola ja s'ha pronunciat al respecte. Cal tenir present RDGRN en matèria de celebració i inscripció del matrimoni on s'ha mantingut una postura rígida i contrària a donar cap validesa a aquests matrimonis poligàmics (RDGRN 27-10-1992 Az RJ 1992/9461, 11-05-1994 AZ RJ 1994/5022, 10-09-1994 AZ RJ 199478876, 2-12-1996 AZ RJ 1997/7371 I 14-05-2001 AZ RJ

La regulació continguda a la nova Mudawana sobre les relacions paternofiliales, inclosos règim de visites i pensions alimentàries i el deure de garantir un habitatge en condicions, són perfectament compatibles amb el nostre ordenament i més quan han d'estar inspirades pel principi de l'interès superior del menor que també recull el nostre dret de família.

Són més discutibles algunes previsions limitant el dret guarda de la mare i el de la tutela sobre el menor, que per admetre-les hauran de respectar en el cas concret no només el principi d'igualtat sino el de protecció màxima del menor.

Evidentment, el que caldrà valorar per permetre aquesta aplicació de la Mudawana a Espanya serà les bondats del text legal i no la manera dificultosa que encara hi ha d'aplicar-lo al Marroc. Si fos així, seguint la teoria tradicional de provar no només la vigència del dret sinó la seva forma d'aplicació no podríem donar per bones i adequades al nostre ordre constitucional la manera en què sembla que s'està aplicant la reforma en molts llocs del Marroc.

Aquestes dificultats a nivell intern marroquí si que ens han de servir però per valorar amb exactitud les dificultats reals o no de pledejar al Marroc i aconseguir els fins que sembla que persegueix la nova norma a l'hora, per exemple, d'apreciar l'existència o no de furs de necessitat.

Fent aquesta interpretació segurament estarem propiciant una jurisprudència pròpia en l'aplicació de normativa forana, però quan el nombre de ciutadans estrangers d'aquest país és tan elevat potser així es tendirà a aconseguir la creació d'una societat realment interconectada culturalment, però amb el respecte dels principis constitucionals de la societat d'acollida que han de servir com a regles de joc per a tots els ciutadans.

Aquesta manera d'actuar entenc però que només és possible quan la legislació dels països d'origen permet una certa aproximació a la legislació dels països d'acollida, com passa ara amb la Mudawana marroquina, però que no passa amb totes les legislacions d'inspiració islàmica.

---

2001/1728) i les postures diverses que s'ha donat en el cas de sol.licitants de pensions de viudetat. STSJ CATALUNYA 30-07-2003 (EDJ 2003/91497AZ AS 2003/3049) contraria a admetre cap validesa i per tant denega la pensió sol.licitada i la STJ de Galicia de 22-11-2002 (AZ AS 2002/899) que prorrataja les pensions. Sobre aquest punt tornaré a insistir més endavant en aquest treball i amb més detall.

### **3.- La determinació de la llei aplicable com a eix principal en els processos de família en els que intervenen magribins.**

#### **A. Evolució de la jurisprudència espanyola a partir de l'experiència pràctica al partit judicial de Mataró.**

Els casos pràctics que serveixen de fonament fàctic real de tots els elements d'aquest estudi estan ubicats a la comarca del Maresme i en concret al partit judicial de Mataró. L'anàlisi dels mateixos ens ha servit per extreure conseqüències sociològiques i per matisar les legislacions positives dels països magribins en matèria matrimonial i familiar. Aquestes mateixos casos quan han arribat als tribunals ho ha fet als jutjats de primera instància de Mataró i a l'Audiència Provincial de Barcelona en segona instància. Les resolucions o criteris d'aquests òrgans jurisdiccionals han acabat configurant una pràctica jurisprudencial de la que també es poden treure conclusions més generalitzades. La pràctica d'aquest partit judicial ens mostra una evolució vacil·lant de la jurisprudència en la matèria, difícil d'acotar per períodes i encara més difícil delimitar aquest períodes per anys concrets, perquè en un principi l'evolució és més lenta i també més dispersa i perquè després amb l'increment de casos els criteris jurisprudencials es veuen obligats a canviar molt ràpidament. Tot i així, crec que podem establir tres fases que també serien extrapolables en general a la resta de la jurisprudència espanyola.

#### **a.1 Aplicació del dret espanyol sense una anàlisi acurada dels supòsits de fet. (principis dels anys 90 i fins l'any 2000)**

Fruit de tot el que ja hem analitzat els primers casos que arriben als tribunals són supòsits estranys sobre els que hi ha poca pràctica i en la que molts operadors jurídics tenen força desconeixement.

Es comencen a plantejar demandes sense tenir en compte l'element d'estrangeria i els tribunals en primera instància resolen també sense tenir en compte l'element d'estrangeria, aplicant dret espanyol directament i sense cap més raonament.

És en aquesta primera fase on es pot fer una crítica de la mala actuació jurídica de tots els operadors intervinents. En primer lloc, dels advocats perquè no assessoren bé

i plantegen demandes de separació segons la legislació espanyola quan potser per aplicació de la llei nacional comú el que s'ha de demanar és el divorci, o perquè no fonamenten jurídicament bé les seves demandes argumentant fonaments jurídics aliens totalment a l'element d'estrangeria present en el litigi, consignant a les demandes només els articles del codi civil aplicables a la separació i divorci i potser més endavant en alguns dels casos els del codi de família de Catalunya. En segon lloc, també cal fer una crítica als jutges que no veuen tampoc l'element d'estrangeria del litigi i que el resolen aplicant també sense més dret espanyol. En aquest moment era difícil també fer que el jutge valorés gran cosa més i si ho feia es decantava fàcilment per a l'aplicació del dret espanyol. Plantejar alguna altra cosa per part dels litigants era més un problema que una solució pel cas concret. Si es posava de manifest l'element d'estrangeria se li obria al jutge la possibilitat de començar a posar problemes per a la admissió o resolució de la demanda, mentre que al·legant dret espanyol sense més s'assegurava una resposta al problema de fons plantejat amb la demanda.

La actuació correcta en tot cas per part dels advocats en aquesta primera fase era potser argumentar l'aplicació del dret espanyol però amb criteris jurídics rigorosos. Tenint al davant una separació contenciosa entre magribins i a on hi havia menors que necessiten una resposta i on sovint la dona denunciava maltractaments, el més pràctic i just pel cas concret era aconseguir una resolució ràpida i més tenint en compte que abans amb l'aplicació de la LEC de 1881 els litigis no es resolien en una unitat d'acte i que sovint entre pràctica de testificals, confessions en judici i exploració de menors passaven tranquil·lament mesos.

Atabalar a uns jutges, poc disposats, amb l'aplicació rigorosa d'un dret estranger era a vegades perjudicial pel justiciable. L'aplicació del dret espanyol era més còmode i ràpid, però per fer-ho jurídicament bé no es podia recórrer a aquesta aplicació sense més, ni tan sols sense argumentar el seu fonament jurídic. En aquells moments de la pràctica diària potser el més correcte i encertat, buscant un resultat ajustat pel justiciable, era donar un bon fonament jurídic per aplicar dret espanyol. Així, en el cas d'un trencament matrimonial entre magribins es podia demanar la separació matrimonial, no per aplicació de la llei estrangera, sinó per aplicació de la llei espanyola per considerar que calia apreciar l'excepció d'ordre públic per discriminació de la dona i vulneració en el cas concret dels drets constitucionalment reconeguts. També es podia al·legar impossibilitat de prova del estranger i seguint la doctrina fixada fins a les hores

per un bon nombre de sentències del TS <sup>468</sup> demanar llavors l'aplicació del dret espanyol. El que no es podia era demanar la separació matrimonial sense exposar res de l'element d'estrangeria present al cas i després en els fonaments de dret exposar els articles del CC espanyol sense més. La realitat és que en aquests casos quan es recorria a aquests sistema tan poc acurat, era que segurament l'advocat ni tan sols s'havia plantejat o havia identificat l'element d'estrangeria i plantejava mecànicament la demanda.

Aquesta primera fase, la podem situar temporalment durant la dècada de 1990. Tots els supòsits d'aquesta fase es produeixen abans de l'any 2000. En aquests anys són escasses les demandes de separació i/o divorci presentades per immigrants magribins, però al llarg de la dècada aniran incrementant fins a ser ja supòsits habituals en els jutjats de primera instància l'any 2000, data en la que els plantejaments jurisdiccionals començaran a canviar.

Dels casos presentats com a exemples pràctics en el partit judicial de Mataró un dels ocorreguts en aquesta primera fase és el de F <sup>469</sup> que es veu l'any 1998. Recordem que la petició formulada a la demanda era la separació matrimonial d'acord amb la legislació espanyola, per considerar que la legislació marroquina en aquest punt era contrària a l'ordre públic. S'aportava prova del dret estranger consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada, al·legant impossibilitat d'aportar més proves donada la poca capacitat econòmica de F, que recordem litigava d'ofici. Les peticions en concret que es formulen eren la guarda i custòdia dels fills menors per a la mare i pensió alimentària del pare pels fills, així com una pensió per a la dona en concepte de contribució a les càrregues del matrimoni o en concepte de compensatòria..

La resposta donada pel jutge en aquell cas és força interessant i jurídicament crec que força correcte tenint en compte les minses o inexistents argumentacions que es donaven aleshores per aplicar dret espanyol en aquests casos i afavoria la solució del cas concret:

---

<sup>468</sup> A títol d'exemple veure: STS 12-01-1989 (Az RJ 1989/100), STS 11-05-1989 (AZ RJ 1989/3758) i de 21-06-1989, citades també a la STS 23-3-1994 (Az RJ 1994/216)7.STS 7/9/1990 (AZ RJ 1990/6855). SAP València de 15-11-1993 (Az AC 1993/2234). SAP Màlaga de 16-05-1995, a l'igual que la sentència del Jutjat de primera instància de Fuengirola de 20-06-1994 i la Sentència del Jutjat del Social 10 de Madrid que cita i aplica les STS de 23-10-1992 i 31-12-1994.

<sup>469</sup> El supòst de fet de F. està explicat explicat a l'annex 2 ref. 3-2/1998.

*"La primera cuestión a resolver hace referencia a la norma sustantiva aplicable en los presentes autos de separación matrimonial. Dada la nacionalidad marroquí de las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del CC, la ley aplicable es la del Reino de Marruecos por ser la nacional común de las partes. El artículo 12 apartado tercero del CC establece que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. En nuestro criterio, compartiendo el señalado por la actora en su escrito de demanda, que la legislación del Reino de Marruecos en materia de controversias matrimoniales (separación o divorcio, o si se prefiere divorcio revocable o no y/o repudiación) e igualmente en lo referente a todos los efectos subsiguientes o derivados de tal separación o divorcio resulta inaplicable por contraria al orden público. Apreciamos una absoluta falta de igualdad entre los derechos y deberes de los cónyuges, siendo manifiesta la situación de desigualdad de la mujer marroquí que resulta incompatible con el principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución Española. También resultan atentatorios (...) los principios que inspiran el divorcio en el derecho marroquí (en algunos supuestos revocable y por lo asimilable a la separación matrimonial) tanto en lo que se refiere al divorcio causal (véase en este sentido el apartado 2 del artículo 53 del C.E.P) como al divorcio por vicio redhibitorio (artículo 54), por no entrar en la valoración de la repudiación mediante compensación económica que nos llevaría a similares o peores consecuencias (artículos 61 i siguientes). Ni el mayor y bienintencionado intento de comprensión de realidades sociales y culturales distintas de las nuestras puede llevarnos a justificar y menos aún a aplicar normas que entrañan una discriminación entre las personas por razones de sexo y un claro atentado a la dignidad de la mujer.*

*Todo lo anterior cabe extenderlo a los efectos subsiguientes o complementarios a un pronunciamiento sobre la separación o divorcio, pues el contenido de las relaciones con los hijos, su guarda i custodia y régimen de comunicación, se encuentran también impregnando por el espíritu antes señalado de clara discriminación de la mujer, atribuyéndose al esposo unas capacidades de decisión y preferencia excluyente de la mujer que chocan igualmente con nuestros principios básicos. Por todo lo anteriormente expuestos, se ha de concluir que la legislación aplicable al supuesto que nos ocupa, esto es la legislación marroquí, choca y es contraria al orden público por lo que resulta inaplicable sin que sea necesaria, a nuestro juicio, mayor acreditación del derecho marroquí que la realizada por la parte actora, al no tratarse tanto de su aplicación como de su no aplicación, lo que nos excusa de nuestra posibilidad de haber obtenido una mayor confirmación de su aplicabilidad por los instrumentos de averiguación a que se refiere el artículo 12 último apartado del CC.*

*Excluida la aplicación de la ley nacional común de las partes, hay que acudir por mandato del mencionado artículo 107 del CC a la legislación española por ser en nuestro país donde tienen su residencia ambos cónyuges."* <sup>470</sup>

Aquesta sentència és interessant en primer lloc perquè, ni que sigui de pas, sembla que equipara el divorci revocable marroquí a una separació matrimonial, interpretació que podria ser molt interessant a l'hora de l'execució de sentències sobre trencament matrimonial d'un país a l'altre.

Per altra banda, aquesta sentència també és interessant perquè a diferència de postures rigoristes posteriors, admet la vulneració de l'ordre públic per la discriminació de la dona que suposaria l'aplicació de la llei marroquina i també perquè manté una curiosa posició sobre la prova del dret estranger: considera que els mitjans de prova aportats per l'actora sobre el dret estranger (consistent en còpia del Codi d'Estatut Personal per fotocòpia i traducció privada), tenint en compte que es pretén la seva no aplicació ja són suficients i, per tant, no cal demanar més proves sobre el dret estranger d'ofici.

En últim terme, la sentència aporta un altre element interessant i és que en considerar no aplicable la llei marroquina que és la nacional comú, recorre al segon criteri que fixava l'article 107 del CC en la seva redacció anterior per determinar la llei aplicable i que no és altra que la residència habitual del matrimoni, encara que segons el text literal d'aquest article aquest segon criteri entri en joc a falta de llei nacional comú, que no és exactament el que passa en aquest cas, ja que si que hi ha llei nacional comú però la considera inaplicable per excepció d'ordre públic.

Aquesta sentència posa de manifest que era possible aplicar dret espanyol amb una argumentació jurídica coherent i una interpretació correcta de l'excepció d'ordre públic i sobretot és digne de menció tenint en compte la seva data i la poca sensibilització ja exposada sobre aquests temes en aquell moment. Aquesta sentència també desmenteix el criteri (utilitzat per molts) de què no es poden divorciar ni separar magribins residents a Espanya per part dels tribunals espanyols i, a més, també tomba el fonament de la recent reforma del CC que deia que la redacció de l'article 107 del CC a la pràctica provocava que les dones magribines no tenien tutela jurídica a Espanya i que se'ls desestimava sistemàticament la demanda. L'esmentada sentència posa de relleu que encara que hi haguessin pocs elements a utilitzar, la voluntat i l'interès en trobar

---

<sup>470</sup> Sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció 8 de Mataró de 1-09-1999, dictada en el cas de F.

una solució permetia als jutges actuar fins i tot en el marc de l'anterior redacció de l'article 107 del CC.

El criteri de desestimació de la demanda per parts dels jutjats de primera instància va venir anys després de la mà de moltes sentències que van fer seu el criteri mantingut per l'Audiència Provincial de Barcelona i que i es va començar a formar a finals de la dècada dels noranta amb sentències des de l'any 1998<sup>471</sup> que, evidentment, no tenen incidència en els jutjats de primera instància fins més tard.

A l'altra banda de la balança hi ha aquells casos en els que el jutge ni tan sols es planteja l'existència d'un element d'estrangeria. Aquest és el cas de R.<sup>472</sup> que, a més, donat la seva perllongació en el temps viurà totes les fases d'aquesta evolució jurisprudencial. En el primer moment quan presenta una demanda de mesures prèvies a la separació (any 1999), malgrat que l'actora sí que al·legava i provava el dret marroquí per demanar l'excepció d'ordre públic, el jutjat no constata cap element d'estrangeria i resol com si talment es tractés d'un supòsit de separació entre espanyols. Així, l'auto de l'antic jutjat mixt numero 2 de Mataró (actual primera instància 2) establint les mesures provisionals sol·licitades en els autos 377/1999 simplement deia:

*Admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, a falta de acuerdo de los cónyuges judicialmente aprobado y con audiencia de los mismos, a tenor de los artículos 103 del Código Civil y 1896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la Disposición Adicional Cuarta, párrafo segundo, de la Ley 30/1981, de 7 de junio, examinada la solicitud de los cónyuges y el resultado de las pruebas practicadas, es procedente la adopción de las medidas provisionales que se mencionan en la parte dispositiva de esta resolución, en las que se tendrá en cuenta el resultado de las pruebas practicadas en el procedimiento, así como la limitación de la duración de las medidas acordadas en la presente resolución, y su carácter urgente y regulador de la situación de crisis de la pareja, y cuya vida queda limitada al tiempo de duración del procedimiento principal, y con independencia de las medidas que en su día puedan adoptarse en el mismo conforme el resultado de la prueba que en él se practique.*

Existeixen, però, casos més dramàtics, on la resolució en primera instància sense apreciar cap element d'estrangeria i, en conseqüència, sense entrar en joc les normes de

---

explicat a l'annex 2 ref. 3-2/1998.

<sup>471</sup> Sentències com les SAP Barcelona 15-09-1998 en el cas de Be. (explicat l'annex 2 ref. 1-1/1995) (AZ 1998/1564) i en el cas dels xinesos (AZ 1998/1948).

<sup>472</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.



conflicte comporta un resultat nefast pel justiciable. Aquest és el cas de Be.<sup>473</sup> En aquesta ocasió l'afer se situa a la població de Mollet del Vallès. Es tracta d'un afer fora de la comarca del Maresme i del partit judicial de Mataró, però força sintomàtic i digne de tenir en compte.

En la fase que ara estem analitzant el que és digne de destacar és que la mala actuació en el moment inicial, (principis dels anys 90), portarà després a que l'Audiència apliqui el seu criteri restrictiu que es recull en una sentència de 15-09-1998 en què es desestima la demanda i que, a més, serà àmpliament publicada i comentada per diversos autors. Aquesta sentència, juntament amb una altra de la mateixa data<sup>474</sup>, començaran a fixar el criteri restrictiu de l'Audiència en aquests supòsits. Aquesta sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15-09-1998 afirma:

*Con carácter previo a enjuiciar las pretensiones sostenidas en el recurso por la parte actora y el Ministerio Fiscal, la Sala considera necesario pronunciarse sobre la cuestión esencial, de orden público, de analizar y concretar la legislación aplicable al objeto del litigio, habida cuenta de que ha sido invocada por la parte demandante, y aplicada por el juzgador de instancia, la legislación española sobre estado civil, cuando de las circunstancias aportadas por las propias partes, se deduce que ambos litigantes cuentan con la nacionalidad marroquí común.*

*Si bien es cierto que, para la atribución de la competencia, la norma de conflicto aplicable es la española, tal como establece el artículo 12.1 del Código Civil, y el ordenamiento español en el artículo 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 30/1981, de 7 julio, atribuye la competencia para los litigios de separación y divorcio a los Juzgados españoles, siempre que la residencia habitual de los litigantes sea en nuestro país, como ocurre en el caso de autos, en los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la Ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del Código Civil.*

---

<sup>473</sup> El supòst de fet de Be. està explicat l'annex 2 ref. **1-1/1995.**

<sup>474</sup> SAP de Barcelona (secció 12) de 15-09-1998 referida en aquest cas a divorci entre xinesos. Az 1998/1948. Aquestes sentències han estat àmpliament comentades per la doctrina i es citen en nombrosos treballs, per exemple QUIÑONES, A. "La disolución del matrimonio: especial referència al repudio islámico", en RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir) – "La multiculturalidad especial referencia al Islam" Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002. També QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. Altres autors CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Tots dos articles a Anuario de Derecho Internacional Privado) EDIPr T I 2001.

*En consecuencia con lo anterior, la invocación por la parte actora, y la aplicación por el juez de instancia de la ley española, viola los principios y normas de Derecho Internacional Privado vigentes en España, ya que debió alegarse y probarse por la parte demandante el derecho vigente sobre la materia en el Reino de Marruecos, sin cuyo requisito el enjuiciamiento de la acción ejercitada no resulta posible, puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público, y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni ser subsanada por el Tribunal Español su falta de alegación mediante el mecanismo de la aplicación de la ley española, toda vez que, en tal caso, la sentencia que se dictase, carecería de efectos jurídicos en el país en el que consta inscrito el matrimonio de los litigantes.*

*El artículo 12 del Código Civil, impone a la parte que ejercita la acción, la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero, por los medios de prueba admitidos por la ley española, y si bien es cierto que el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, tal actividad ha de ser realizada en la instancia, tanto en lo que se refiere a la concreción de la norma concreta aplicable y su vigencia, como al juicio de equivalencia de instituciones con las recogidas en el ordenamiento español, o la ponderación de la sujeción de la norma extranjera al orden público, otorgando a las partes la posibilidad de alegar y probar sobre los anteriores extremos.*

*No habiéndose ejercitado por la parte actora la acción con sujeción a las normas de Derecho Internacional Privado referidas en el presente fundamento, ni habiéndose realizado por el juzgador de instancia actividad alguna tendente a subsanar tal defecto de la demanda, procede apreciar de oficio la vulneración de los principios legales expuestos, cuya naturaleza es de orden público, y desestimar la pretensión ejercitada con la demanda, sin perjuicio del derecho de las partes a instar las acciones alimenticias o de resolución de controversias en la patria potestad que estimen convenientes, o a reiterar la acción sobre estado civil, invocando y probando el derecho material de aplicación.*

*La desestimación de la demanda de separación, hace innecesario entrar a enjuiciar los motivos del recurso sostenidos por la parte recurrente y por el Ministerio Fiscal.*

Més enllà de les anàlisis jurídiques que diversos autors ja s'han encarregat de fer d'aquesta sentència<sup>475</sup>, cal analitzar realment la situació fàctica en què van quedar la mare i el menor. La família del marit va arravatar al menor durant unes vacances d'estiu al Marroc i no li van voler retornar mai. Arribats de nou tots a Espanya Be. denuncia, però la família del marit amb molts més recursos econòmics fa valer la sentència de primera instància de 1996 que encara no era ferma i aconsegueix així que la justícia no faci cap actuació preferent per retornar el menor a la mare, que era la titular de la guarda i custòdia. La família del marit no permet a Be. acostar-se als seu fill, ni donar-li en règim de visites, encara que la sentència que ells al·legaven sí que li donava a la mare

un règim de visites. Es produeixen diverses denúncies que finalment s'arxiven. Durant tot aquest temps la família paterna comença a omplir al cap al menor que la mare és dolenta i que l'ha abandonat i el predispesa en contra de qualsevol relació amb la mare, arribant a afirmar en una exploració judicial que si havia de viure amb la seva mare es mataria.

En aquest estat de coses l'any 1998 la sentència de l'Audiència de Barcelona, no fa més que perjudicar a aquest menor. Desestimar la demanda pot ser una conseqüència jurídica correcta davant la manca d'argumentació jurídica de cap mena sobre l'element d'estrangeria que hi havia en el cas concret, però és evident que no soluciona el cas que se li planteja i que deixa a un menor sense cap recolzament jurídic sobre la seva guarda i custòdia ni les seves relacions amb el pares, vulnerant fins i tot el dret a una tutela judicial efectiva.

Quan Be. torna a plantejar la demanda l'any 1999 recorre a un advocat privat però quan arriben les primeres mesures l'any 2001, el menor ja te gairebé 12 anys i fruit de la malaltia mental del pare amb el que ha viscut i el poc control educatiu que ha tingut, es veu ja immers en un estadi gairebé de predelinquència que porta el seu ingrés en un centre de la Generalitat davant la impotència de Be. La sentència favorable que arriba de l'Audiència l'any 2002 ja no té cap mena d'efecte ni resol res.

Aquest exemple posa de manifest que les respostes doctrinals s'han de fer perquè tinguin una aplicació pràctica i no perquè siguin tan sols unes grans teories jurídiques.

La sentència de 15-09-1998 constata realment el mal assessorament jurídic inicial, que fa que es plantegi la demanda de separació matrimonial exactament com es faria en un supòsit intern sense cap element d'estrangeria (pràctica que recordem que per aquelles dates era l'habitual) però això no pot donar lloc a un desemparament total del justiciable com són Be. i el seu fill, i més tenint en compte que Be. litigava d'ofici i que, en conseqüència, no havia escollit al seu advocat.

En aquest cas concret hagués estat més just que l'esmentada sentència per manca d'acreditació del dret estranger hagués determinat aplicable el dret espanyol <sup>476</sup> i hagués entrat a resoldre el fons del cas. De fet, davant la proliferació de casos similars la pròpia Audiència Provincial de Barcelona ha canviat aquest criteri en els darrers anys, donant respostes favorables a la resolució pràctica dels casos.

---

<sup>475</sup> Veure referències de la nota 462.

En altres zones d'Espanya les sentències també són poques i realitzades amb les mateixes mancances. Tot i que en aquests primers anys és difícil poder trobar exemples jurisprudencials sobre aquesta mena de litigis. No és fins ja l'any 2000 en que es comencen a produir sentències de les Audiències Provincials, sovint sense un criteri unitari i amb posicions contraposades.

Amb anterioritat a les dates d'aquestes sentències el que trobem més són resolucions de la DGRN en el moment d'inscriure matrimonis celebrats a l'estranger en els casos de parelles mixtes (espanyol-marroquí) i resolucions del TS en matèria d'exequàtur. Totes dues se centren bàsicament en l'excepció d'ordre públic per a admetre actes realitzats al país d'origen. Així per exemple les RDGRN que deneguen la inscripció dels matrimonis en casos de poligàmia i els ATS que comencen a analitzar la figura del divorci marroquí.<sup>477</sup> Són unes primeres resolucions on donat el poc nombre de les mateixes encara no hi ha una preocupació per establir cap tendència i on la jurisprudència en general es mostra bastant rígida a admetre la validesa de figures jurídiques foranes. En cap cas es tracta de respostes a processos matrimonials instats en els tribunals espanyols sino de reconèixer i/o executar resolucions i actes realitzats en territori estranger. Per tant les mateixes s'inscriuen més en l'àmbit doncs del reconeixament i execució que no en el de resolució de demandes de litigis de família.

De l'anàlisi d'aquesta primera fase de tractament de litigis de família amb elements d'estrangeria on els litigants són magribins es constata l'existència de moltes mancances en el tractament jurídic i pràctic d'aquests casos i que es poden concretar en els següents punts:

1.- Desconeixement dels supòsits que es plantegen des d'un punt de vista jurídic i també des d'un punt de vista sociològic.

Molts operadors jurídics, que tenen el Dret Internacional Privat molt oblidat, ni s'adonen de l'element d'estrangeria i actuen com si es tractés d'un supòsit purament intern, amb les possibles conseqüències negatives pels justiciables si després l'òrgan

---

<sup>476</sup> Cal recordar en aquest sentit la doctrina del TS que abocava cap a l'aplicació de dret espanyol davant la manca de prova del dret estranger, amb diverses sentències que ja he referenciat.

<sup>477</sup> Sense voler ser exhaustiva (tornaré a parlar del tema l'apartat del treball dedicat al reconeixement i execució de sentències estrangeres) cal tenir present les RDGRN de 27-10-1992,(AZ RJ 1992/9461), 11-05-1994(AZ RJ1994/5022), 14-04-1994 (AZ RJ 1994/8876), 8-03-1995 (AZ RJ 1995/2601), 2-12-1996 (AZ RJ 1997/7371). També cal veure les següents resolucions del TS 23-07-1996 (AZ RJ 1996/2907) en la que s'aprecia l'excepció d'ordre públic en tractar-se d'un divorci revocable. ATS 08-06-1999(AZ RJ 1999/4346) en la que el divorci tipus *khol* es considera perfectament adequat amb el nostre ordre públic.

judicial constata aquest element d'estrangeria i no s'ha plantejat la demanda tenint-lo present.

Per altra banda, molts operadors jurídics, que sí entren a apreciar l'element d'estrangeria, confonen termes com competència judicial i llei aplicable i es desestima d'entrada el coneixement de demandes de família per considerar erròniament aquest conceptes.

En aquesta primera fase, tots els professionals que intervenen en aquest processos tenen un gran desconeixement de la cultura d'origen de les magribins basant-se en idees prefixades.

Així, tant des de serveis socials, com fins als propis jutjats a vegades es creu que la dona magribina no pot divorciar-se perquè no es permet el divorci per assimilació al que passava en la nostra cultura catòlica, quan en realitat no és aquest el problema. Altres vegades aquest desconeixement o la voluntat de tenir una postura més progressista fa a caure a la banda inversa i considerar que s'ha de respectar la seva cultura d'origen i, en conseqüència, la seva legislació, per discriminatòria que sigui.

En el cas de Be., de Mollet del Vallès, aquestes postures fins i tot es perceben des de serveis socials, quan s'adonen de l'engany a que ha estat sotmesa Be. i en el cas de F. de Mataró aquesta idea de fons està present fins i tot en la pròpia sentència. (*Ni el mayor y bienintencionado intento de comprensión de realidades sociales y culturales distintas de las nuestras puede llevarnos a justificar y menos aún a aplicar normas que entrañan una discriminación entre las personas por razones de sexo y un claro atentado a la dignidad de la mujer*).

Les dones que protagonitzen els casos analitzats, són dones valentes, que trenquen amb el tòpic que llavors sovint es tenia de les dones àrabs, però això no ha de fer oblidar tampoc el plus que en la seva tradició cultural suposa el fet d'enfrontar-se elles sola al seu marit. A Be., la família del marit l'arriba fins i tot a tractar de mala mare i de puta, pel fet de no voler ser víctima d'unes agressions continuades i demanar la guarda i custòdia del seu fill. Davant d'aquestes situacions s'ha de tenir en compte també la societat del país d'origen però sense idees preconcebudes, ni proteccionismes ni tampoc prescindint totalment de l'element cultural que hi ha al fons.

2.- Poca voluntat de donar una resposta de conjunt a aquests supòsits, ja que en aquests moments encara són aïllats.

Precisament fruit d'aquest desconeixement de la realitat de fons i de la pròpia legislació aplicable, es resolen els casos puntualment, majoritàriament per aplicació directa del dret espanyol.

Això fa que pocs casos arribin a la opinió pública. N'hi ha pocs i els pocs que hi ha es resolten com si es tractés de casos de dret intern sense més. Els operadors jurídics, fins i tot, hi paren poc esment.

Casos puntuals com els de Be. anys més tard arribaran als mitjans de comunicació i de manera errònia es dirà que les dones magribines no es poden divorciar a Espanya o que es veuen obligades a fer-ho segons la seva llei personal encara que sigui contrària a l'ordre públic. Aquests mateixos casos són els que motiven l'informe del Defensor del Poble i la recomanació per modificar l'article 107 del CC.<sup>478</sup>

La mala actuació constatada en aquesta primera fase i la poca valoració dels problemes tan socials com jurídics de fons, fa que es donin supòsits amb resultats no desitjables i que s'arribi als nostres dies amb un bagatge jurisprudencial i pràctic poc acurat. És precisament aquesta situació inicial la que ha influït en l'evolució posterior de la jurisprudència i de la doctrina i la que està en la base la recent reforma del CC.

## a.2 Supòsits de desestimació de la demanda. (2000-2001)

Fruit d'aquesta primera fase i de les posicions i solucions que es donen arribem a un segon moment en què de manera general fins i tot per part dels mateixos jutjats de primera instància que abans resolien aplicant dret espanyol sense més, ara es pren la postura de desestimar la demanda.

Les primeres sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona que fixaven aquest criteri daten de 1998, però el canvi de jurisprudència en els jutjats de Mataró no es produeix fins ja cap a l'any 2000, quan pràcticament l'Audiència Provincial ja començava a canviar de criteri.

Les primeres sentències que arriben de les Audiències Provincials i en concret les de la Audiència Provincial de Barcelona resolten normalment supòsit dels que hem vist en la primera fase i que per part dels jutjats de primera instància o de família s'havien tramitat sense tenir en compte l'element d'estrangeria, que ni s'havia al·legat ni fonamentat. Aquest és el cas de Be. ja analitzat.

---

<sup>478</sup> Sobre aquest aspecte hi tornaré en parlar de la reforma de l'article 107, però ara vull ja esmentar alguns articles apareguts a la premsa, com per exemple: *Cola para divorciarse a la española*. LA VANGUARDIA de 23-02-2003. Cal parar esment de nou a l'Informe del Defensor del Poble de l'any 2002.

L'Audiència Provincial de Barcelona i en concret la secció 12 mantenia un criteri estricte, que malgrat pugui ser jurídicament correcte s'allunya del que és la solució del cas en concret.

Un exemple d'aquesta postura són les sentències de 15-09-1998. Un d'elles és la que fa referència al cas de Be., que va ser l'inici d'aquesta postura. L'altre, també ja esmentada, feia referència a un divorci demanat per dos xinesos. L'argument jurídic en una i altra és el mateix:

La invocació per part de l'actora i l'aplicació pel jutge d'instància de la llei espanyola, viola els principis i normes de Dret Internacional Privat. Hauria hagut d'al·legar-se i provar-se per la demandant el dret xinès en un cas i el dret marroquí en l'altre. No es pot exercitar l'acció. És així perquè no es pot triar la llei aplicable al divorci i no es pot aplicar subsidiàriament la llei espanyola, ja que sinó no seria executable al país d'origen.<sup>479</sup>

El resultat pràctic nefast de la desestimació de la demanda es va veure en el cas de Be. però més enllà de les connotacions pràctiques aquesta postura jurídica admet crítiques diverses.

És encertat posar de manifest que la part actora en primer lloc, i després el jutge d'instància, haguessin hagut d'adonar-se de l'element d'estrangeria i tractar-lo en conseqüència, però la postura general de l'Audiència Provincial de Barcelona posada de manifest en aquestes dues sentències i en d'altres de posteriors sembla que també era portar aquesta idea a l'extrem i considerar que sempre amb un element d'estrangeria cal aplicar i, per tant, al·legar i provar dret estranger i si aquesta al·legació no es fa correctament s'ha de desestimar la demanda, demanant així un plus d'exigència o de complicació als litigants estrangers o als espanyols que intervenen en processos amb un element d'estrangeria.

En el cas de Be. era correcte dir que calia haver al·legat i provat el dret marroquí perquè ningú en primera instància va posar èmfasi a l'element d'estrangeria vigent en l'afer, però en el cas del divorci entre dos xinesos no és exactament aquesta la posició de la part actora. En aquest cas, en primera instància la demandant invoca l'excepció d'ordre públic i el jutge d'instància l'aprecia i, en canvi, l'Audiència no para esment en aquest fet.

---

<sup>479</sup> Veure les SAP de 15-09-1998 (Az AC 1998/1948) en el cas dels xinesos i Az 1998/1564 en el cas de Be. Explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995.

Quan un litigant està invocant l'excepció d'ordre públic i demanant, en conseqüència, l'aplicació del dret espanyol, tècnicament no està fent una elecció de la llei aplicable i el tribunal en contestar ha de determinar si hi ha excepció d'ordre públic o no, però no actuar com si l'element d'estrangeria no s'hagués posat de manifest.

La segona precisió és que segons l'Audiència davant la manca de prova d'aquest dret no es pot aplicar dret espanyol perquè així s'impediria la seva execució al país d'origen. Al respecte, cal assenyalar que la manca de prova del dret estranger sempre havia produït dues postures doctrinals contraposades, recolzades també amb les respectives resolucions judicials: aplicar dret espanyol, o desestimar la demanda (que és la que en aquest cas manté l'Audiència Provincial de Barcelona)<sup>480</sup>. En aquest sentit, cal tenir present la darrera postura del Tribunal Constitucional en aquest afer que ha vingut a donar validesa a la postura d'aplicació del dret espanyol en cas de manca de prova del dret estranger. Postura aquesta criticada per part de la doctrina, però que s'adequa a la justícia del cas concret i que allunya qualsevol possibilitat d'indefensió dels litigants en la que sí poden quedar si és desestima la demanda sense més, com s'ha posat de manifest en el cas de Be. A més, cal tenir en compte la dificultat real de prova del dret estranger per part de litigants amb pocs recursos, sobretot sinó s'introdueixen mitjans novedosos, àgils i econòmics per provar aquest dret estranger en un moment en què els litigants ja no són classes benestants sinó més aviat tot el contrari.

L'Audiència Provincial podia constatar el mal assessorament o la mala pràctica jurídica en posar de manifest que no s'havia tingut en compte l'element d'estrangeria, però després podia decantar-se cap a l'aplicació del dret espanyol en no haver-se pogut provar precisament aquest dret estranger que era a priori aplicable, i afavorir així als litigants i als seus fills menors amb una resolució jurídica, que es pogués fer complir a Espanya. Si s'havia al·legat excepció d'ordre públic per part de la part demandant, com passava en el cas dels xinesos, caldria determinar si aquesta existia o no, però no desestimar la demanda sense més.

Per altra banda, és important determinar si la sentència que es dicti a Espanya podrà tenir o no accés al registre civil del país d'origen i, per tant, si allà podrà ser executada o reconeguda, però tractant-se de famílies amb fills menors d'edat totalment

---

<sup>480</sup> Veure en aquest sentit el resum d'aquesta evolució PÉREZ VOITURIEZ, ANTONIO: *La nueva ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del derecho extranjero* (Anuario de Derecho Internacional Privado) AEDIPr T I 2001 (pàg. 441). Igualment també fa referència a aquestes dues postures CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Tots dos articles a Anuario de Derecho Internacional Privado) AEDIPr T I 2001.



establertes a Espanya el primer que cal és determinar és què passa i com queden les relacions familiars en el nostre territori. És aquí on cal que quedi clar si els cònjuges continuen casats o no i si, en conseqüència, poden vincular els seus patrimonis. És aquí on cal determinar si els pares tenen la guarda i custòdia dels fills i/o un règim de visites i si poden o no endur-se als fills fora del territori espanyol. També és aquí on cal determinar si han de passar pensió alimentària pels fills i/o el cònjuge i poder embargar la nòmina que cobren a Espanya en cas que no ho facin, i així podríem seguir amb un llarg etcètera perquè és aquí (escola, sol·licituds d'ajuts públics de menjador, denúncies, embargaments, etc...) on tots aquests problemes han de tenir resposta i, a més, ràpida sobretot quan hi ha fills menors d'edat.

L'Audiència Provincial de Barcelona va continuar durant un temps en aquesta línia duríssima de no voler acceptar les demandes interposades per estrangers i en concret pels magribins si no eren d'acord amb el seu dret nacional que, en conseqüència, s'havia de provar d'acord també amb criteris estrictes de prova.

La sentència de 16-09-1998<sup>481</sup> continuava desestimant la demanda, ara ja no per una manca de prova sino perquè la prova del dret marroquí aportada constata que en aquesta legislació no existeix la separació sino el divorci.

La sentència de 06-04-2000<sup>482</sup>, canvia una mica l'argumentació però amb un resultat pràctic igual. En aquest cas sí que s'havia posat de manifest l'element d'estrangeria i s'aportava el text del codi d'estatut personal del Marroc facilitat pel Consolat del Marroc a Barcelona, al·legant que el dret marroquí era contrari a l'ordre públic i, en conseqüència, s'havia d'aplicar dret espanyol i, per tant, decretar la separació matrimonial dels litigants.

L'Audiència ara sembla trobar un altre argument per no donar resposta a aquest cas. Es considera suficient el text facilitat pel Consolat del Marroc per determinar que el dret marroquí no és contrari a l'ordre públic, amb arguments tals com que el fet que sigui diferent no vol dir contrari i que es confon el comportament del demandat amb el que realment diu la legislació marroquina.

Aquesta postura entenc que amaga una voluntat de fons de no criminalitzar, i no destruir les normes marroquines basades en el dret islàmic, però aquí l'Audiència calia que analitzés una mica més a fons i es decantés per determinar si es podia admetre en el

---

<sup>481</sup> SAP BARCELONA 16-09-1998 VLEX HIUG049 ([www.v-lex.com](http://www.v-lex.com))

nostre país normes que permetien, per exemple, al marit repudiar a la dona sense cap causa i a la dona obligar a provar una sèrie de causes per poder accedir al divorci. L'Audiència no fa aquest plantejament i torna a demanar desesperadament l'aplicació cega o directa del dret marroquí per part dels tribunals espanyols, que sí són competents. La conclusió final, doncs, és que com que la demanda interposada era de separació matrimonial i no de divorci, i com que el dret marroquí no admet la separació, no es podia decretar la separació matrimonial.

Davant d'aquesta postura de l'Audiència de Barcelona, els mateixos jutjats de primera instància que fins a les hores havien aplicat dret espanyol sense més, van començar a aplicar la doctrina marcada per l'Audiència de Barcelona i van començar a desestimar les demandes. Paral·lelament van haver de trobar un criteri per protegir als fills menors i aquest era estimar les demandes de mesures provisionalíssimes o coetànies per aplicació de l'article 158 del Codi Civil sense entrar a la qüestió de fons, que quedava pel plet principal, amb la paradoxa que el plet principal podia ser desestimat. Sembla que els jutjats van trobar en el criteri de l'Audiència una manera de no admetre les demandes de separació o divorci instades per magribins i s'intentava protegir els menors per la via del 158 del CC. És un moment d'aplicació sistemàtica d'aquest criteri, perquè en el molts casos s'argumenta de manera concreta per la part actora o demandada el perquè de l'excepció d'ordre públic o el perquè l'aplicació del dret marroquí i els jutjats contesten sistemàticament amb l'argumentació general del criteri establert per l'Audiència, sense que es tingui la percepció de què realment es fa una anàlisi del cas concret i de què realment es valorin les proves aportades. Sembla que es produeix una aplicació sistemàtica i cega del criteri de l'Audiència, potser en un intent de trobar una solució fàcil al nombre ja elevat de demandes que es presenten per magribins. La mateixa sentència de l'Audiència de Barcelona 6-04-2000, prové d'una sentència desestimant la demanda del Jutjat de primera instància 9 de l'Hospitalet de Llobregat de 10-09-1999.

Aquesta tendència la podem veure en els casos d'anàlisi. En el cas de R.<sup>483</sup> es claríssim. R. presenta demanda de separació matrimonial amb mesures cautelars l'any 1999. El jutjat mixt numero 2 de Mataró com ja hem vist acorda les mesures cautelars sol·licitades, sense cap referència a l'element d'estrangeria. La parella decideix tornar-

---

<sup>482</sup> SAP BARCELONA 06-04-2000 (AZ AC 2000/1088) Veure nota de ARENAS GARCÍA, R. *Improcedencia de la aplicación del derecho español solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España*. AEDIPr 2002.

<sup>483</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

ho a intentar i es reconcilien sense desistir del procediment. Després, al cap d'un any, tornen a haver-hi problemes, motiu pel qual es reactiva el procediment, llavors el mateix Jutjat de Mataró que va acordar les mesures sense apreciar cap element d'estrangeria com era costum de fer, ara seguint el criteri de l'Audiència de Barcelona desestima la demanda. Literalment, la sentència del plet principal dictada en els autos 375/1999 el 5-12-2001 deia:

*PRIMERO.- Se insta en la demanda rectora del procedimiento acción de separación matrimonial de los cónyuges invocando como causas de la misma las contenidas en los números 1 y 2 del artículo 82, argumentando que la Ley aplicable es la española y aportando, no obstante copia de la legislación marroquí como nacionalidad común de los cónyuges. La primera cuestión pues que hay que determinar es cual sea el Tribunal competente para el conocimiento de la demanda ejercitada y cual la Ley aplicable.*

*Si bien es cierto que, para la atribución de la competencia, la norma de conflicto aplicable es la española, tal como establece el artículo 12.1 del Código Civil, y el ordenamiento español en el artículo 22, 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la Disposición Adicional 3ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, atribuye la competencia para los litigios de separación y divorcio a los juzgados españoles, siempre que la residencia habitual de los litigantes sea en nuestro país, como ocurre en el caso de autos, en los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del Código Civil. En consecuencia con lo anterior, la invocación por la parte actora, y la aplicación de la ley española, violaría los principios y normas de derecho internacional privado vigentes en España, ya que debe alegarse y probarse por la parte demandante el derecho vigente sobre la materia en el Reino de Marruecos, sin cuyo requisito en enjuiciamiento de la acción ejercitada no resulta posible, puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público, y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni ser subsanada por el tribunal español su falta de alegación mediante el mecanismo de la aplicación de la ley española, toda vez que, en tal caso, la sentencia que se dictase, carecería de efectos jurídicos en el país en el que consta inscrito el matrimonio de los litigantes.*

*SEGUNDO.- Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 12 del Código Civil, impone a la parte que ejercita la acción, la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero, por los medios de prueba admitidos por la ley española, tanto en lo que se refiere a la concreción de la norma concreta aplicable y su vigencia, como al juicio de equivalencia de instituciones con las recogidas en el ordenamiento español, o la ponderación de la sujeción de la norma extranjera al orden público, otorgando a las partes*

*la posibilidad de alegar y probar sobre los anteriores extremos, la demanda ejercitada debe ser desestimada.*

*A pesar de las alegaciones de la actora acerca del Derecho aplicable, y conforme a lo anteriormente señalado ninguna duda existe de que la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda es la que debe regular la separación de los mismos y la eficacia que la misma produzca.*

*Sin embargo, de lo actuado en el procedimiento se debe concluir en la desestimación de la demanda, no sólo por falta de prueba del derecho marroquí, sino también por la inexistencia en el referido ordenamiento de norma sustantiva que permita la acción instada por los consortes. Así de la única documental aportada al respecto por la parte actora que contempla la disolución del matrimonio según el Derecho marroquí, no estando prevista la separación, en cuanto la misma no supone disolución del vínculo, en todo caso la demanda debe ser desestimada; ni siquiera aún cuando se intentara o mantuviera una equiparación respecto al instituto de la “separación” en nuestro ordenamiento jurídico, y los supuestos de divorcio revocable, según la legislación marroquí, (equiparación en todo caso que no ha sido acreditada por las partes), se podría llegar a la estimación de la demanda, pues del relato de hechos realizado en la demanda y del resultado de la prueba obrante en autos no aparece acreditada la existencia de ninguno de los supuestos contemplados como tales en la legislación marroquí.*

*Por todo ello, procede la desestimación de la demanda, dejando sin efecto las medidas provisionales en su día acordadas.*

Aquesta sentència exemplifica diversos aspectes ja comentats.

En primer lloc, la confusió de termes entre llei aplicable i competència internacional, invocant l'article 12. 1 del CC espanyol que fa referència a la tècnica de la qualificació, referint-la a les normes de competència judicial, al·legant llavors la LOPJ i la Disposició Addicional 1<sup>a</sup> de la Llei 30/1981 de 7 de juliol, sense establir quina preval sobre l'altra ja que estableix furs diferents encara que no afecten al supòsit jutjat. Recordem que la doctrina ja s'havia encarregat de precisar quin era la norma que s'havia d'aplicar. Situació ara ja del tot clarificada amb l'entrada en vigor de la LEC 1/2000 i la seva remissió concreta a la LOPJ. (article 36.1 de la LEC 1/2000).<sup>484</sup> En segon lloc, aplica la tesi de l'Audiència Provincial sense entrar gaire en cas de fons. En aquest cas no es tractava que la part hagués al·legat dret espanyol sense més com en el cas de la Sentència de l'Audiència Provincial de 15-09-1998 ja comentada en les pàgines precedents, sinó que s'havia al·legat l'excepció d'ordre públic a la vista de la legislació estrangera, en aquest cas marroquina, que si s'incorporava als autos. Per últim la sentència entén que no s'ha provat el dret estranger però curiosament fa servir el dret

estranger aportat als autos per dir que no es dóna cap dels supòsits que recull la legislació aportada per decretar la separació, ja que aquest no existeix en dret marroquí. En què quedem doncs? s'ha provat o no s'ha provat el dret marroquí?

La confusió de la sentència d'instància és, doncs, considerable i resol emparant-se en una doctrina de l'Audiència de Barcelona molt estricta i que no tenia en compte la justícia del cas concret.

Afortunadament, en aquest cas l'actora va apel·lar a l'Audiència de Barcelona, que en aquest període de temps ja havia flexibilitzat el seu criteri i que va estimar finalment la seva demanda.

En el cas de S. <sup>485</sup>El jutjat de primera instància 4 de Mataró aprova algunes de les mesures prèvies sol·licitades però per aplicació de l'article 158 del CC, argumentant a més la no existència d'excepció d'ordre públic, malgrat les alegacions concretes per la part actora amb aportació de prova documental inclosa. No s'al·legava que tot el dret marroquí en el seu conjunt fos contrari a l'ordre públic, sinó el que s'havia d'aplicar al cas concret, com per exemple i entre d'altres, la diferència de causes de trencament del vincle matrimonial per a home i dona: cap causa pel marit que pot exercir el repudi i causes taxades i molt ben acreditades perquè l'esposa pugui demanar el divorci o el diferent règim de guarda i custòdia pel nen i la nena a partir dels 12 anys

Així, l'auto de 19-11-2001 del jutjat mixt 4 de Mataró (actual primera instància 3) en els autos de mesures provisionals prèvies 670/2001 deia textualment el següent:

*En los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del código civil y en el caso, siendo los esposos de nacionalidad marroquí, la ley aplicable será la de dicho país.*

*El artículo 12 del código civil, impone a la parte que ejercita la acción, la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero, por los medios de prueba admitidos por la ley española, y si bien es cierto que el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, tal actividad ha de ser realizada en la instancia, tanto en lo que se refiere a la concreción de la norma concreta aplicable y su vigencia, como al juicio de equivalencia de instituciones con las recogidas en el ordenamiento español, o la ponderación de la sujeción de la norma extranjera al orden público, otorgando a las partes la posibilidad de alegar y probar sobre los anteriores extremos. Conforme a las normas invocadas y acreditadas por la solicitante, Código del Estatuto Personal, no cabe la adopción de medidas provisionales*

---

<sup>484</sup> Veure apartat de competència judicial d'aquest estudi on s'ha comentat àmpliament el tema.

*previas a la petición de disolución del vínculo matrimonial, de forma similar a lo previsto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular que el cónyuge que se proponga a interponer demanda de divorcio, nulidad o separación matrimonial, podrá solicitar ante el Tribunal de su domicilio la adopción de las medidas y efectos a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil. En consecuencia, la adopción de medidas al amparo de dichos artículos resulta improcedente, sin que el derecho marroquí, en su conjunto, pueda ser considerado contrario al orden público español, como se pretende en la solicitud, cuando el propio Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones sentencias dictadas por tribunales de dicho país en materia matrimonial.*

*SEGUNDO.- No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 158 del Código Civil, redactado por L.O. 1/1996, 15 enero ("B.O.E." 17 enero), de Protección Jurídica del Menor, el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres; 2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y 3º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por otro lado, el artículo 159 del Código Civil, señala que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*

En el cas de G.<sup>486</sup>, l'auto aprova les mesures sol·licitades però sense entrar en el fons del tema, que deixa per al plet principal. En el plet principal es presenta demanda de separació per aplicació del dret espanyol per excepció d'ordre públic i subsidiàriament demanda de divorci per aplicació del dret espanyol. El jutge fa escollir en un inici la demanda, mantenint l'actora la petició de separació per aplicació del dret espanyol per excepció d'ordre públic, però a l'acte de la vista es recondueix a un divorci que s'aprova per aplicació del dret marroquí.

En aquest cas, l'auto de mesures prèvies a la demanda de 28-05-2002 en els autos 75/2002 del jutjat mixt 6 de Mataró deia literalment:

*PRIMERO.- ..... Con carácter previo al examen de las medidas en concreto que se instan, se hace preciso entrar a conocer de la solicitud de nulidad de actuaciones en fundamento a no haberse acompañado a la solicitud inicial los documentos esenciales, en la indefensión*

---

<sup>485</sup> El supòsit de fet de S. està explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001.

*derivada de desconocer si la instante solicita la separación o el divorcio y si se basa la misma en la legislación española o marroquí. Ninguna de las causas alegadas puede ser determinante del efecto que se solicita por la parte. En cuanto a la primera de ellas, no ha llegado a determinarse a través de las pruebas practicadas cual de los progenitores se halla en posesión de la documentación de los miembros de la familia. En cualquier caso, el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige que a la petición de las medidas de que se trata se acompañe documentación alguna al respecto, al tiempo que debe tenerse en consideración que ni la existencia del matrimonio entre los litigantes ni el nacimiento de las dos hijas menores ha sido cuestionada a lo largo del procedimiento.*

*En lo que se refiere a la segunda causa invocada, en la petición inicial se insta la adopción de medidas previas a la separación o el divorcio en base a la aplicación de uno u otro de los derechos que se exponen en la misma, sin que el ejercicio de una u otra acción en el proceso principal y posterior al presente pueda afectar a la adopción de medidas previas a proceso matrimonial, en el que habrán de ventilarse aquellas cuestiones.*

*Finalmente, como se expuso al inicio y anteriormente en la resolución por la que se admitió a trámite la solicitud, la presente se dicta en aras a la protección del interés de los hijos menores de los litigantes, y en aplicación de lo prevenido en el artículo 158 del Código Civil, no afectando la misma a las relaciones derivadas de la ruptura de la convivencia matrimonial para las partes, que habrán de abarcarse en el procedimiento principal, y acerca de las que no se hará pronunciamiento alguno en la presente.*

En aquest període de temps també fiscalia ha canviat al criteri i s'oposa sistemàticament a l'apreciació de l'excepció d'ordre públic i l'aplicació, en conseqüència, del dret espanyol, encara que això no sigui el que més afavoreix al menor sempre.

Aquesta postura, doncs, més rígida propiciada pel criteri de l'Audiència de Barcelona i seguida després pels jutjats de primera instància, coincideix en el temps amb l'increment de casos i es comença llavors a produir la consideració social que arriba, fins i tot, als mitjans d'informació que les dones magribines no es poden divorciar a Espanya. Fins i tot, hi intervé el Defensor del Poble, que recull la situació, encara que potser no d'una manera molt precisa, en el seu informe anual i la solució que es proposa per fer front al problema és una reforma legislativa.

Tot aquest moviment també fa replantejar-se l'Audiència de Barcelona el seu criteri, decantant-se ara cap a una postura més flexible i afavoridora de la justícia del cas concret. Aquesta nova orientació és plasmarà en sentències ja posteriors, a partir de l'any 2001.

---

<sup>486</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

L'evolució a la resta d'Espanya en aquest període ha estat igual de vacil·lant. A part d'algunes resolucions anteriors, com les de l'Audiència de Barcelona ja comentades, que daten de finals dels noranta, no és fins l'any 2000 en que es comencen a produir diverses sentències arreu d'Espanya, amb posicions i criteris diversos, respecte dels litigis familiars amb magribins o ciutadans d'altres països de tradició islàmica, que comencen a ser ja més nombrosos.

Així per exemple, dues sentències de la mateixa Audiència Provincial de Madrid. Una d'elles de 21-02-2000<sup>487</sup>, desestima la demanda i aplica dret marroquí per no considerar-lo contrari a l'ordre públic:

*Proyectadas tales básicas previsiones normativas sobre el caso que hoy se somete a la consideración del Tribunal, en el que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí, sin que conste haber adquirido ninguno de ellos la española, nos llevan a la legislación sustantiva de dicho país en materia de crisis matrimonial, y que se contiene en el Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones, cuyo Libro Segundo se ocupa de la disolución del matrimonio y sus efectos.*

*Llama la atención, en relación con la cuestión que hoy se somete a la consideración de la Sala, que dicha normativa no contemple, al contrario que la legislación española, la separación matrimonial, en cuanto estado civil intermedio entre la plena vigencia del matrimonio y la disolución del vínculo conyugal; ello podría plantear, «ab initio», una problemática incidente en la exclusión de la Legislación de origen de los litigantes, para aplicar la española, por entender que aquélla pudiera ser contraria al orden público, de conformidad con lo prevenido en el artículo 12.3 del Código Civil. Sin embargo no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación marroquí contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea el interno español, ya el internacional, pues se encauzan aquéllas a través bien del repudio, bien del divorcio judicial (artículo 44), que produce la disolución del vínculo conyugal (artículo 70).*

*Bajo el prisma de la legislación española, podría pensarse que ello no ofrece solución alguna a supuestos, como el que se ofrece a la consideración de la Sala, en que exista una situación de grave deterioro y tensión entre los esposos, pues sólo a través del transcurso de los plazos determinados por el artículo 86 del Código Civil puede accederse al divorcio, sin posible sanción judicial, en el ínterin, de una situación que se revela como insostenible. Pero es lo cierto que la legislación de origen de los hoy litigantes se revela, en tal ámbito, como inclusive más avanzada que la española, en cuanto el artículo 56 del antedicho*

---

<sup>487</sup> SAP MADRID de 21-02-2000 AZ AC 2000/111. Veure nota de ARENAS GARCÍA, R. *Imprudencia de la aplicación del derecho español solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España*. AEDIPr 2002.



*Estatuto contempla, sin necesidad de separación previa por un tiempo más o menos prolongado, el divorcio por sevicias, a instancias de la esposa, y ello hasta el punto en que la vida conyugal llegare a ser imposible.*

*Tal previsión legal podría haber sido invocada perfectamente en el caso analizado, en cuanto vía de salida legal a la crisis convivencial, sin necesidad alguna de acudir a una legalidad, cual la española, que quedaba descartada por imperativos del analizado artículo 107 del Código Civil.*

L'altra de les sentències de la mateixa Audiència de pocs mesos després 28-09-2000<sup>488</sup> en el cas d'un matrimoni d'irarians considera tot el contrari:

*CUARTO Obrante ya en poder del Tribunal la referida legislación, lo que excluye la desestimación, por motivos meramente formales, de la pretensión disolutoria del vínculo conyugal deducida en la litis, surge la problemática, planteada además por la apelante de su posible confrontación con el orden público interno, lo que, en su caso, habría de determinar su exclusión, con proyección al supuesto analizado de la legalidad sustantiva española, de conformidad con lo prevenido en el artículo 12-3, en relación con el 107 del repetido Código.*

*Declara el Tribunal Constitucional, en sentencia de 15 de abril de 1986 (RTC 1986, 43), que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, pues aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución.*

*Dicha doctrina es perfectamente transposable a las hipótesis, cual la examinada, en que ha de aplicarse en la resolución de la cuestión litigiosa, la legislación de otro país que, en consecuencia, puede y debe ser excluida si confronta con los principios básicos consagrados en nuestra Constitución.*

*La misma, en su artículo 14, proclama el principio de igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, entre otras circunstancias.*

---

<sup>488</sup> SAP MADRID 28-09-2000 AZ AC 2000/1656

*La legalidad iraní en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad.*

*Así, conforme a aquélla, el esposo ostenta el derecho absoluto a rescindir el contrato matrimonial unilateralmente, sin aportar motivo alguno para el divorcio. En cambio la mujer no puede obtener el divorcio sin el consentimiento del esposo, a menos que recabe la misma la intervención del Juzgado.*

*Es cierto que las reformas introducidas en la Ley de Protección de la Familia en Irán exigen preceptivamente la incorporación al contrato matrimonial de unas estipulaciones por las que se conceda a la mujer el derecho a divorciarse.*

*Y así acaece en el supuesto hoy analizado, en el que el contrato matrimonial suscrito por los esposos litigantes, contenía el poder irrevocable del esposo a favor de la esposa para que, en determinados supuestos que enumeraba, pudiera acudir al Juzgado y obtener la autorización requerida para divorciarse, y entre los cuales se contemplaba el abandono por el esposo de la vida matrimonial, en el que podría tener cierto encaje la relación fáctica que sirve de sustento al escrito rector del procedimiento.*

*Con ello, sin embargo, no acaba por superarse la inadmisibile discriminación en perjuicio de la mujer, que llega a su culminación, en la referida legalidad, cuando se consagra el derecho del esposo para revocar el divorcio y continuar el matrimonio sin celebrar nuevo contrato matrimonial, no precisando al respecto el consentimiento de la esposa, a la que se deniega todo derecho a tal revocación.*

*Todo lo cual, como se ha anticipado, aboca necesariamente a excluir la proyección al caso de la legislación sustantiva en principio aplicable, debiendo darse respuesta judicial al mismo a tenor de la legislación de nuestro país en los términos habilitados, analógicamente, por el artículo 107 del Código Civil, al tener ambos cónyuges su residencia habitual en España.*

La mateixa Audiència Provincial de Madrid en sentència de 22-06-2001<sup>489</sup> torna al primer criteri ja apuntat de desestimació de la demanda de separació que recull la SAP MADRID de 21-02-2000 i amb arguments similars.

Una sentència de l'Audiència Provincial de Vizcaya de 7-02-2000<sup>490</sup>, en un cas de liquidació del règim econòmic matrimonial aplicable sense més complicacions el règim econòmic marroquí o més aviat la inexistència de règim:

---

<sup>489</sup> SAP MADRID 22-06-2001. 645/2000. (AZ AC 2001/1539)

<sup>490</sup> SAP VIZCAYA 86/2000. (AZ AC 2000/2806)

*Si ello es así, de una adecuada valoración de la prueba practicada, debe entenderse que ciertamente y conforme a la legislación marroquí, el régimen económico que regula el matrimonio de las partes es el de separación de bienes, constituyendo al efecto principio de prueba suficiente el certificado del Consulado de Marruecos (doc. núm. 1 demanda), adverbado en período probatorio mediante el envío del Código de Estatuto Personal y de Sucesiones Marroquí (folios 123 y ss.), parcialmente traducido (folios 236 y ss.) y de cuya lectura resulta que por razón del matrimonio no se ve afectada la capacidad económica o jurídica de los esposos, al margen de la cuestión de la dote, y que por el vínculo matrimonial el esposo no adquiere derechos sobre los bienes de la esposa de los que sea titular (art. 35 los derechos de la esposa respecto de su marido son: «5º La entera libertad de administrar y de disponer de sus bienes sin ningún control del marido, no teniendo este último ningún poder sobre los bienes de su esposa». Asimismo, conforme al art. 39 los bienes adscritos a una actividad comercial son del titular de ésta).*

*En consecuencia, cada cónyuge tiene libertad para desarrollar la actividad profesional que estime conveniente, soportando las cargas de la misma y disfrutando de sus beneficios, de manera que si el cónyuge no titular contribuyera de algún modo al negocio, es claro que deberá reintegrársele por su titular el importe de los gastos que ello motive, so pena de enriquecerse injustamente a su costa.*

L'Audiència Provincial de Granada en una Sentència de 23-04-2001<sup>491</sup> recollia en el cas de reclamació d'aliments entre iraquians els seus dubtes sobre la validesa del repudi:

*Sin embargo, el demandado niega que en la actualidad exista el vínculo matrimonial al haber sido disuelto, según alega, por repudiación en 1981. Tal circunstancia no ha podido ser corroborada por el demandado en ningún momento en los presentes autos. No obstante, cabe señalar, según un sector de la doctrina de derecho internacional privado, que un repudio unilateral es contrario al orden público internacional español si atendidas las circunstancias del caso concreto, se vulnera el principio de igualdad entre los cónyuges, de modo que conduce a una situación de desprotección jurídica (así, Carrascosa González en «Jurisprudencia civil comentada», t. I, pg. 617). En términos parecidos, otro autor ha señalado que el repudio como forma de disolución del matrimonio atenta contra principios básicos del ordenamiento del foro, como son la prohibición de todo tipo de discriminación por razón del sexo y el respeto de la dignidad humana. La exigencia de la protección de la identidad cultural de las minorías de un país, no impide que las sociedades establezcan ciertos mínimos de exigible cumplimiento (Palao Moreno, Actualidad Civil, núm. 15, abril 2001, pg. 566). Más allá de los efectos estrictamente personales que puedan derivarse de la repudiación, hay otros efectos que no obstante*

*merecen una protección en aras de los principios generales del derecho (así, STS 10 marzo 1998 [RJ 1998, 1272]), especialmente los concernientes a las medidas de asistencia y de ayuda económica.*

La conclusió a la que podem arribar d'aquesta fase és que malgrat assumir un criteri restrictiu d'admissió de les demandes de manera generalitzada dificultant, doncs, una resposta judicial als conflictes familiars entre magribins, potser en un intent de fer desistir de moltes demandes abans d'interposar-se, aquest criteri no fa disminuir les demanes presentades i no es presenta com adequat per donar una resposta social al col·lectiu de magribins ja residents aquí on també tenen les seves relacions laborals, familiars i escolars a tots els nivells. La resposta jurídica restrictiva no és en molts casos jurídicament correcte perquè s'aplica de manera general sense tenir en compte sovint les pretensions i peticions concretes del cas individualitzat que en aquell moment es tracta, però aquesta resposta rígida tampoc dona una satisfacció a la justícia del cas concret i, per tant, no dóna resposta als problemes reals fàctics de fons que motiven les demandes i on sovint hi ha fills menors d'edat.

La situació dels menors es pretén solucionar amb l'adopció de mesures prèvies en base a l'article 158 del CC , però aquesta és una solució de pedaç, si s'acaba desestimant la demanda de plet principal de separació o divorci. Cal no oblidar que la majoria de justiciables marroquins els hi és igual quina llei se'ls aplica, el que volen és una resposta al seu problema. Potser és cert que algunes dones buscaven aquí la resposta judicial que no trobaven al seu país d'origen, com podíem intuir en el cas de KJ. que acabada d'arribar del Marroc ja es volia divorciar.<sup>492</sup> La majoria dels altres litigants només busquen una solució i venen precisament amb idees preconcebudes del que la seva legislació els permet i no els permet. És en la primera consulta jurídica que fan quan se'ls hi obre la possibilitat d'aplicació d'una altra normativa.<sup>493</sup> Per tot plegat i més enllà d'una resposta legislativa que, evidentment, ja no correspon a la jurisprudència , on cal començar a trobar altres vies de solució d'aquests conflictes.

---

<sup>491</sup> SAP GRANADA 23-04-2001(AZ AC 2001/1620) i també a la *REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA. LA LEY* N° 22.

<sup>492</sup> El supòsit de fet de KJ. està explicat a l'annex 2 ref. 17-3/2002.

<sup>493</sup> Recordem que aquest és el cas de BP., que creia que si el marit no hi accedira ella sola no es podia divorciar. El supòsit de fet de BP. està explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.

### a.3 Estimació de les pretensions en base a criteris i interpretacions jurídiques amplis. (2001 en endavant)

Fruit d'aquest canvi de postures a partir de l'any 2001 i 2002 comencem a trobar algunes sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona decantades a una interpretació més favorable. El que normalment fa l'Audiència en aquests nous casos és mantenir l'aplicació del dret estranger i flexibilitzar en la seva prova i interpretació per acabar donant una resposta favorable a la separació o el divorci, però sense deixar d'aplicar dret estranger.

Aquest és el cas de R<sup>494</sup> que va produir-se després del canvi de criteri al llarg del seu procés. Primer se li van dictar unes mesures provisionals sense tenir en compte l'element d'estrangeria (any 1999) Després en sentència de separació resolent el plet principal desestima la demanda amb l'excusa que en dret marroquí no hi ha separació matrimonial sinó tan sols divorci, aplicant la interpretació estricta seguida per l'Audiència Provincial de Barcelona, que en el període de temps des del primer auto fins a la sentència del plet principal ja s'havia instal·lat entre els jutges de primera instància que en una primera fase no entraven habitualment a discutir sobre la qüestió d'estrangeria de fons (any 2001).

Finalment, l'actora presenta apel·lació i l'afer arriba a l'Audiència Provincial de Barcelona que en aquest període de temps ja ha tornat a canviar de criteri davant les circumstàncies socials i així la sentència de l'Audiència Provincial admet la separació (18-06-2002). L'argument utilitzat és el següent:

*“La cuestión dudosa no era propiamente la del foro procesal, sino saber si la residencia habitual conllevaba la aplicación del derecho especial en el aspecto sustantivo, cuando los conyuges residentes conservaban la nacionalidad común extranjera, con una interpretación favorable a la lex civilis fori del domicilio frente a la ley nacional común. (...) y así la ST 1 de julio 1997 acude a la excepción del artículo 12.3 CC cuando la aplicación de la Ley Extranjera contrarie los principios jurídicos, publicos y privados políticos y economicos morales o incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una epoca determinada, lo que sin embargo se ha de aplicar con gran cautela y de modo restringido, pues llevado a sus últimas consecuencias, nunca posibilitaría la aplicación de leyes promulgadas por otros estados o ejecutar sentencias dictadas por tribunales extranjeros. (...)*

*De todo ello cabe inferir que si bien la legislación del Reino de Marruecos, no contempla específicamente la situación de separación legal en sus artículos 53,54, 56,57,58,*

*dedicados al Divorcio, si que contempla el derecho de la mujer a ser alimentada, si el marido tiene suficientes bienes, Derecho que conserva en caso de ausencia del marido injustificada, durante un año y que incluso si aquella es repudiada, tiene la mujer una cantidad de consolación, según medios del marido deudor. Tal regulación se ajusta en materia alimenticia al Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, o el de la Haya de 2 de Octubre de 1973. (...).*

*Sentado lo cual, hay que decir que aportada a los autos la legislación marroquí, según requiere el artículo 12.6 CC (...).*

*Por lo que antecede es claro que cabe aplicar el principio de equivalencia de instituciones que rige en derecho internacional privado, o el de equivalencia de resultados a que hace referencia el auto de 11 de enero de 2000 del TS, seguido por la sentencia de esta sección 12º de 13 de febrero de 2002 (rollo 742/2001) y asimilar al art.82.1 CC el supuesto de autos, dando lugar a la separación solicitada.”.*

El criteri era, doncs, aplicar el principi d'equivalència d'institucions que la sentència d'instància mencionava de manera molt superficial<sup>495</sup> i decretar la separació i aplicar la norma de conflicte en matèria d'aliments que remet a la llei del domicili del creditor per atorgar-li una pensió d'aliments a la dona.

El resultat material del cas jutjat en aquesta sentència també era curiós. Juntament amb la separació decretava el dret a una pensió d'aliments de 50.000 pessetes mensuals i l'ús del domicili de l'habitatge familiar a favor de la demandant. No es concedeix pensió compensatòria perquè considera que no queden acreditats el regim de separació i altres requisits que exigeix el Codi de Família de Catalunya per donar una compensació indemnitzadora.

En aquesta mateixa línia es troba la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 30-04-2002 (rotllo 1300/2000)<sup>496</sup>

*“Existen indicios suficientes para concluir que la nacionalidad de ambos cónyuges es la marroquí. Partiendo de esta premisa, en base a los arts. 12.6 y 107 del Código Civil, la separación debería regirse por la ley marroquí, la cual, sin embargo, no ha sido alegada ni probada por ninguna de las partes (arts. 12.6.II CC, en su redacción derogada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y art. 281.2 de esta Ley). Ante tales circunstancias, es doctrina reiterada del TS que si no se alega ni prueba el derecho extranjero deberá*

---

<sup>494</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>495</sup> La Sentència del Jutjat de primera instància 2 de Mataró de 5-12-2001 manifestava: “no estando prevista la separación, cuanto la misma no supone disolución del vínculo (...) ni siquiera aun cuando se intentara o mantuviera la equiparación respecto del instituto de la separación en nuestro ordenamiento jurídico y los supuestos de divorcio revocable según la legislación marroquí.”

<sup>496</sup> QUIÑONES, A. “La disolución del matrimonio: especial referència al repudio islàmic”, en RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir) – “La multiculturalidad especial referència al Islam” Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002

*juzgarse y fallarse según la ley material española (STS 15 de marzo de 1984, STS 7 de septiembre de 1990 y STS 13 de diciembre de 2000, entre otras), como lex fori . A pesar de que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión de la ley aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo en cambio, la lex fori ), según el Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 de la Constitución española que la solución de tener por recaída la demanda, “dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige” (STC 155/2001, de 2 de julio, Fundamento Jurídico 5; ello parece desprenderse también, si bien en otros términos, de la STC 33/2002, de 11 de febrero, Fundamento Jurídico 6).*

*Por todo ello, y en aras a procurar una tutela judicial efectiva de los intereses en juego (art. 24 Constitución Española), evitando la indefensión, y procurando proteger el interés superior, fundamental y básico, del menor y la solución del caso concreto procede mantener la separación decretada por el juzgador de instancia (pronunciamiento que la norma de conflicto española avalaría sin más si, residiendo los dos en España como ocurre en el caso de autos, tuviese distinta nacionalidad y que, habida cuenta de las circunstancias del caso, se considera más adecuado que proceder a la desestimación en esta alzada de la pretensión común de ambos cónyuges por falta de alegación y prueba del derecho extranjero). Ello ha de permitir: por un lado, atender a la petición hecha por ambos esposos (que coinciden en solicitar la separación) y regularizar la suspensión de la vida en común y la posibilidad de los cónyuges de vivir separados (sin que tenga sentido mantener la obligación de convivencia, perjudicial sobre todo para la esposa, que ha sido objeto de diversas agresiones, existiendo incluso una condena contra el esposo como autor de una falta de lesiones (folios 57-58) ) ; y, por otro lado, adoptar sin dilación medidas relativas al hijo común que se presentan necesarias y perentorias en interés del mismo”.*

Els jutjats de primera instància comencen de nou a assimilar la postura més oberta de l'Audiència i això es veu en casos com el de G. que en les mesures provisionals s'havia decantat per l'aplicació de l'article 158 en protecció dels menors, sense pronunciar-se sobre la separació o el divorci. En la sentència de 29-11-2002 Autos 279/2002 del jutjat mixt 6 de Mataró del plet principal del mateix cas, després d'haver reconduït la petició a divorci en l'acte de la vista, s'estimava el divorci amb la següent argumentació:

*PRIMERO.- Como cuestión preliminar se observa que ambos cónyuges son de nacionalidad marroquí, y ello nos lleva al análisis de la legislación sustantiva de dicho*

*país en materia de crisis matrimonial, y que se contiene en el Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones, cuyo libro segundo se ocupa de la disolución del matrimonio y sus efectos.*

*Dicha normativa no contempla, al contrario que la legislación española, la separación matrimonial, en cuanto estado civil de los integrantes de la pareja intermedio entre la plena vigencia del matrimonio y la disolución del vínculo conyugal; ello podría plantear una problemática atinente a la posible exclusión de la legislación de origen de los litigantes, para plicar la ley española, por entender que aquella pudiera ser contraria al orden público, de conformidad con lo prevenido en el artículo 12-3 del Código Civil. Sin embargo no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación del Reino de Marruecos contempla espeditivamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe, en modo alguno, calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea el interno español ya el internacional, pues se encauzan aquellas a través bien del repudio, bien del divorcio judicial (artículo 44), que produce la disolución del vínculo conyugal (artículo 70); en relación a los plazos, para acceder a la disolución del vínculo igualmente se muestra tal legislación extranjera como inclusive más avanzada que la española, pues el artículo 56 del antedicho estatuto contempla, sin necesidad de separación previa por un tiempo más o menos prolongado, el divorcio por sevicias, a instancias de la esposa, y ello hasta el punto en que la vida conyugal llegaría a ser imposible.*

*Éste es el criterio que, aunque en ocasiones de forma vacilante, comparte la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales y en concreto también la Sección 12 de la A.P. de Barcelona (p.ej. S.T.A.P. de 6-4-2000).*

*En consecuencia, siguiendo la referida doctrina y para no crear indefensión a las partes y no vulnerar el derecho a la tutela efectiva de los tribunales tal y como ha sentado el Tribunal Constitucional en Sentencias 155/2001 y 33/2002, es procedente la transformación del presente procedimiento en solicitud de disolución matrimonial por divorcio a los efectos de poder aplicar el derecho marroquí y por tanto también las medidas inherentes que correspondan.*

La sentència salva el tema amb la reconversió de la separació en divorci i així aplica la legislació marroquina en matèria de divorci, però seguint paràmetres espanyols. Constata la no contribució del marit al manteniment de la dona i les filles i la violència exercida contra aquestes, respectant així formalment les causes de divorci de la legislació marroquina, però les proves que té en compte el jutge espanyol no serien les que tindria en compte el jutge marroquí, que serien molt més estrictes. El material probatori constatat per donar la resolució final són els informes mèdics, la pericial del psicòleg que tractava a la nena i les denúncies en l'àmbit penal. Sovint la pràctica judicial marroquina no n'ha tingut prou amb els informes mèdics per constatar



maltractaments i en el cas de la no manutenció se li podria donar al marit la possibilitat de demostrar que les pot mantenir obligant llavors a la dona a tornar a casa. Encara seria més difícil al Marroc que se li atribuís l'ús de l'habitatge conjugal a la dona i que no s'establís cap règim de visites a favor del pare.

El cas Be.<sup>497</sup> també va veure estimada les seves pretensions però ja massa tard. La sentència del jutjat mixt 2 de Mollet del Vallès 05-04-2002 determinava:

*PRIMERO.- De conformidad con las prescripciones contenidas en los artículos 9.2 y 107 del código civil, en temas de matrimonio la legislación aplicable será la personal común al tiempo de contraer matrimonio de los litigantes, debiéndose aplicar el divorcio aquí instado por aplicación de dichos preceptos la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de interponer la demanda. Siendo que en el caso de autos la ley personal de los aquí litigantes es la marroquí, dado que ambos son nacionales de dicho país, será dicha ley la aplicada. Pues bien según el Código de Estatuto Personal y de Sucesiones de Marruecos el matrimonio se disuelve por el repudio y por el divorcio, (art.53). Ex abundantia obra en la causa copia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual en su fundamento jurídico segundo afirma que la ley aplicable en materia de separación, a la misma conclusión debe llegarse al caso de divorcio aquí instado, no puede ser otra que la ley marroquí, tanto en relación con la pretensión principal de la causa como en materia de relaciones paterno filiales por aplicación de lo prescrito en el art. 9.4 del mismo cuerpo legal, que no obstante deberá respetar en todo caso las prescripciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño de 1989.*

*SEGUNDO.- Partiendo de lo anterior y tras el examen conjunto de la prueba que obra en autos en lo que al proceso que nos ocupa importa, queda acreditado que los aquí litigantes son esposos y fruto de su relación matrimonial nació un hijo Hamsa, el cual actualmente convive con el padre y el núcleo familiar paterno, asimismo concurre la causa de divorcio primera que se contiene en el artículo 56 de la Mudauana marroquí, mediante la documental obrante en autos en la que constan numerosas denuncias de la actora contra el demandado acompañadas de numerosos partes médicos en los que la señora recibió asistencia médica por lesiones así como de los informes emitidos por los Servicios Sociales de Mollet del Vallès. Procede por ello decretar la extinción del vínculo matrimonial por dicha causa. En relación a las medidas relativas a la declaración y que afectan al menor, procede teniendo en cuenta sobre todo las prescripciones contenidas en la Convención de 1989 de Derechos del Niño, especialmente su artículo 3, que imponen dar en todo prioridad al menor y a sus intereses a la hora de resolver cualquier proceso que le pueda afectar. Ello implica que debe constituir la principal preocupación de todos los implicados en el proceso, incluso por encima de los intereses personales de los litigantes o incluso por*

---

<sup>497</sup> El supòsit de fet de Be. està explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995.

*encima de la legislación aplicable al caso, el interés del menor. El interés del menor es por tanto el criterio rector de la medida de guarda y custodia, ante el divorcio de los padres, y por ello ha de decidirse aquello que mejor resulte para su integral educación y desarrollo, teniendo en cuenta en lo posible su propio deseo, a estos mismos criterios debe responder la fijación del régimen de visitas que se fije a favor del cónyuge no custodio.*

I més tard, la sentència de l'Audiència de Barcelona de 24-03-2003<sup>498</sup>, fins i tot reconeixent que en el seu moment no es va fer bé en revocar la sentència d'instància en el primer procediment, sense establir cap mesura de protecció a favor del menor, va determinar:

*Lo primero que se suscita es el tema del derecho aplicable. Como no se discute que el niño es de nacionalidad marroquí, ha de aplicarse el derecho de Marruecos con preferencia, conforme el artículo 9.4 del Código Civil. Según el artículo 102 de la ley aplicable, siendo mayor de 12 años el niño puede escoger con quien desea convivir, de entre determinados parientes, entre los que se encuentra tanto la madre como la abuela. Si nos limitásemos a aplicar dicha norma la solución del caso no presentaría dificultades: bastaría con atender a las preferencias tan dramáticamente formuladas por el niño.*

*Ahora bien, en primer lugar no conocemos cual es la jurisprudencia recaída en torno a esta cuestión en Marruecos ignoramos, por tanto, si en todo caso se respeta, en la práctica judicial de dicho país, la voluntad de los menores, por inadecuada que pueda resultar. La doctrina de los tribunales tiene mucha importancia en la generalidad de los sistemas jurídicos y, en este sentido, permanecemos ignorantes.*

*En segundo lugar, está la cuestión del orden público español, pues el artículo 12.3 del Código Civil determina que en ningún caso se aplicará una ley extranjera que vaya contra el orden público nuestro país. El artículo 9.6, párrafo último del mismo Código, determina que será aplicable la ley española para tomar las medidas protectoras y educativas respecto a menores abandonados en territorio español. Pues bien, no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico que en todo caso se respete las decisión de un menor sobre con quien desea convivir por incorrecta que se manifieste dicha decisión, porque ello va contra el deber indeclinable que tienen los poderes públicos de velar por la protección de los menores e incapaces en todo caso; deber que forma parte, indiscutiblemente, de las normas imperativas vigentes en nuestro país, o sea, de lo que se conoce como "orden público". Cuando la decisión de un adolescente de más de doce años sobre con quien desea vivir está condicionada por una situación de hecho de que antes ha sido víctima y, además, es manifiestamente perjudicial para el niño, según se deduce de la experiencia pasada, no puede ser obligatorio que los poderes públicos se atengan a esa voluntad, porque tal cosa vulneraría el deber que tienen todas las autoridades de velar por la*

---

<sup>498</sup> SAP Barcelona dictada en els autos d'Apel.lació Rollo 840/2002 –B el 24-03-2003, en el cas de Be. Explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995.

*protección integral de la infancia. Deber que se manifiesta en múltiples preceptos, entre ellos el artículo 39 de la Constitución (precepto no directamente aplicable), varios del Código Civil (artículos 92, 154 y 158), del Código de Familia de Catalunya (artículos 82, 133 y 134) y de la Ley de Protección de Menores Desamparados y de la Adopción de Catalunya (artículo 2).*

*Por tanto, ni los tribunales ni las autoridades administrativas están obligadas a atenerse a los deseos de los menores de edad cuando tales decisiones sean claramente contrarias a los intereses y a la conveniencia de mismos, o cuando la voluntad se haya formado como resultado de una actuación inaceptable y de una mala influencia ejercidas sobre el menor.*

*De otro lado, la decisión que ahora se adopte ha de tener en cuenta las decisiones administrativas. La Administración de la Generalitat ha adoptado determinadas medidas en relación con Hamsa Garra. Ha declarado su desamparo, ha suspendido las funciones de patria potestad y ha asumido la tutela, conforme a lo que autorizan los artículos 2, 3 y 5 de la Ley de Protección de Menores de Catalunya, de 30 de diciembre de 1991. Las decisiones adoptadas están en vigor y no pueden ser modificadas en este proceso. Si se impugnasen judicialmente conforme al artículo 8 de la Ley, sería en otro proceso donde se ventilase dicha impugnación. Pero nada de eso impide que este tribunal se pronuncie sobre lo que, dadas las circunstancias actuales y los datos que se conocen, ha de ocurrir cuando cese la situación de tutela administrativa y recobren pleno vigor, por tanto, las disposiciones adoptadas en este proceso matrimonial, porque lo contrario significaría dejar nuevamente las cosas imprevistas, como ocurrió cuando se revocó la sentencia de separación de 30 de septiembre de 1996.*

*Como es natural, puede ocurrir que, cesada la tutela administrativa, se perciban como inadecuadas las medidas que ahora han de acordarse en esta sentencia. Mas ello no ha de impedir que se adopten, aun a sabiendas de que podrían tener que reformarse en un futuro más o menos próximo, incluso por la vía, un tanto extraordinaria, del artículo 134 del Código de Familia.*

Aquesta postura actual de l'Audiència de Barcelona, afavoreix la justícia del cas concret però posa de manifest diversos problemes jurídics de fons, als que no es dóna una posició unitària i que potser caldria precisar i analitzar més, per tal d'anar configurant una jurisprudència més congruent i que doni una més gran seguretat jurídica als litigants, sense perjudici d'altres respostes que es puguin donar des de la reforma legislativa. Una prova d'això es la SAP de Barcelona de 13-11-2003<sup>499</sup>, que considerant provada l'existència d'un matrimoni previ al Marroc i encara no dissolt, per la sola declaració de les parts, no admet validesa al segon matrimoni i resolt el litigi considerant-los parella de fet i aplicant la legislació catalana sobre la matèria en aquest

---

<sup>499</sup> (AZ JUR 2004/5841)

supòsit concret. És evident que aquesta resposta beneficia al justiciables que reben una resolució sobre el fons de l'afer plantejat, i a la pràctica sempre és més desitjable que la postura totalment rígida d'abans ja comentada. No deixa de ser però també criticable que per aconseguir aquest resultat utilitzi un argument amb moltes mancances jurídiques.<sup>500</sup>

Des d'aquesta perspectiva hi ha diferents elements que posen de manifest aquestes sentències i que cal abordar.

Encara hi ha confusió per part del molts jutjats dels conceptes de competència judicial i llei aplicable. Aquest és el cas de R.<sup>501</sup> i la Sentència de l'Audiència de 18-06-2002 ja referenciada. En aquest punt per part de la jurisprudència cal ser constant en diferenciar ambdós conceptes i a posar de manifest que en molts pocs casos de litigis de família entre magribins residents a Espanya, no seran competents els tribunals espanyols.

Es manté un criteri de ser restrictiu amb l'aplicació de l'excepció d'ordre públic, per diversos motius: per considerar que sinó no s'aplicaria mai dret estranger i per considerar que de fet el que s'està fent és amagar una elecció de llei aplicable. En aquest punt des de l'àmbit jurisprudencial només caldria analitzar clarament la legislació aplicable a llum del cas concret per determinar que l'aplicació de la mateixa al nostre país vulneraria drets constitucionals i si es constata aquesta apreciació concreta aquesta llei no s'hauria d'aplicar. Mentre legislativament es continuï mantenint l'excepció d'ordre públic com a mecanisme per impedir l'aplicació de lleis contràries al nostre ordenament, la jurisprudència hauria d'entrar a analitzar si en el cas concret es produeix aquesta vulneració de drets fonamentals en concret i no en abstracte, ja que sinó s'estarà caient en el cas contrari del que es vol evitar: sempre s'hauria d'aplicar el dret estranger encara que vulneri principis fonamentals del nostre ordenament. Evidentment, cal tenir present que el que cal és que la llei estrangera sigui contrària no diferent i per apreciar aquesta contrarietat cal tenir present tots els elements en joc: cal provar el dret estranger en tota la seva dimensió i, per tant, requeriria realment una prova interdisciplinària. La reforma de l'article 107 del CC espanyol ha mantingut l'excepció d'ordre públic però amb una clàusula especial. Per tant, el problema de la prova del dret estranger segueix vigent.

---

<sup>500</sup> Veure Nota sobre la SAP Barcelona 13-11-2003 (AZ JUR 2004/5841) de FONT i SEGURA, A. REDI vol LVI (2004)1.

<sup>501</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

L'exigència de prova del dret estranger és un dels altres punts claus de tot aquest procés. Per una banda, la manca de recursos econòmics dels litigants magribins en la majoria de casos, la poca cobertura d'aquesta necessitat en la llei d'assistència jurídica gratuïta, faria necessari demanar una prova suau del dret estranger. Per altra banda, una acurada demostració de la seva aplicació, fins i tot per determinar si és contrari o no al nostre ordre públic, abocaria a demanar una prova extensa i també multidisciplinària, ja que és molt el desconeixement de la realitat estrangera i sovint no n'hi ha prou amb llegir el text legal per veure les connotacions reals d'aquest text en la societat.

Les esmentades sentències de l'Audiència Provincial de Madrid de 21-02-2002 i de 22-06-2001, en afirmar que la legislació marroquina és fins i tot més avançada que l'espanyola perquè permet sol·licitar directament el divorci sense passar per la separació, posen de manifest aquesta manca de coneixement de la realitat social i cultural dels països d'origen.

Aquesta constatació només pot partir d'una concepció totalment errònia que en el fons assimila la religió catòlica i la seva oposició al divorci viscuda en el nostre país a la religió islàmica. El problema de fons en el dret islàmic no és que no es reculli el divorci, sinó la discriminació a favor del marit per obtenir-lo. A més, cal tenir present la dificultat real sobre el terreny que permet a la dona realment accedir al divorci sense perjudicis. En aquest sentit, una valoració des d'altres perspectives és important per veure si socialment està recolzada la dona que es divorcia, si des de les institucions públiques i judicials se li dóna el mateix suport que al marit o per contra no se la té en compte per res i ni se l'escolta sinó va acompanyada d'un parent masculí encara que la legislació positiva no reculli literalment cap d'aquestes pràctiques. Això es demostra, per exemple, en el comentari d'un jutge en l'acte de vista per acordar unes mesures urgents en el cas de N.<sup>502</sup> Fins i tot després d'haver declarat els testimonis exposant els fets tal i com van passar i la desesperació en què es va quedar N. en el moment dels fets al Marroc, va preguntar: com és que N. no es va quedar al Marroc a reclamar pels seus fills? Es donava el cas que N. ja ho havia fet, però lluny de tots els seus parents masculins i pel fet que l'únic titular de la partitè potestat era el pare, ningú no li va fer cas. Curiosament aquest mateix argument el va utilitzar fiscalia en el procediment penal

---

<sup>502</sup> El supòsit de fet de N. està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

instituat per un suposat delictes contra els drets de custòdia i abandó de família per demanar-ne l'arxiu.<sup>503</sup>

Per altra banda, les darreres sentències comentades el que fan és aplicar un dret marroquí a partir d'estàndards europeus. La sentència de l'Audiència de Barcelona de 18-06-2000 ja comentada és claríssima en aquest sentit. En el mateix supòsit i aplicant dret marroquí al Marroc, primer s'hagués forçat la dona en el moment de la conciliació matrimonial prèvia perquè tornés amb el seu marit i més si aquest demostrava que la podia mantenir econòmicament sense cap problema i en segon terme si s'hagués acordat el divorci difícilment se li hagués atorgat l'habitatge familiar.

Això posa de manifest que s'analitza el dret, la seva aplicació i els comportaments dels implicats des d'una perspectiva occidental i tenint tan sols un coneixement per referència o pel que diuen els mitjans de comunicació del que passa a la realitat en els països del Magrib.

En aquests casos el que s'estava fent era formalment admetre l'aplicació del dret marroquí per motius diversos ja exposats, però aplicant-se sota paràmetre o drets europeus. El que es feia encara que involuntàriament era crear un dret marroquí majoritàriament (però també en general un dret d'inspiració islàmica) amb una interpretació pròpia des dels països d'acollida.

Aquesta és la postura mantinguda fins a l'actualitat, però l'entrada en vigor de la reforma de la Mudawana marroquina l'any 2004, ha propiciat l'accentuació d'aquesta tendència en desaparèixer encara més moltes de les discriminacions per sexes que recollia el text anterior.

A la resta d'Espanya la postura ha continuat en aquests anys de manera fluctuant. Les posicions jurisprudencials han estat força variables, des de postures més obertes a la tramitació i admissió de demandes de família presentades per magribins a postures més restrictives. A mida però que els casos que arribàvem als tribunals es feien més nombrosos, la tendència ha estat més favorable a l'admissió de les demandes, resolent però per aplicació del dret estranger o del dret espanyol segons cada cas, sense poder trobar tampoc un criteri unitari. Així per exemple trobem la SAP ASTURIAS de

---

<sup>503</sup> Cal recordar que en el moment dels fets no havia entrat en vigor la reforma en relació el delictes per substracció internacional de menors i per tant l'acusació no es podia fer d'una altra manera. La fiscalia en el seu informe deia: "*Consta unido al folio 23 una fotocopia de un escrito traducido del árabe en el que se señala que la denuncia interpuesta por la denunciante ante la Policía de Larache han sido archivadas. Por todo lo anteriormente señalado, entiende esta parte que los hechos denunciados no queda debidamente acreditado que sean constitutivos de infracción penal, ni tan siquiera la presunta coacción, por lo que de conformidad a lo señalado en el artículo 641, 1º de la Ley de enjuiciamiento Criminal se interesa el Sobreseimiento Provisional.*"

14-01-2002<sup>504</sup>, que de fet el que acaba fent és aplicar el dret d'Algèria, que ha considerat provat amb la documental facilitada pel consolat. Per la seva banda la SAP MÁLAGA de 11-09-2002<sup>505</sup> en el cas d'uns iranians i després d'haver intervingut el propi òrgan jurisdiccional en l'acreditació i prova del dret estranger, determina que la legislació iraniana aplicable és contrària a l'ordre públic. Igualment favorable al coneixement i resolució de l'afer a Espanya i a l'aplicació de la llei espanyola és la SAP MURCIA de 12-05-2003<sup>506</sup>

## **B. Anàlisi crítica dels possibles criteris a utilitzar per a la determinació de la llei aplicable i la seva incidència en la pràctica diària.**

Per tant la conclusió a la que podem arribar amb caràcter general és que gairbé en la totalitat dels casos, els tribunals competents seran els de la residència habitual i, per tant, els tribunals espanyols. La majoria dels casos de litigis de família entre magribins es presenten precisament quan la família resideix de manera habitual a Espanya.

Ja hem vist però que la qüestió de la llei aplicable és de fet l'eix principal dels processos familiars. Per tant, un cop tenim clar que els tribunals espanyols seran els competents, cal que ens plantejem quina és la llei que aquest tribunals han d'aplicar a aquestes afers i quin és el millor punt de connexió a utilitzar.

En el moment en què, com en el cas espanyol, el criteri per atribuir la competència als tribunals en matèria de crisis familiars sigui la residència i, en canvi, el punt de connexió per determinar la llei aplicable al fons de l'afer que han de resoldre

---

<sup>504</sup> SAP ASTURIAS DE 14-01-2002. 18/2002 (AZ JUR 2002/110569): *Ahora bien, la existencia, vigencia y aplicación al supuesto enjuiciado del C. de familia argelino de 9-6-1984 aprobado por la Ley 84-11 no ha sido cuestionado en la instancia por la parte demandada quien en la contestación a la demanda así lo reconoce y cuya existencia, vigencia y contenido ha sido corroborado por la Embajada de Argelia en Madrid al adjuntar el texto de la Ley argelina vigente en materia de divorcio, que fue traducida. En consecuencia se reputa acreditado el contenido normativo, la existencia y vigencia del derecho extranjero en el supuesto enjuiciado. (...)A tenor de la prueba practicada, se reputa que concurre la causa de divorcio del art. 55 del C. Civil argelino. De otro lado, la reconciliación de los cónyuges que aduce el apelante, no está expresamente reconocida por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso.*

<sup>505</sup> SAP MALAGA 11-09-2002(AZ JUR /27917): *La legalidad iraní en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad. (...)Todo lo cual, como se ha anticipado, aboca necesariamente a excluir la proyección al caso de la legislación sustantiva en principio aplicable, debiendo darse respuesta judicial al mismo a tenor de la legislación de nuestro país en los términos habilitados, análogamente, por el artículo 107 del Código Civil, al tener ambos cónyuges su residencia habitual en España.*

<sup>506</sup> SAP MURCIA 12/05/2003 (AZ AC 2003/1676).

aquests tribunals competents en sigui la nacionalitat, és evident que hi haurà un conflicte permanent, ja que d'entrada estem obligant a un jutge d'un territori a aplicar dret d'un altre territori que desconeix i que, a més, no té cap obligació de conèixer.

Seria molt simplista, però, quedar-se amb la simple idea de què si el criteri de determinació de la llei aplicable i els tribunals competents fos el mateix tots els problemes s'hauria acabat, perquè hi ha molts altres elements en joc que compliquen la realitat i dificulten un problema unitari.

Arribat a aquest punt, havent constatat els problemes que sorgeixen en resoldre els casos concrets per part de la jurisprudència i abans de proposar solucions potser és aconsellable valorar el fonament de fons de cada un dels criteris o punts de connexió i les avantatges i/o inconvenients de cada un d'ells.

### b.1 La manca de resposta real del criteri tradicional de la nacionalitat de les parts que es plasma en la pràctica diària.

Aquest ha estat des de sempre el criteri tradicional seguit a Espanya i tradicionalment també a d'altres països europeus com ara França o Bèlgica encara que la seva evolució posterior hagi fet canviar aquest criteri.<sup>507</sup> El fonament d'aquest criteri és, si més no teòricament la preservació d'una identitat nacional i cultural a la que es creu que les qüestions sobre l'estat civil i la família hi estan íntimament lligades. Es pretén així protegir als nacionals d'un estat més enllà de les fronteres i mantenir també de manera extraterritorial la suposada unitat nacional. Sovint aquesta protecció excessiva dels immigrants però pot ser més un problema que un ajut.<sup>508</sup> En estats confessionals el criteri de la nacionalitat és encara més present i més fort, perquè normalment per la nacionalitat s'adscriu als ciutadans a les normes religioses que regeixen en aquell estat i, per tant, el fonament d'aquest criteri és la preservació d'aquesta religió, estiguin on estiguin els seus nacionals tot i que alguns d'aquests professin aquesta religió gairebé per imperatiu legal. En aquest punt, i malgrat la diferència que he posat de manifest en diverses ocasions amb la religió catòlica, no podem oblidar que durant anys aquesta mateixa qüestió es podia al·legar a per no

---

<sup>507</sup> Cal recordar que a França l'article 310 CC utilitza com a criteri de connexió per determinar la llei aplicable a la separació i al divorci el fet de els dos cònjuges tinguin la nacionalitat francesa amb independència de la seva residència. Aquest mateix article utilitza també el criteri de la residència habitual d'algun dels cònjuges, que després va ser matisat en els convenis bilaterals amb el Marroc i Algèria.

<sup>508</sup> Cal recordar el conveni amb Tunísia sobre reconeixement de resolucions judicials, que perjudica més que ajuda.



divorciar espanyols a l'estranger, ja que es deia que la religió catòlica que es professava en molts casos per obligació configurava una idiosincràsia especial dels espanyols en la que no entrava el divorci.

En els països del Magrib de tradició islàmica i on l'Islam és més que una religió, si més no des de la nostra perspectiva europea occidental actual, on els estats secularitzats deixen a la religió en el terreny d'opció personal dels ciutadans, les normes sobre matrimoni, divorci, responsabilitat parental, aliments entre parents, i totes aquelles qüestions íntimament lligades al dret de família, estan regides per normes de clara fonamentació islàmica, encara que es recullin en textos legislatius articulats.

Aquesta inspiració islàmica es concreta de diferents maneres, des de la llei tunisiana que prohibeix el repudi i la poligàmia fins a lleis més tancades com la d'Algèria, passant per la legislació del Marroc que ha viscut recents modificacions cap a una millor reconeixement dels drets de la dona en el sí de la família tradicional islàmica.

El criteri de la nacionalitat com a determinant de quina ha de ser la llei aplicable, pretén garantir que aquesta idiosincràsia cultural i religiosa es mantingui més enllà de les fronteres. Ara bé, donat que el criteri majoritari a les legislacions europees que poden recollir el criteri de la nacionalitat és el de la nacionalitat comú de les parts, ens podem trobar com en el cas espanyol, que en el divorci de dos marroquins residents a Espanya s'hagi de resoldre teòricament per l'aplicació del dret marroquí, amb tot el seu contingut "islàmic" i, en canvi, en el cas de matrimoni entre marroquí i algeriana s'aplicaria la llei espanyola perquè no hi ha llei nacional comú, encara que tots dos cònjuges siguin igualment musulmans.

De tots els casos analitzats només en trobem un en què es tracta d'una parella entre una marroquina i un algerià.

***Supòsit de fet:** AK. és una noia marroquina que ja fa molt anys que viu a Espanya, està plenament assentada i té negoci propi: una carnisseria àrab que li va donant per viure. AK., es casa a Espanya amb Ke., que és algerià. Ell també porta uns anys a Espanya però sense papers i, a més, ha estat detingut diverses vegades per petits furtis. AK. i KE. es casen a Espanya i tenen una filla, que en el moment de plantejar-se el trencament té 3 anys. AK. intenta arreglar els papers de residència i treball al seu marit, que de moment l'ajuda a la carnisseria, però abans de tenir-los el detenen i l'expulsen.*

*AK recorre a diversos llocs per fer anul·lar l'expulsió del seu marit però els tràmits són molt llargs. Ell, a Algèria, es comença a impacientar i a posar-se gelós, acusant a AK. de què ja s'ha oblidat d'ell, insinuant fins i tot que va amb altres homes. Davant d'aquesta situació i donat la distància Ke. diu que vol el divorci i AK. accepta i, per tant, decideixen divorciar-se, però ella resideix a Espanya i ell a Algèria on han estat expulsat i ell pretén que s'apliqui la llei islàmica.*

**Petició formulada:** *consulta que fa AK. perquè vol interposar divorci a Espanya el desembre del 2003.*

Ella resideix a Espanya i aquí ha estat el darrer domicili conjugal (de fet el matrimoni sempre ha viscut a Espanya) però quan s'interposa la demanda el marit ja no hi viu perquè ha estat expulsat. Per tant, el primer problema és comprovar que realment els tribunals espanyols en siguin competents. Donat que el darrer domicili conjugal va ser Espanya i que la dona i la filla hi han continuat vivint durant més d'un any després de l'expulsió del marit, entenc que els tribunals espanyols seran competents. A la vista de les nacionalitats diferents dels dos cònjuges els tribunals espanyols competents hauran d'aplicar llei espanyola perquè és la llei de la residència habitual del matrimoni on sempre han viscut i encara que en el moment del trencament familiar viuen separats a causa de l'expulsió d'ell, s'aplicaria igualment la llei espanyola perquè la dona i la nena viuen habitualment a Espanya. En el moment en què plantegen la consulta encara no està en vigor la reforma del Codi Civil en matèria de divorci<sup>509</sup> i no porten dos anys de separació lliurement consentida i, per tant, no poden plantejar divorci a Espanya aplicant la legislació espanyola, sinó separació matrimonial. En aquest supòsit en cap cas entraria en joc la llei islàmica que és el suposaria l'aplicació de la llei de Marroc o Algèria, molt similars entre elles en el moment de plantejar-se el conflicte, però que no entren en joc en ser els dos cònjuges de nacionalitat diferents.

A la vista d'aquests supòsits queda clar que el manteniment del criteri de la nacionalitat no pot protegir l'aplicació d'aquelles tradicions culturals i/o religioses que pretenen precisament conservar més enllà de les fronteres del propi país.

Analitzant en concret les normes de conflictes dels països del Magrib pel que fa referència a las qüestions familiars es troben amb el següent.

---

<sup>509</sup> Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE 9-07-2005).

A Tunísia el criteri primordial continua essent la nacionalitat, però ja no només la nacionalitat del marit, com és el criteri tradicional als països àrabs perquè es considera que el marit és el cap de família. La llei aplicable, doncs, a les qüestions relatives a l'Estatut personal serà la llei de la nacionalitat comú dels interessats. En cas de nacionalitat diferent, la llei aplicable seria la de l'últim domicili comú. Així ho estableix el Codi de Dret Internacional Privat de Tunísia aprovat per llei de 27-11-1998, que va entrar en vigor el 1-03-1999.<sup>510</sup>

Al Marroc conviuen diferents estatuts personals segons les religions. Així, per exemple, les disposicions del Codi d'Estatut Personal referides al repudi no es poden aplicar als marroquins no-musulmans. En conseqüència, les normes de conflicte pels estrangers també són diferents en funció de la religió que professin. Per als estrangers no-musulmans, la llei que regeix la dissolució del matrimoni és la llei nacional de les parts, si són de nacionalitats diferents, s'aplica la llei nacional del demandant. Els estrangers musulmans residents al Marroc estan sotmesos al Codi d'Estatut Personal marroquí amb independència de la seva nacionalitat. Es considera que el criteri general d'aplicar a les qüestions d'estatut personal la llei de la nacionalitat ha de cedir davant de la religió musulmana, que tendeix a reagrupar sota la seva llei islàmica a tot membre de la comunitat musulmana<sup>511</sup>

El nou codi de família clarifica encara més a qui s'aplica la Mudawana, on es barreja els criteris de nacionalitat i religió. S'aplicarà a tots els marroquins encara que hagin adquirit una altra nacionalitat. Així es pretén preservar la identitat religiosa. També s'aplicarà a les relacions familiars mixtes, ja sigui perquè una de les parts no és marroquina o perquè una de les parts no és musulmana. En qualsevol cas, en aquests supòsits n'hi ha prou en què una de les parts sigui marroquina i musulmana perquè s'apliqui la Mudawana. Així ho deixa ben clar l'article 2 de la nova Mudawana.

A Algèria, el criteri tradicional de la norma de conflicte també és la nacionalitat. L'estatut personal és el que afecta a les qüestions de família i aquest es determina per la nacionalitat. És la manera de mantenir lligat als ciutadans a les seves normes d'origen amb un alt contingut religiós sobretot pel que fa a les qüestions familiars.

---

<sup>510</sup> Veure nota sobre el diari oficial i l'article HACHEM, MOHAMED EL ARBI: *Le code tunisien de droit international Privé*. Rev. Crt. Dr. Intern. Privé 88 (1) Janvier-Mars 1999.

<sup>511</sup> CHAFI, M.: *Code du statut personnel annoté (textes législatifs, doctrine et jurisprudence)*. 1<sup>o</sup> Ed. 1996. Ed. Imprimerie Walili. Marrakech. Marroc.

És la llei nacional la que regeix el matrimoni entre algerians i també entre algerians i estrangers, ja que el matrimoni és un qüestió d'estat (article 10 del CC) i la validesa d'un matrimoni celebrat per un algerià o algeriana queda condicionat a les condicions de fons requerides per la seva llei nacional.

També és la nacionalitat el criteri que determina la norma de conflicte en matèria d'aliments (lleï nacional del deutor) i en matèria de dissolució del matrimoni (lleï nacional del marit). En aquest darrer cas amb un marcat caràcter discriminatori.<sup>512</sup>

El criteri de la nacionalitat porta a l'aplicació de la llei estrangera per part d'un jutge del lloc de residència que és competent perquè majoritàriament el criteri utilitzat per determinar les normes de competència és precisament la residència habitual. Això suposa ja d'entrada un problema de prova d'aquest dret estranger davant del jutge de la residència, que no té la obligació de conèixer-lo, donant lloc a supòsits de desestimació de la demanda davant d'una més o menys acreditada manca de prova d'aquest dret estranger amb el consegüent perjudici per als litigants implicats.

L'aplicació del dret estranger sense més i tractant-se en el cas dels magribins de drets amb clara arrel islàmica, pot suposar l'aplicació en territori espanyol de normatives que siguin clarament contràries als principis constitucionalment reconeguts, com per exemple la discriminació per raó de sexe, si és que no s'aprecia l'excepció d'ordre públic. Cal recordar algunes de les disposicions que hem vist en el codi d'Algèria i del Marroc abans de la reforma de 2004, on es recollien causes diferents pel trencament del vincle matrimonial per a homes que per a dones, diferències també en el règim de visites i guarda i custòdia de fills i filles en funció del sexe.<sup>513</sup>

Aquesta aplicació directa del dret estranger, en aquest cas de caràcter islàmic, pot portar a situacions d'indefensió i de desprotecció de dones i fills majoritàriament. Recordem que en el cas espanyol això és el que va motivar la reforma de l'article 107, malgrat que l'evolució jurisprudencial hagi estat vacil·lant i diversa.

Però més enllà d'aquests criteris jurídics utilitzar la nacionalitat com a connexió no compleix en molts dels casos ni la protecció d'aquella unitat i d'aquella idiosincràsia que es volia protegir. Ja hem vist el cas de dos musulmans de nacionalitats diferents residents a Espanya als que se'ls aplicaria la llei espanyola i, per tant, no es perpetuarien els valors tradicionals de la seva religió.

---

<sup>512</sup> MEBROUKINE, A.: *Le Droit International Privé algerien de la famille*. En: *Le statut personel des musulmans*. Dir. CARLIER, J-Y, VERWILGHEN, M. Bruylant Bruxelles - 1992.

Tampoc aconseguix garantir el manteniment dels valors religiosos en aquells magribins que han adquirit la nacionalitat espanyola i que continuen essent musulmans, en haver adquirit un dels dos la nacionalitat espanyola, ja no hi haurà llei nacional comú, havent-se d'aplicar la llei del lloc de residència habitual. Si tots dos han adquirit la nacionalitat espanyola, la nacionalitat comú serà aquesta i, per tant, la llei espanyola serà la llei aplicable.

A més pot passar que al llarg d'un procés de trencament familiar els cònjuges canviïn de nacionalitat, com que el criteri es refereix normalment a la presentació de la demanda, l'aplicació d'aquesta llei nacional es farà a una persona que en el moment de la sentència ja no és nacional del país d'origen. Aquests supòsits cada vegada passaran menys perquè s'han agilitzat els procediments familiars des de l'entrada en vigor de la nova LEC 1/2000, no tardant ja tant en resoldre's i, en canvi, els processos per adquirir la nacionalitat s'han alentit molt, podent trigar fins a tres anys. Es pot plantejar quan en iniciar-se el procediment matrimonial els cònjuges o un dels dos es trobi en tràmit d'adquisició de la nacionalitat. L'adquisició d'aquesta nacionalitat no vol dir però que s'hagi abandonat totes les seves tradicions culturals i religioses.

Aquests és el cas d'Ach.<sup>514</sup> que en el moment que el marit marxa de casa està en tràmit d'adquisició de la nacionalitat. La principal preocupació d'Ach. són els aliments pel seu fill menor, per aquest motiu i per evitar complicacions amb la llei aplicable es presenta tan sols demanda d'aliments a l'estil del cas d'A.,<sup>515</sup> sense plantejar res respecte del vincle conjugal, perquè ella expressament no vol: *“si quiere divorciarse que lo pida él”*.

Aquest cas exemplifica que la nacionalitat no ho és tot. Quan hi hagi sentència pot ser que Ach. ja sigui espanyola, però això no farà canviar el seus substrat cultural, per molt occidentalitzada que es trobi a criteri de certs autors.<sup>516</sup>

Per altra banda, cal tenir present que el recurs a la llei nacional o la llei de la residència es converteix en una opció en defensa d'interessos contraposats en el si d'un família amb la mateixa nacionalitat. Aquest és el cas de molts matrimonis, en els que la dona planteja a Espanya demanda d'aliments o separació i el marit corre al seu país d'origen per repudiar-la i després fer valer l'existència d'aquell procediment o resolució

---

<sup>513</sup> Veure l'apartat del present estudi on s'han analitzat amb deteniment les legislacions d'aquests tres països i les seves reformes.

<sup>514</sup> El supòsit de fet d'Ach. està explicat a l'annex 2 ref. 28-1/2005.

<sup>515</sup> El supòsit de fet d'A. està explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

<sup>516</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

per negar l'eficàcia de la resolució que es pugui dictar a Espanya. Aquest podria ser el cas d'A.<sup>517</sup> en què el marit es negava a pagar els aliments aquí perquè deia que al Marroc existia una demanda d'aliments i allà es negava a pagar perquè deia que ja pagava a Espanya, quan en realitat no pagava aliments a cap lloc. En aquests casos l'aplicació de la llei nacional no s'utilitza pròpiament per al manteniment d'una identitat cultural comú, sinó per evitar l'aplicació de la llei que els hi és contrària als seus interessos.

La llei nacional que remet a normes de caràcter religiós aplicables per el sol fet de ser nacionals fa que els estrangers nacionals d'aquells països pel fet de ser-ho se'ls hi apliqui aquella legislació malgrat no siguin musulmans, o no siguin ni tan sols creients.

Alguns d'aquests codis des del seu punt de vista confessional arriben a respectar altres religions, com poden ser la jueva o la cristiana i, fins i tot, es recullen normes, perquè a aquells col·lectius de nacionals dels seus països que professin un altra religió se'ls apliqui la seva normativa religiosa a les qüestions familiars i no la legislació d'arrel islàmica. Respecte d'aquestes altres religiosos com les cristianes o jueves, potser es podria entendre que en aquests països el que existeix és un ordenament plurilegislatiu per motiu de la religió i entendre que quan la llei remet a la llei nacional comú, no remet a la llei aplicable al fons sinó a la llei conflictual d'aquells país. Només així es podria impedir l'aplicació del dret islàmic a un matrimoni entre dos magribins que siguin jueus.

Respecte els no creients no hi ha res establert, simplement perquè en un estat confessional és difícil que les persones atees o agnòstiques siguin reconegudes. Podran reconèixer i respectar altres religions però no aquells que no en tenen cap. Per a aquestes persones, potser a l'igual del que passava en temps de nacionalcatolicisme a Espanya, els serà molt difícil demostrar que no són musulmans i evitar així que se'ls hi apliqui la llei islàmica.

En tots els casos analitzats no m'he trobat cap persona magribina que es confessés obertament com a no-musulmana. Si que hi ha diferents maneres de viure la religió des de les més creients com és el cas de R.<sup>518</sup> fins a casos molt més oberts o lliures com G o FA.<sup>519</sup>

---

<sup>517</sup> El supòsit de fet d'A. està explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

<sup>518</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>519</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001 i el de FA. explicat a l'annex 2 ref. 18-1/2003.

És cert que l'aplicació de la llei personal es configura com la possibilitat de mantenir un lligam amb el país d'origen en aquelles qüestions que també es creuen que són les més vinculades a una cultura pròpia, però s'ha de tenir en compte que en el procés migratori d'establiment permanent com el que estem vivint, homes i dones es troben en contacte a una nova cultura de la que també es nodreixen i s'enriqueixen i, per tant, en la que també hi són presents. Potser és cert que aquestes persones realment viuen a cavall entre dos móns, però si és així el recurs a la aplicació estricta de la llei nacional en el cas de qüestions familiars, no dóna resposta a la realitat, ni és una opció pràctica.

Totes les resolucions judicials que he analitzat en l'apartat de l'evolució jurisprudencial, posen de manifest que el criteri utilitzat i inqüestionable és el de la nacionalitat. Evidentment, aquest és el criteri que recollia l'antic article 107 del CC i el que continua recollint en la actualitat malgrat les reformes. Per tant, els tribunals l'han d'aplicar, però aquestes sentències ni tan sols anuncien altres alternatives afirmant que per imperatiu el que fixa l'article 107 del CC és el criteri de la nacionalitat comú dels litigants l'aplicable a aquests supòsits de trencament del matrimoni i qualsevol altra proposta seria una vulneració de la llei.

Hi ha moltes sentències que recullen el criteri textual de la nacionalitat comú de les parts<sup>520</sup>, però en l'àmbit del partit judicial objecte d'anàlisi cal destacar per exemple, les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15-09-1998 tant en el cas de Be. que deia: *en los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la Ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del Código Civil.*

*En consecuencia con lo anterior, la invocación por la parte actora, y la aplicación por el juez de instancia de la ley española, viola los principios y normas de Derecho Internacional Privado*

---

<sup>520</sup> Per tant més enllà dels supòsits de fet analitzats en l'apartat de l'evolució jurisprudencial, els exemples de l'aplicació d'aquest criteri de la nacionalitat en la jurisprudència espanyola, són molt nombrosos. A títol d'exemple i sense voler ser exhaustiva es citen les següents sentències no només referides a casos de litigants magribins: SAP LA CORUÑA 14-09-1993 (AZ AC 1993/1768), SAP GIRONA 4/2/1995 (REDI VOL XLIV (1994) 1), SAP BARCELONA 16/09/1998 VLEX HIUG049 ([www.v-lex.com](http://www.v-lex.com)), SAP ASTURIAS 4-2-1999 (AZ AC 1999/3325), SAP SANTA CRUZ DE TENERIFE 17-7-1999 VLEX BUWM049([www.v-lex.com](http://www.v-lex.com)), SAP VITORIA VLEX BTPF049 ([www.v-lex.com](http://www.v-lex.com)), SAP MADRID 21/02/2000 (AZ AC 2000/111) i 22/06/2001 (AZ AC 2001/1539), ja àmpliament comentades en aquest treball i amb una especial interpretació de la no vulneració de l'ordre públic i SAP MALAGA 12704/2000(AZ AC 2000/2259) i SAP GUADALAJARA 14/01/2004 (AZ AC2004/371).

vigentes en España, com en el cas del matrimoni de xinesos de la mateixa data i on repetia l'argument.<sup>521</sup>

Igualment les resolucions dels jutjats de primera instància de Mataró que en una segona fase recollien el criteri de l'Audiència. Com l'auto del jutjat de primera instància 4 de Mataró de 19-11-2001 en el cas de S.,

*En los litigios sobre estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del código civil y en el caso, siendo los esposos de nacionalidad marroquí, la ley aplicable será la de dicho país.*

En el mateix sentit la sentència del jutjat de primera instància núm. 2 de Mataró de 5-12-2001 en el cas de R. *tanto en lo que se refiere a las causas de la separación o divorcio, como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea común, es la ley de la nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el artículo 107 del Código Civil. En consecuencia con lo anterior, la invocación por la parte actora, y la aplicación de la ley española, violaría los principios y normas de derecho internacional privado vigentes en España.*

I també la sentència del jutjat d'instància 6 de Mataró de 29-11-2002 en el cas de G. *Como cuestión preeliminar se observa que ambos cónyuges són de nacionalidad marroquí, y ello nos lleva al análisis de la legislación sustantiva de dicho país en materia de crisis matrimonial*<sup>522</sup>

Malgrat el text legal de l'article 107 del CC inqüestionable les resolucions judicials comentades podrien incloure comentaris ni que fos de *lege ferenda* o, fins i tot, tendir a l'aplicació del dret espanyol utilitzant diversos arguments. Ja hem vist, però, que fins i tot quan l'Audiència de Barcelona comença a ser més oberta i a admetre casos de separacions matrimonials instades per marroquins gairebé mai ho fa aplicant el dret espanyol per ser aquest el dret de la residència habitual, sinó que majoritàriament el que fa és interpretar el dret marroquí segons criteris propis. Així, la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona en el cas de R. aplica el criteri d'equivalència d'institucions després de determinar que la llei aplicable és la de la nacionalitat comú. La sentència ja

---

<sup>521</sup> SAP de Barcelona (secció 12) de 15-09-1998 referida en aquest cas a divorci entre xinesos. Az 1998/1948.



comentada del cas de G. del jutjat de primera Instància 6 de Mataró de 29-11-2002 també aplica el dret marroquí encara que interpretant els elements fàctics d'acord amb criteris propis.<sup>523</sup> En tots els casos analitzats a excepció del de F.<sup>524</sup> l'any 1998 no introdueixen en cap moment el criteri de la residència habitual, segurament perquè també rara vegada aprecien l'excepció d'ordre públic i, per tant, no apliquen mai dret espanyol, tret d'algunes excepcions, referides a casos no analitzats directament en la pràctica diària, sinó per referències jurisprudencials com és el cas de la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 30/04/2002, i vinculats més a un problema de prova del dret estranger. Aquesta sentència en concret recordem deia:

*La separación debería regirse por la ley marroquí, la cual, sin embargo, no ha sido alegada ni probada por ninguna de las partes (...). Ante tales circunstancias, es doctrina reiterada del TS que si no se alega ni prueba el derecho extranjero deberá juzgarse y fallarse según la ley material española (...)según el Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 de la Constitución española.(...)Por todo ello, y en aras a procurar una tutela judicial efectiva de los intereses en juego (art. 24 Constitución Española), evitando la indefensión, y procurando proteger el interés superior, fundamental y básico, del menor y la solución del caso concreto procede mantener la separación decretada por el juzgador de instancia (pronunciamiento que la norma de conflicto española avalaría sin más si, residiendo los dos en España como ocurre en el caso de autos, tuviese distinta nacionalidad.<sup>525</sup>*

La SAP Madrid de 28-09-2000, referida al cas d'un divorci entre iranians, admetia l'excepció d'ordre públic i en conseqüència aplicava dret espanyol.<sup>526</sup>

Aquestes resolucions judicials però tampoc apliquen el dret espanyol perquè utilitzin el criteri de la residència habitual, sinó perquè aprecien l'excepció d'ordre públic o perquè consideren que és el dret espanyol el que s'ha d'aplicar a manca de prova del dret estranger.

---

<sup>522</sup> Recordem que el cas de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999 i el de G. explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001. El text de les sentències ha estat transcrit íntegrament a l'apartat d'aquest treball dedicat a l'evolució jurisprudencial del partit judicial de Mataró.

<sup>523</sup> Recordem que el cas de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999 i el de G. a l'annex 2 ref. 12-4/2001. El text de les sentències ha estat transcrit íntegrament a l'apartat d'aquest treball dedicat a l'evolució jurisprudencial del partit judicial de Mataró. En el cas de R. la sentència de l'Audiència també es troba a Az AC 2002/2176.

<sup>524</sup> Veure sentència del Jutjat de Primera Instància 8 de Mataró de 1-9-1999 a la pàg. 364-365.

<sup>525</sup> veure SAP Barcelona de 30-04-2003 Az. 2003/1861.

<sup>526</sup> Az.1656/2000.

Amb caràcter majoritari els tribunals havien aplicat dret espanyol quan en la primera fase no es plantejaven ni analitzaven l'element d'estrangeria i aquesta aplicació del dret espanyol es feia per pura inèrcia, sense que, per tant, tampoc es valorés la idoneïtat del criteri de nacionalitat o residència habitual.

A la vista, doncs, de l'actuació diària dels tribunals és molt difícil esperar i demanar com fan alguns autors <sup>527</sup> que els jutges facin interpretacions dels textos legals vigents més enllà de la lectura literal d'aquests i aquesta situació no canviarà tampoc amb la nova redacció de l'article 107. Per això no es pot esperar que malgrat mantenir el criteri de la nacionalitat en el text, el jutge interpreti que aquesta nacionalitat comú no és més que un lligam formal i apliqui un altre criteri de connexió com és el de la residència habitual. Per tant, el criteri nacionalitat sense cap correctiu continua essent un criteri rígid que no permet contemplar la realitat polièdrica dels immigrants magribins residents a Espanya.

## b.2 La manca d'alternativa suficient del criteri de la residència habitual com a resposta pràctica a tots els supòsits.

En contraposició al criteri de la nacionalitat es perfila el de la residència habitual. Si la determinació de la llei aplicable en base a la llei nacional ens porta a l'aplicació d'un dret estranger amb totes les dificultats que això suposa, podem considerar que l'opció més senzilla és aplicar el criteri de la residència habitual dels litigants en el moment d'interposició de la demanda.

Aquest criteri potencia, doncs, l'aplicació del dret de l'estat d'acollida i es vincula amb el mateix criteri utilitzat majoritàriament en seu de competència judicial internacional. Si en el nostre cas els tribunals espanyols són competents per conèixer de demandes en matèria matrimonial en el cas de dos cònjuges de nacionalitat marroquina residents a Espanya, el més fàcil és que a aquest litigi s'apliqui també la llei de la residència habitual, que a més serà més fàcil per part dels propis tribunals i de tots els operadors jurídics que intervinguin.

Aquesta va ser la opció de modificació de l'article 310 del CC Francés l'any 1976, en determinar que s'aplicava dret francès quan tots dos cònjuges que tenien

---

<sup>527</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

residència habitual a França. També aquesta ha estat la tendència de bona part de la doctrina alemanya <sup>528</sup>

La defensa del criteri de la residència habitual pot basar-se en diferents fonaments, però els més utilitzats es poden resumir en dos arguments: la idea que l'aplicació d'aquest criteri fomenta la integració dels estrangers assentats i la idea que la llei del país d'origen pot col·locar a la dona en una situació d'inferioritat, sobretot en els ordenaments magribins.

Per tant, aquest criteri potencia totalment la integració dels immigrants magribins al país d'acollida, entenent la integració com a simple assimilació dels trets culturals del país d'acollida. Però, igual que en seu del criteri de la nacionalitat comú dèiem que els immigrants estan entre dues cultures, en l'aplicació rígida d'aquest criteri hem d'arribar a la mateixa conclusió. L'al·legació del dret del país de residència sovint es fa per defensar els propis interessos contraposats als de l'altre membre de la família. El fet que es resideixi habitualment a un altre país no vol dir que s'hagin abandonat tots els costums ni tradicions del país d'origen a vegades amb connotacions legals i més en el cas dels magribins amb legislacions clarament islàmiques, on es barreja el que és religió i el que és llei. Ja hem vist també, en fer una anàlisi més sociològica, que les idees preconcebudes del substrat inicial ressorgien. <sup>529</sup>

La substitució del criteri de la nacionalitat pel de la residència habitual amb caràcter general és criticat també per una banda perquè es fa amb caràcter general per a tots els estrangers quan el fonament de fons és evitar l'aplicació de normatives d'inspiració islàmica <sup>530</sup>

Per altra banda, la crítica es basa en la poca anàlisi que aquest criteri fa per determinar la integració real dels estrangers residents. Si el seu fonament és la integració dels immigrants residents, en establir-se amb caràcter general per a tots els estrangers, no distingeix entre residents de pas o residents amb caràcter definitiu. Per aquest motiu sovint es planteja que el criteri de la residència habitual vagi lligat a una comprovació de la vinculació real amb el país d'acollida i aquesta total vinculació amb el país d'acollida normalment es mesura pels anys de residència en aquest, establint-se, per exemple, normes que determinin que s'aplica la llei de la residència habitual si es porta residint de manera continuada al país d'acollida durant dos, tres o cinc anys. En

---

<sup>528</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. Nota pàg. 30 d'aquest llibre.

<sup>529</sup> Veure l'apartat sobre la realitat social dels països d'origen i la seva lenta transformació.

fixar-se en el temps de residència entre en joc la possibilitat de demanar que aquesta sigui una residència legal o, fins i tot, lligar aquestes normes de conflicte a la legislació d'estrangeria, establint-se normes com per exemple: "s'aplicaria la llei espanyola als titulars d'un permís de residència permanent".

El fonament de tot plegat està en el fet de diferenciar entre els immigrants que hi estan de pas, i immigrants que tenen un projecte d'establiment a llarg termini. Per diferenciar uns i altres els criteris possibles són el temps de residència o, fins i tot, el fet que s'hagi demanat el reagrupament<sup>531</sup> o formin família estable al país d'acollida.

Determinar el grau d'integració en la societat d'acollida no és fàcil i no depèn només del temps de residència, legal o no, en aquest país. Fer-ho, a més, amb la perspectiva de crear una norma per determinar la llei aplicable encara és menys fàcil, perquè l'anàlisi d'aquesta integració no és possible només des d'una perspectiva jurídica sinó que cal una anàlisi multidisciplinar, però al mateix temps aquesta anàlisi multidisciplinar és molt difícil donar-li una plasmació en un text legal. Potser on podria tenir més cabuda és en la jurisprudència, que en el cas espanyol no ha estat tradicionalment gaire favorable a admetre solucions innovadores amb caràcter general.

Donat que el criteri de la residència habitual en el nostre ordenament entra en joc tan sols en cas de manca de nacionalitat comú, la jurisprudència en rares ocasions s'ha referit a ell i menys encara quan no s'ha optat per la constatació de l'excepció d'ordre públic de manera habitual o generalitzada, com veurem a continuació.

### b.3 La introducció d'opcions per no aplicar la llei que determina la norma de conflicte.

Davant de les dificultats de trobar un criteri de connexió adequat, hi ha propostes que eviten la aplicació final que marca la norma de conflicte, ja sigui la de la nacionalitat o la de la residència, sense canviar pròpiament la norma de conflicte.

#### **a) Excepcions d'ordre públic i la seva dificultat de determinació per part dels tribunals. Anàlisi de la jurisprudència recent a partir dels exemples reals.**

---

<sup>530</sup> QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. Nota pàg. 31 d'aquest llibre.

<sup>531</sup> QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. Nota pàg. 42 d'aquest llibre.

Aquesta perspectiva és potser la més tradicional. Aquesta tècnica permet descartar l'aplicació de la llei estrangera quan té elements contraris als principis que regeixen el propi ordenament legal. Aquests principis a protegir poden ser nombrosos. Per a països confessionals com els del Magrib i, fins i tot, en el seu moment Espanya, els principis a protegir són i eren els principis religiosos. En el cas dels països no confessionals com és el cas d'Espanya en l'actualitat els principis a protegir seran bàsicament els drets i llibertats fonamentals continguts en la Constitució.

L'excepció d'ordre públic deixa en mans del jutge l'anàlisi del cas concret per determinar si en aquell cas concret la normativa estrangera que es pretén aplicar vulnera o no aquests principis bàsics. Aquesta opció en principi ha d'afavorir la justícia del cas concret, però evidentment no tendeix cap a una seguretat jurídica absoluta en tots els casos, donat que l'apreciació final queda en mans del jutge. No és estrany, doncs, que en seu d'aplicació de l'excepció d'ordre públic, s'hagin volgut buscar opcions per concretar quan es produeix aquesta excepció i, en conseqüència, facilitar la seva aplicació, sobre tot en un país com el nostre en què es vol que tot estigui sempre regulat i normativitzat i on la idea és que els jutges es dediquin a aplicar la llei sense gairebé marge de maniobra, sota l'estàndard de la seguretat jurídica.

En aquest sentit, la doctrina alemanya i suïssa han desenvolupat la teoria de l'exigència d'un vincle amb el país del fòrum per descartar l'aplicació de la norma estrangera.<sup>532</sup>

En el cas espanyol on amb caràcter general la jurisprudència sembla fugir d'interpretacions arriscades o noves, poques vegades s'ha donat acollida a l'excepció d'ordre públic en casos de litigis familiars entre magribins, descartant fins i tot la seva determinació obertament amb diversos fonaments.

Així, la sentència del jutjat mixt 4 de Mataró de 19-11-2001<sup>533</sup> en el cas S. afirma: “(...) *sin que el derecho marroquí en su conjunto, pueda ser considerado contrario al orden público español, como se pretende en la solicitud, cuando el propio Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones sentencias dictadas por tribunales de dicho país en materia matrimonial*”.

A més, en aquest cas es concretava per part de la demandant en quins punts exactes es materialitzava aquesta vulneració dels principis constitucionals, com per exemple la vulneració del principi d'igualtat, afegint una explicació extensa dels articles en concret i de la vulneració que suposaria la seva aplicació. Donat que no es

---

<sup>532</sup> QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. Exemples pàg. 52 d'aquest llibre.

<sup>533</sup> El supòsit de fet de S. està explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001.

deia que tot el dret marroquí fos contrari a l'ordre públic no té sentit utilitzar un argument general basat en la jurisprudència del TS que han reconegut sentències de divorci marroquines. En primer lloc perquè calia examinar el cas concret, anàlisi de la que el jutge prescindia totalment utilitzant una referència còmode per no haver d'entrar en una anàlisi concreta i en segon lloc perquè analitzant el cas específic que se li presentava hauria vist que no es pretenia l'exequàtur de cap sentència estrangera, sinó que es dictés en territori espanyol i per part d'una autoritat espanyola una resolució sobre la dissolució del vincle conjugal.

En igual sentit la sentència de l'Audiència de Barcelona de 18/06/2002 en el cas de R.<sup>534</sup> en que malgrat arribar a una solució favorable per a la sol·licitant afirma:

*y así la ST 1 de julio 1997 acude a la excepción del artículo 12.3 CC cuando la aplicación de la Ley Extranjera contrarie los principios jurídicos, públicos y privados políticos y económicos morales o incluso religiosos que són absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada, lo que sin embargo se ha de aplicar con gran cautela y de modo restringido, pues llevado a sus últimas consecuencias, nunca posibilitaría la aplicación de leyes promulgadas por otros estados o ejecutar sentencias dictadas por tribunales extranjeros. (...)*

També la sentència del jutjat mixt 6 de 29-11-2002 en el cas de G.<sup>535</sup> que recull el mateix criteri afirma:

*Dicha normativa no contempla, al contrario que la legislación española, la separación matrimonial, en cuanto estado civil de los integrantes de la pareja intermedio entre la plena vigencia del matrimonio y la disolución del vínculo conyugal; ello podría plantear una problemática atinente a la posible exclusión de la legislación de origen de los litigantes, para aplicar la ley española, por entender que aquella pudiera ser contraria al orden público, de conformidad con lo prevenido en el artículo 12-3 del Código Civil. Sin embargo no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación del Reino de Marruecos contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe, en modo alguno, calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea el interno español ya el internacional, pues se encauzan aquellas a través bien del repudio, bien del divorcio judicial (artículo 44), que produce la disolución del vínculo conyugal (artículo 70); en relación a los plazos, para acceder a la disolución del vínculo igualmente se muestra tal legislación extranjera como inclusive más avanzada que la*

---

<sup>534</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>535</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

*española, pues el artículo 56 del antedicho estatuto contempla, sin necesidad de separación previa por un tiempo más o menos prolongado, el divorcio por sevicias, a instancias de la esposa, y ello hasta el punto en que la vida conyugal llegaría a ser imposible.*

La sentència de 06-04-2000 de la secció 12ena de l'Audiència Provincial de Barcelona <sup>536</sup> que afirma que es confon el comportament incorrecte del demandat amb la llei marroquina i, a més, afirma que no se li pot aplicar la separació matrimonial perquè és una institució desconeguda al Marroc.

*El argumento no puede ser acogido por cuanto la actora recurrente identifica i confunde la conducta del demandado Ab Dellah, con el Derecho Matrimonial vigente en el Reino de Marruecos, cuando es obvio no ser así (...) no debe dar entrada al Derecho Español (según regla subsidiaria art. 107 CC) y aplicar a los subditos marroquíes una institución, como la separación legal, desconocida por su propio país.*

Diversos autors després han comentat aquesta sentència qualificant-la gairebé com a exemplar, <sup>537</sup> però no entenc que sigui així.

No analitza en absolut el dret marroquí, ni diu perquè o amb quina interpretació aquest pot no ser contrari al nostre ordre públic, sinó que es limita com en molts altres casos a fer comentaris generals sobre el dret que té cada estat de regular al seu criteri aquestes institucions familiars o, fins i tot, afirmar que sinó mai s'aplicaria dret estranger.

Afirma que la llei marroquina no ha tingut entrada al procediment i que no es pot aplicar el dret espanyol. Aquest argument, a banda de no tenir en compte el criteri introduït per les sentències del tribunal constitucional en matèria de prova del dret estranger, no té en compte que de fet el que estava fent l'actora era demanar l'aplicació de l'excepció d'ordre públic, que només se li contesta en termes generals.

Per altra banda, amb un anàlisi ràpid de la legislació marroquina es constata que existeix un divorci revocable. Per tant, en base al criteri d'equivalència d'institucions utilitzat més endavant per la pròpia Audiència de Barcelona, es podia posar de manifest

---

<sup>536</sup> AZ 2000/1088.

<sup>537</sup> TRINIDAD GARCÍA, M<sup>a</sup> L.: *La reforma del artículo 107 del Código Civil*. REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA, nº 4, diciembre 2003. QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. També la qualifica així de manera indirecta en referir-se a la SAP Madrid 21-02-2000, Az AC 2000/111.

que la separació no és un concepte tant estrany pel dret marroquí, dret que l'actora entén que no és aplicable per l'excepció d'ordre públic.

No és, doncs, incorrecte que l'actora apel·li a l'excepció d'ordre públic, aquest és un recurs que li permet el propi ordenament jurídic. Potser l'únic incorrecte per part dels assessors de l'actora seria fer-ho de manera general, sense aportar el dret estranger i sense argumentar-lo ni concretar en quins punts concrets es produeix la vulneració del nostre ordre públic, generalitat que per altra banda utilitza la sentència per desestimar aquesta excepció.

Igualment, cal tenir present el criteri curiós de les Sentències de l'Audiència Provincial de Madrid de 21-02-2000 i de 22-06-2001<sup>538</sup> per a determinar l'adequació del codi d'estatut personal marroquí vigent en aquell moment al nostre ordre públic, tot i que la mateixa Audiència havia tingut criteris diferents.<sup>539</sup>

En aquest sentit, tot i compartir la idea de necessitat de seguretat jurídica cal deixar clar que alguns aspectes de les legislacions d'Algèria i l'antiga Mudawana marroquina suposen perpetuar a casa nostra una clara discriminació per raó de sexe, si a més s'interpreten al peu de la lletra.

En primer lloc, no es tracta que les legislacions magribines siguin contràries al nostre ordre públic perquè no recullin maneres de dissoldre el vincle matrimonial o perquè no recullin la separació. És evident que en aquest camp cada país té un marge d'actuació propi i pot regular els sistemes que vulgui per donar resposta a les ruptures familiars. A l'hora d'analitzar l'excepció d'ordre públic no només s'ha de plantejar si es recull la possibilitat de ruptura matrimonial sinó quins requisits es produeixen perquè es decreti aquesta ruptura.

En el nostre país pesa encara massa en el nostre imaginari col·lectiu el nacionalcatolicisme que va prohibir el divorci durant anys. No tots els sistemes confessionals tenen els mateixos criteris i dogmes. En el cas dels països islàmics el problema no està en la no admissió del trencament del vincle sinó en la discriminació per sexes amb que es contempla aquest trencament. La seva tradició i la pròpia llei religiosa, que hem anomenat la xara encara que no ho consideri la millor solució perquè

---

<sup>538</sup> SAP MADRID 21-02-2000 (Az AC 2000/11) i SAP MADRID 22-06-2001 (Az AC 2001/1539), ja comentades en altres apartats per la desafortunada comparació, que s'intueix de fons, entre els sistemes de dret islàmic i la no admissió del divorci per part de l'església catòlica.: *Pero es lo cierto que la legislación de origen de los hoy litigantes se revela, en tal ámbito, como inclusive más avanzada que la española, en cuanto el artículo 56 del antedicho Estatuto contempla, sin necesidad de separación previa por un tiempo más o menos prolongado, el divorcio por sevicias, a instancias de la esposa, y ello hasta el punto en que la vida conyugal llegare a ser imposible.*



es vulgui tendir a la unitat familiar, no prohibeix el divorci, com ho podia fer la doctrina catòlica, sinó que el construeix gairebé com una prerrogativa de l'home.

La normativa continguda en el Codi de la família d'Algèria de 1984 i la que recollia la Mudawana marroquina abans de la reforma, feia que en molts punts es recollissin normes contràries al nostre ordre públic.

Sense tornar a fer una anàlisi extensa del contingut d'aquest codis que perpetuen una família patriarcal amb una clara divisió de rols femenins i masculins en el sí de la mateixa cal que recordem alguns dels punts claus d'aquesta discriminació.

Exigència de la presència d'un tutor matrimonial per a la dona (*wali*) necessari per donar vàlidament el seu consentiment, que es manté a Algèria malgrat la recent reforma.

Obediència de la esposa al marit, que es configura com el cap de família i obligació del marit de mantenir a l'esposa, que per altra banda té encomanada la tasca d'educar i alletar els fills.<sup>540</sup>

En el moment de l'atribució de la guarda i custòdia i la pàtria potestat dels fills es perpetua aquesta diferència de rols per sexes. El que nosaltres anomenariem guarda i custòdia és clarament femenina, ja que el rol de la dona és tenir cura dels fills, però la tutela que nosaltres assimilariem a la pàtria potestat és masculina, perquè el poder de decisió està en l'home. Això es plasma en un llistat de persones possibles per tenir cura dels fills que està encapçalat per la mare i que fins fa poc, com en el cas del Marroc en la reforma de 1993, la seguia en aquest ordre primer l'àvia abans que el pare. La perpetuació d'aquesta idea es continua veient en el fet que la tutela sempre és del pare, tot i que en les darreres reformes d'aquests codis s'admet la possibilitat que en cas de mort o incapacitat del pare ho sigui la mare, per davant de l'avi però amb limitacions en l'exercici d'aquest càrrec com és la disposició dels bens del menor actuació perquè necessitarà autorització judicial, no necessària si el tutor és un home.<sup>541</sup>

Però fins i tot en el dret de guarda la dona està sotmesa a moltes limitacions, podent-li retirar la guarda del fill si es torna a casar o si es trasllada de domicili, essent també diferents les conseqüències d'aquesta guarda per a fills o filles i amb durada diferent també amb funció del sexe.<sup>542</sup> En la Mudawana marroquina anterior a la

---

<sup>539</sup> Veure la SAP de 28-09-2000 Az 2000/1656.

<sup>540</sup> Veure l'apartat d'anàlisi en aquest mateix treball sobre el dret del matrimoni islàmic tradicional i també la referència a la reforma de la llei a Algèria al març de 2005.

<sup>541</sup> Limitació que ha desaparegut a la nova Mudawana marroquina, com ja he exposat en analitzar-la detingudament.

<sup>542</sup> Veure pàg. 311 a 315 d'aquest mateix treball on s'analitzen aquestes legislacions.

reforma de 2004, el nen està sotmès a la guarda de la seva mare fins els 12 anys però la nena fins els 15. No introduint-se en aquest codis tampoc cap criteri general de *favor fillii o interès primordial del menor*.

La diferència per sexes es plasma també en el moment del trencament del matrimoni. Diferents causes per accedir a la dissolució del matrimoni per a homes que per a dones: llibertat absoluta de causa per a l'home que a través de la forma del repudi on no li cal justificar res per trencar el vincle matrimonial i necessitat de provar l'existència d'unes causes taxades per a les dones o exercitar el *khol* amb el pagament al marit d'una suma que pot ser exagerada per recuperar la seva llibertat. No quedant gens clara en aquest codis la possibilitat de divorci consensual, malgrat que el Codi de Algèria ho reculli formalment al seus articles 47 i 49.

És cert que el nostre ordenament també fins fa poc recollia formalment causes de separació i divorci, però de nou l'element contrari a l'ordre públic no està tampoc en què s'exigeixin unes causes per decretar el divorci o la separació allà on existeixi, sinó que aquestes causes són diferents entre home i dona sense cap més raó per la diferència que el sexe.

Que un ordenament no reculli la separació com a pas previ necessari al divorci i que els cònjuges puguin divorciar-se directament, no ha de ser de per si més avançat o més progressista si resulta que per accedir a aquest divorci, únic sistema reconegut pel trencament matrimonial, la dona parteix d'una situació de discriminació havent de provar una sèrie de causes per tenir-hi dret i l'home pugui aconseguir el divorci sense cap causa. Per altra banda, les reformes introduïdes a la Mudawana al 1993 en relació al repudi, l'únic que feia és intentar garantir els drets processals de les dones, és a dir: garantir que fossin part del procés, però bàsicament per a les conseqüències econòmiques però no perquè es poguessin oposar al repudi, al que tampoc es podia oposar el jutge que simplement actuava com a autoritat que recollia la declaració del marit.

Evidentment, moltes de les sentències que consideren ajustat al nostre ordenament jurídic el sistema de divorci descrit, és perquè analitzin el text del codi magribí que els hi arribat a les seves mans des de la nostra perspectiva i funcionament judicial. Donat que en l'actualitat la pràctica diària dels nostres tribunals és entrar molt poques vegades a analitzar la causa de separació o divorci, sinó acordar-lo i centrar-se en els seus efectes, es pot tendir a pensar que en els països magribins això és així i que les causes que existeixen per a les dones són purament formals. Com ja hem analitzat

tradicionalment les dones acaben divorciant-se però després d'un llarg periple on primer han de passar per un intent de reconciliació i on sovint se les obliga a tornar a casa o se les fa portar un munt de testimonis homes i musulmans per provar els maltractaments, perquè a vegades amb el simple informe mèdic no es considera suficient, o si són maltractaments lleus no es considera causa de divorci.<sup>543</sup>

En canvi, el marit que vulgui repudiar a la seva esposa, ningú li prohibirà el dret de fer-ho i només se li exigeix que la dona hi sigui present. Element que ja hem vist que es pot suplir amb procediments no massa legals.<sup>544</sup> No cal oblidar tampoc que un dels problemes que s'ha viscut potser més a França i altres països europeus abans que a Espanya, és que produint-se el trencament matrimonial a Europa, la dona planteja demanda als país de residència i el marit corre al país d'origen a obtenir de manera ràpida un repudi.<sup>545</sup>

Amb elements tant clars com es pot continuar dient que aquesta normativa no afecta al nostre ordre constitucional i a tot el sistema de drets i llibertats fonamentals que aquest configura?

La diferència de tracte està, doncs, més que contrastada i entenc que no es pot permetre la perpetuació d'aquests sistema al nostre país, sense que això vulgui dir amb caràcter general que totes les legislacions magribins són contràries a l'ordre públic espanyol, perquè aquests mateixos arguments no es compleixen tan clarament en el cas de Tunísia i, fins i tot, en la nova reforma marroquina. Ara, sí que s'haurà de fer encara una anàlisi més acurada de la legislació marroquina per descartar, amb raonament, l'aplicació de l'excepció d'ordre públic amb caràcter general.

Quan la jurisprudència està denegant l'excepció d'ordre públic amb arguments generals i extrets d'altres sentències, el que es posa de manifest és que no s'ha fet una anàlisi acurada del dret estranger que se li presenta i que s'actua de manera fàcil fins i tot desestimant demandes abans d'entrar a analitzar el cas concret que s'està enjudiciant.<sup>546</sup>

---

<sup>543</sup> Veure per exemple els casos recollits a la nota 413 en relació a sentències de Tunísia, tot i tenir una legislació més avançada.

<sup>544</sup> Només cal recordar el cas d'A. (explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998) en què el marit va subornar el funcionari judicial i en el cas de G. (explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001), que va falsificar la seva autorització al segon matrimoni.

<sup>545</sup> Són nombroses les sentències de la jurisprudència francesa que es dediquen a analitzar si en aquests casos hi ha frau, per admetre després l'execució de la sentència estrangera o no. A títol d'exemple, veure les citades a la nota 109.

<sup>546</sup> Així va passar en el cas de S. (explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001), on malgrat l'al·legació concreta de la part actora la sentència desestima l'excepció d'ordre públic amb criteris prefixats per la jurisprudència sense analitzar la prova sobre dret estranger aportada per l'actora.

No es tracta d'admetre sempre l'excepció d'ordre públic, ni tampoc de denegar-la sempre, es tracta d'analitzar el cas concret que s'enjudicia.

La jurisprudència recent s'ha dedicat sistemàticament a no admetre l'excepció d'ordre públic però les conseqüències d'això són si més no curioses.

Hi ha les sentències que desestimen la demanda, com la dictada en el cas del matrimoni xinès per l'Audiència de Barcelona el 15-09-1998.<sup>547</sup>

Hi ha aquelles que llavors no admetent l'excepció d'ordre públic es dediquen a aplicar el dret estranger a la seva manera: desestimant la demanda de separació perquè no es recull aquesta figura, o aplicant-lo, però, des de la perspectiva espanyola.

La jurisprudència el que està fent és que per salvar l'aplicació formal del dret estranger aplica aquest a partir de criteris utilitzats en dret espanyol, però que en cap cas haguessin estat els marroquins.

Això ho podem veure cas per cas.

En el cas de G.<sup>548</sup> segurament sense testimonis barons musulmans ni el seus maltractaments ni els de la seva filla haguessin estat constatats. No se li hagués atribuït el domicili familiar i menys encara se li haguessin prohibit el règim de visites de les filles al marit, perquè malgrat que la dona en tingui la guarda el marit té dret a supervisar l'educació dels fills de manera àmplia i la dona pot perdre aquesta guarda en cas de nou matrimoni o trasllat de domicili.

*Sin embargo no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación del Reino de Marruecos contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe, en modo alguno, calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea el interno español ya el internacional, pues se encauzan aquellas a través bien del repudio, bien del divorcio judicial (artículo 44), que produce la disolución del vínculo conyugal (artículo 70); en relación a los plazos, para acceder a la disolución del vínculo igualmente se muestra tal legislación extranjera como inclusive más avanzada que la española, pues el artículo 56 del antedicho estatuto contempla, sin necesidad de separación previa por un tiempo más o menos prolongado, el divorcio por sevicias, a instancias de la esposa, y ello hasta el punto en que la vida conyugal llegaría a ser imposible.<sup>549</sup>*

---

<sup>547</sup> Az 1998/1948

<sup>548</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

<sup>549</sup> Sentència del jutjat de primera instància i instrucció de Mataró núm 6 de 29-11-2002, dictada en el cas de G. (explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001).

En el cas de R.<sup>550</sup> l'abandonament del marit i la no manutenció hagués donat lloc segurament a un intent de reconciliació i si hagués pagat el que li devia, hagués tingut el dret a tornar amb la seva dona. La poligàmia al·legada per R. no hagués estat causa de divorci perquè ella no va posar aquesta causa en el moment de casar-se.

*“Y así la ST 1 de julio 1997 acude a la excepción del artículo 12.3 CC cuando la aplicación de la Ley Extranjera contrarie los principios jurídicos, públicos y privados políticos y económicos morales o incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada, lo que sin embargo se ha de aplicar con gran cautela y de modo restringido, pues llevado a sus últimas consecuencias, nunca posibilitaría la aplicación de leyes promulgadas por otros estados o ejecutar sentencias dictadas por tribunales extranjeros. (...)”*

*Por lo que antecede es claro que cabe aplicar el principio de equivalencia de instituciones que rige en derecho internacional privado, o el de equivalencia de resultados (...) y asimilar al art.82.1 CC el supuesto de autos, dando lugar a la separación solicitada.”<sup>551</sup>*

Per tant, la teoria del TS tan utilitzada de examinar amb caràcter restrictiu l'excepció d'ordre públic, crec que s'hauria de matisar en els processos de família. Però els nostres tribunals i el nostre sistema legal que tendeix a tenir regulat fins a la última com a ha impossibilitat una actuació arriscada dels òrgans jurisdiccionals. En cap dels casos objecte d'anàlisi s'ha declarat obertament l'excepció d'ordre públic, a excepció del cas de F. en què es va constatar l'existència d'excepció d'ordre públic, encara que potser també des de d'idees preconcebudes a la inversa.

*El artículo 12 apartado tercero del CC establece que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. En nuestro criterio, compartiendo el señalado por la actora en su escrito de demanda, que la legislación del Reino de Marruecos en materia de controversias matrimoniales (separación o divorcio, o si se prefiere divorcio revocable o no y/o repudiación) e igualmente en lo referente a todos los efectos subsiguientes o derivados de tal separación o divorcio resulta inaplicable por contraria al orden público. (...)Ni el mayor y bienintencionado intento de comprensión de realidades sociales y culturales distintas de las nuestras puede llevarnos a justificar y*

---

<sup>550</sup> El supòsit de fet de R. està explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999

<sup>551</sup> SAP Barcelona de 18-06-2002, dictada en el cas de R (explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999) i recollida a AZ AC 2002/2176.

*menos aún a aplicar normas que entrañan una discriminación entre las personas por razones de sexo y un claro atentado a la dignidad de la mujer.*<sup>552</sup>

El cas de F. data de l'any 1998 i era un dels primers casos que es veien al partit judicial de Mataró, si l'evolució hagués continuat per aquesta banda potser s'hagués arribat a una formulació d'excepció d'ordre públic més acurada i no a la sistemàtica i general inadmissió d'aquesta clàusula sense haver fet una anàlisi més detallada.

La SAP Madrid de 28-09-2000<sup>553</sup>, referida al cas d'un divorci entre iranians que si admetia l'excepció d'ordre públic, va seguir aquesta línia oferint criteris interessants tant respecte de l'excepció d'ordre públic com de la prova del dret estranger. Aquesta sentència sí que recull clarament i de manera concreta perquè el dret iranià és contrari al nostre ordre públic i l'argument no era general, com el que s'utilitza en sentit contrari, sinó ben concret afirmant que no es pot admetre perquè vulnera clarament l'article 14 de la Constitució en possibilitar el divorci del marit sense cap causa i la necessitat de la dona de provar unes causes taxades per accedir-hi, encara que finalment pugui divorciar-se, afirmant a més que les reformes introduïdes en dret iranià no ha estat suficients en aquest punt.

També la SAP Granada de 23-04-2001<sup>554</sup> admetia l'excepció d'ordre públic en el cas d'uns iraquians, en considerar que el repudi unilateral és discriminatori i per tant contrari al principi d'igualtat i dignitat de la dona. Igualment la SAP Málaga de 11-09-2002<sup>555</sup> en el cas d'uns iranians, que argumenta igualment la vulneració del principi d'igualtat constitucionalment recollit que suposa el repudi unilateral del marit.

Aquestes sentències argumenten correctament el manteniment del principi d'igualtat i no per això no són respectuoses amb els altres ordenaments jurídics. Potser en el fons el que passa és que en el cas del Marroc, fins i tot, abans de la reforma del 2004, hi havia un sentiment generalitzat que era una legislació d'inspiració islàmica però suavitzada i que per tant es podia admetre i no atacar la identitat cultural dels marroquins.

---

<sup>552</sup> Sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció de Mataró núm 8 de data 1-9-1999, dictada en el cas de F. explicat a l'annex 2 ref. 3-2/1998.

<sup>553</sup> Veure la SAP de 28-09-2000 Az 2000/1656.

<sup>554</sup> SAP GRANADA 23-04-2001 (AZ AC 2001/1620).

<sup>555</sup> SAP MALAGA 11-09-2002 (AZ JUR 2002/27917).

## **b) Les clàusules especials d'ordre públic com a aplicació pràctica de l'excepció general d'ordre públic.**

Per evitar la generalitat de l'excepció d'ordre públic i assegurar-se una igualtat de tractament davant de segons quins casos es recorre a la determinació de clàusules especials d'ordre públic. Amb l'establiment d'aquestes clàusules és el propi legislador qui dona la solució legislativa per evitar contravenir les normes del fòrum i ho fa de manera global i genèrica per a casos semblants. Aquestes clàusules no canvien la norma de conflicte, i tampoc eviten el que es podria anomenar com a xoc cultural. Simplement estableixen el mínim necessari per part del país de residència perquè es pugui aplicar o no el dret estranger que la norma de conflicte entenia aplicable.

A Alemanya s'ha optat per aquesta solució i per exemple en matèria de divorci s'estableix que si el divorci no es pot aconseguir per l'aplicació de la norma estrangera que determina la norma de conflicte, es decretarà el divorci segons el dret alemany a condició que el sol·licitant del divorci sigui alemany en aquell moment o ho fos en el moment de la celebració del matrimoni.<sup>556</sup>

L'aplicació de l'excepció d'ordre públic comporta moltes més consideracions. Bona part de la doctrina europea i de la jurisprudència fuig d'una aplicació de l'excepció de l'ordre públic en abstracte. És a dir: s'entén que el que es vol evitar amb l'excepció d'ordre públic és l'aplicació de norma estrangera que produeixi resultats contraris als principis fonamentals de l'estat del for, però aquesta excepció no ha de ser un control en abstracte de la legislació estrangera. És a dir, el que s'ha de controlar és que l'aplicació de la legislació estrangera no sigui contrària a l'ordre públic intern, no que la norma estrangera per si sola ho pugui ser o no. Des d'aquesta perspectiva llavors s'afavoreixen les clàusules d'ordre públic més àmplies a concretar per part dels jutges en cada cas i no per normes concretes d'excepció d'ordre públic que semblen ja analitzar la llei estrangera en abstracte i abans de la seva aplicació.<sup>557</sup>

Un exemple pràctic d'aquesta postura en matèria de trencament del vincle matrimonial, seria considerar que malgrat que el dret marroquí atorgui la capacitat de dissolució del matrimoni al marit sense al·legar cap causa pel simple repudi i a la dona li obligui a al·legar i provar varies causes per accedir al divorci no seria per si sola contrària a l'ordre públic encara que a priori sembli discriminatòria. Caldria que aquesta

---

<sup>556</sup> QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000, pàg. 56.

<sup>557</sup> QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000, pàg. 60-61.

norma impedis a la dona realment accedir al divorci i, per tant, des d'aquesta apreciació restrictiva en molt poques ocasions es consideraria la norma estrangera contrària a l'ordre públic, quan en realitat entenc que el nostre ordenament no podria admetre una discriminació tan clara entre home i dona, malgrat que la dona acabi aconseguint del divorci després de mil peripècies.

No es tracta de jutjar les legislacions estrangeres, anàlisi que en tot cas correspon als seus propis ciutadans i institucions, però el que sí que es pot és determinar que una norma estrangera no sigui d'aplicació al nostre territori perquè d'entrada és contrària als nostres principis constitucionals i, per tant, ja podria per si sola en la seva aplicació concreta vulnerar aquests principis.

Si malgrat això es manté l'aplicació d'aquesta norma el que realment s'està fent per preservar els principis del fòrum és mantenir l'aplicació formal de la norma estrangera però valorant-la i aplicant-la segons criteris del for. Entenc que en aquests casos s'està si més no produint una aplicació encoberta de l'excepció d'ordre públic però que propicia l'aplicació estricta per part d'altres jutjats i tribunals potser no tan acurats en les seves sentències.

Així, en el un cas de separació matrimonial entre dos marroquins plantejat davant dels tribunals espanyols en el que es demana la separació matrimonial per aplicació del dret espanyol en considerar que ha de prevaler l'excepció d'ordre públic, no es pot contestar que no procedeix l'excepció d'ordre públic sense més i desestimar la demanda sense més deixant en indefensió a la demandant i segurament al seu fill menor.

Entenc que la no apreciació de l'excepció d'ordre públic ha de venir acompanyada d'una interpretació de la norma estrangera que permeti la seva aplicació sense que sigui discriminatòria, sinó realment s'està permetent una aplicació contrària al nostre ordenament.

#### b.4 La proposta innovadora d'introduir criteris extrajurídics mantenint la norma de conflicte i la seva dificultat de dur a terme en el nostre sistema judicial.

Davant de tota la problemàtica plantejada fins el moment i la constatació que cap dels del "remeis" jurídics poden ser la solució perfecte, potser és bo fer una anàlisi



multidisciplinar i introduir altres variables no estrictament jurídiques per donar resposta als litigis. Evidentment, aquesta opció demana més implicació dels jutges des d'una vessant no estrictament jurídica.

En aquest sentit, tenim la proposta de H.U. Jessurun d'Oliveira <sup>558</sup> que aposta per relativitzar el criteri de la norma de conflicte ja sigui el de nacionalitat o el de la residència habitual. No canvia, per tant, la norma de conflicte sinó que després de designar el dret aplicable el jutge té en compte el comportaments dels justiciables en el cas concret tenint en compte anàlisis sociològiques o antropològiques. És la teoria de l'anomenat Dret Internacional Ocult. <sup>559</sup>

Una part de la doctrina alemanya també tendeix a una proposta similar amb la teoria de les dues fases o doble esglaó. Aquesta teoria entra en joc quan la norma de conflicte no designa la llei estrangera, sinó a la llei del fòrum com a llei de la residència habitual. En aquests casos la llei estrangera que serà majoritàriament la llei nacional comú descartada per la norma de conflicte, no s'oblida totalment sinó que entra en joc com una mena de "llei cultural" a tenir en compte.

Aquesta teoria ha estat criticada per alguns autors per diversos motius. Un d'ells és per considerar-la no estrictament jurídica, ja que entenen que l'únic que s'està fent és introduir criteris d'equitat en les decisions judicials. També ha estat objecte de crítica perquè potser confon "llei cultural" amb religió i aquest element no és en cap cas criteri per a la norma de conflicte i el que des de l'àmbit de Dret Internacional Privat el criteri determinant per a l'aplicació de dret estranger o no, no és la religió sinó la nacionalitat, que porta sovint a designar ordenaments jurídics confessionals.

Davant d'aquestes crítiques es considera més acceptable mantenir el criteri de la nacionalitat i utilitzar la excepció d'ordre públic o les clàusules d'excepció per evitar la aplicació del dret estranger quan produeix situacions claudicants. La teoria dels dos esglaons suposa tot el contrari i és donar cabuda a la norma estrangera quan la llei de conflicte determina la llei de la residència com a llei aplicable i això es considera inadmissible perquè permet continuar considerant els immigrants com a pertanyent a una comunitat jurídica diferent.

---

<sup>558</sup> QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000. (Nota pàg. 44 d'aquest llibre)

<sup>559</sup> Aquestes teories també estan presents a BORRAS, ALEGRÍA - "Les ordres plurilégislatifs" Academie de Droit International. Recueil des cours - 1994.

Aquestes crítiques de fet només fan que posar de manifest que no s'assimilen en l'àmbit jurídic altres opcions o teories provinents o molt relacionades amb altres disciplines socials.

El dret és una ciència social per excel·lència i en les seves propostes no es pot prescindir de la realitat social que realment es vol regular perdent-se només en teories jurídiques complexes.

En el fons d'aquestes propostes de Dret Internacional Privat hi ha una altra discussió més complex i és determinar quin model d'integració dels immigrants volem. Si volem tendir a una total assimilació o volem donar cabuda a solucions interculturals i fins a quin punt hem d'introduir normes per respectar les cultures de la societat d'acollida o de la societat d'origen.

És cert que entrar en aquestes consideracions i deixar les valoracions de les mateixes en mans d'un jutge, és deixar el camp molt obert i, en conseqüència, no afavorir gaire a la seguretat jurídica, element també a tenir en compte.

Partint de la pràctica judicial habitual, constatada en els diferents anàlisis casos pràctics, crec que la crítica potser més encertada a aquestes teories és titllar-les d'utòpiques i d'afavorir la justícia del cas concret, davant la seguretat jurídica, confiant que la justícia del cas la donin els tribunals, en la major part dels casos i si més no en l'àmbit espanyol massa col·lapsats i amb massa poc temps com per analitzar els litigis familiars entre magribins introduint elements no estrictament jurídics i més quan en els molts casos, els tribunals de primera instància són tribunals mixtes on es tracten temes civils i penals i on no es pot tenir una especialització dels jutges.

L'aplicació d'aquestes teories seria pràcticament possible amb la implicació de tots els professionals del dret, inclosos els advocats i un canvi de mentalitat que permetés introduir altres connotacions no només les estrictament jurídiques.

Amb l'aplicació d'aquestes propostes ens quedaria sempre una mica pendent la seguretat jurídica, ja que no hi hauria una norma específica que estrictament hi determinés tot sinó que es deixaria molt marge d'opció als jutges i tribunals. Aquestes opcions en un país com el nostre on sempre es busca la reglamentació de tot i on les solucions a tots els mals sempre passen per una reforma legislativa que deixi clar què es pot fer i què no, en comptes de possibilitar l'aplicació extensa de la norma, és, doncs, molt difícil que prosperin.

La idea important a retenir d'aquests propostes, però, fins i tot a l'hora de suggerir altres solucions, és que tenen en compte la realitat: els immigrants magribins,

fins i tot els establerts llargament en un país europeu, estan entre dues cultures, que es barregen en la seva vida i més en els àmbits familiars i que, per tant, les solucions tradicionals de determinar quina és la llei aplicable a un litigi de família en base només a la nacionalitat o residència no hi donen resposta.

### b.5 La idoneïtat d'introduir la possibilitat d'elecció de la llei aplicable.

En un intent de donar resposta a la dicotomia entre llei nacional o llei de la residència habitual, han sorgit també les teories que possibiliten a les parts l'elecció de la llei aplicable al seu matrimoni i a la dissolució del mateix. En poques paraules donar cabuda a l'autonomia de la voluntat en l'àmbit familiar, entenent que la influència de l'estat en l'àmbit de la vida familiar cada cop és menor i que ja no es pot considerar una matèria indisponible.

Diversos autors dintre i fora d'Espanya han optat per a aquesta proposta. És el cas de J-Y- Carlier a Bèlgica o també de P. Lagarde.<sup>560</sup> Igualment defensen aquesta postura S. Sánchez Lorenzo i J. Carrascosa González a Espanya.<sup>561</sup> El Grup Europeu de Dret Internacional Privat<sup>562</sup> també aposten per aquesta admissió de la autonomia de la voluntat.

En la recent reforma del codi de Dret Internacional Belga a través de la llei de 16-07-2004, en vigor des de l'octubre del mateix any, s'ha apostat clarament per admetre aquesta autonomia de la voluntat en el divorci, permetent a l'article 55 l'opció entre la llei de la nacionalitat comú o la llei belga, que correspondrà bàsicament a la llei de la residència<sup>563</sup> Igualment les propostes que s'estan fent a nivell de la UE per a

---

<sup>560</sup> CARLIER, J-Y: *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Ed. BRUYLANT. Brusel.les 1992. LAGARDE, P. *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et a la réputation*. Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à F. Rigaux. Brusel.les 1994.

Tots dos citats també a GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C.: *El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento*. *EL DERECHO DE FAMILIA ANTE EL SIGLO XXI: ASPECTOS INTERNACIONALES*. Dir. CALVO CARAVACA, A-L. i CASTELLANOS RUIZ, E. Madrid Ed. Colex 2004.

<sup>561</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER – “*Matrimonio y elección de ley*” *Estudio de Derecho Internacional Privado* - Colección: Ciencia Jurídica y Derecho Internacional nú. 6 - Ed. Comares S.L. 2000. Citat també a QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000.

<sup>562</sup> Veure nota 113 d'aquest treball en relació a la constitució i naturalesa d'aquest grup.

<sup>563</sup> CARLIER, J-Y.: *Le Code belge de droit international privé*. Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 94 (1), janvier-mars 2005.

l'elaboració d'una normativa comunitària sobre llei aplicable tendeixen a admetre l'autonomia de la voluntat de manera més o menys limitada com a la millor solució.<sup>564</sup>

A priori es pot considerar aquesta proposta com a encertada però una anàlisi més detallada deixa clar que queden molts aspectes sense resoldre o punts crítics que fan que no pugui ser una proposta global.

D'entrada, aquesta teoria seria aplicable segons les propostes espanyoles bàsicament als matrimonis mixtos, motiu pel qual no seria una resposta global i produiria discriminació.

No té en compte la hipòtesi inversa. El dret musulmà permet als cònjuges negociar algunes de les conseqüències del seu contracte de matrimoni, però no els permet escollir la llei aplicable. Això fa que aquesta proposta a la inversa per part dels països magribins respecte dels matrimonis mixtes no es pugui admetre i, per tant, no es produeixi mai.

És cert que la llei del país d'origen s'aplica en virtut del criteri de nacionalitat, no de religió, però també és cert que el dret en els països del Magrib està íntimament lligat a la religió i, per tant, escollir com a llei aplicable al seu matrimoni o al seu divorci, una llei estrangera, produirà efectes al país de residència però mai al país d'origen on, a més, si els arribés a produir es consideraria una mena d'apostasia i podria comportar fins i tot en aquest país una espècie de mort civil, produint com a conseqüència llavors la dissolució del matrimoni i l'obertura de la successió.<sup>565</sup>

Per altra banda, la negociació perquè sigui vàlida implica que s'ha de realitzar en igualtat de condicions i fins a quin punt estan en condicions de negociar i pactar moltes dones en el moment del seu matrimoni? O fins a quin punt els imams i líders espirituals no es convenceran o promouran l'elecció de la llei del país d'origen, evidentment islàmica, encara que no sigui la que realment els afavoreixi?

A tots aquest punts cal afegir, a més, que es pot donar el cas que els dos cònjuges no estiguin d'acord en l'elecció de la mateixa llei com a llei aplicable. Conscients d'aquesta possibilitat la majoria d'autors estableixen que llavors s'aplicarà la llei de la residència habitual, afavorint, doncs, a la pràctica la imposició de la llei de residència davant de la llei de la nacionalitat.

---

<sup>564</sup> Veure *Llibre verd sobre legislació aplicable i competència en afers de divorci*. COM (2005) 82 final. 14-3-2005 i revisió de 17-07-2006 COM (2006) 400 final i el dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre aquest mateix llibre verd. DOUE 2006/C 24/8 de 31-1-2006.

<sup>565</sup> A títol d'exemple, el cas viscut a Egipte per l'escriptora Nawal al Sadawi, on volien forçar al seu marit a divorciar-se d'ella per apostasia, a causa de les seves idees. Entrevista publicada a LA VANGUARDIA. La Revista 04-04-2004.

Potser seria més pràctic solucions com la holandesa on la elecció de llei aplicable entra per descartar l'aplicació de la llei nacional. Aquesta opció ve a ser com una mena d'excepció d'ordre públic però que es deixa en mans i a la voluntat de les parts.

SELIM JAHEL<sup>566</sup> valora també aquesta possibilitat i considera que a qui ha optat per la legislació del país d'acollida no se'l consideri apòstata, senzillament perquè la opció des de la perspectiva dels països magribins es considera nul·la i, per tant, com no feta. Aquesta situació el que llavors possibilita és que aquesta mateixa persona vagi al seu país d'origen i allà plantegi un altre plet familiar basat sobre la seva llei nacional. Per evitar això afirma l'autor el que caldria és potenciar la signatura de convenis internacionals entre els dos països per reconèixer aquestes opcions. A la pràctica però en el cas francès els convenis van servir per possibilitar altre cop l'entrada de la llei nacional que havia estat descartada per la modificació de l'article 310 del Codi Civil Francès.

La proposta d'aquest autor aprofitant la idea de la autonomia de voluntat de les parts és apostar per introduir en el contracte matrimonial el màxim d'acords que descartin la discriminació i els elements que puguin ser contraris a l'ordre jurídic del país d'acollida aprofitant la possibilitat que dóna la llei islàmica en aquest sentit, afavorint així que les famílies que introdueixen modificacions a les seves legislacions tradicionals sense haver de renunciar a la seva llei nacional amb clares connotacions religioses. Aquesta possibilitat la recullen els diferents codis en permetre clàusules als contractes matrimonials. El que caldria ara és potenciar l'ús d'aquestes clàusules i la obertura de les mateixes a un munt de temes possibles. L'article 19 del Codi de la família d'Algèria permet la inclusió de clàusules que no siguin contràries al propi codi, el que s'hauria d'anar fent per part de la seva pròpia jurisprudència és admetre amplitud de clàusules, fins i tot aquelles més dubtoses de ser contràries al propi codi. En igual sentit trobem l'article 38 de l'antiga Mudawana, que amb la reforma ja s'ha introduït noves possibilitats de clàusules com les referides al règim econòmic matrimonial.

Aquesta proposta és interessant però per una banda requereix una amplitud de mires a l'hora de possibilitar clàusules innovadores i que vagin més enllà de les tradicionalment permeses i per altra banda no elimina el problema bàsic de fons i és la capacitat real que tenen majoritàriament les dones, però també els homes, de pactar amb

---

<sup>566</sup> JAHEL, SELIM: *La lente acculturation du droit maghrebain de la famille dans l'espace juridique français*. Revue International de Droit Comparé 1 – 1994.

els seus futurs marits i, fins i tot, la capacitat d'ells mateixos, quan en molts casos els matrimonis són una decisió familiar. Ara per ara crec que només poden imposar aquest sistema les dones àmpliament formades i amb molta independència i potser també aquelles que ja han passat per un primer matrimoni.

Malgrat tot, és bo aprofitar d'aquesta teoria la idea de donar la opció als propis interessats i que tot no sigui una imposició legislativa des de l'estat. La proliferació de la mediació familiar i la seva potenciació des de les pròpies administracions també afavoreix l'opció per introduir cada cop més aquesta autonomia de la voluntat. Ja que així les parts poden arribar a acords sobre qüestions no previstes en principi en el dret espanyol, sempre que no siguin manifestament contràries al nostre ordre públic. Potser l'admissió de l'autonomia de la voluntat no és el final de tots els problemes, ni la solució màgica que posi fi als conflictes, però es pot introduir en alguns aspectes, sense alarmisme i no es pot descartar la seva aplicació de manera rotunda.<sup>567</sup>

### b.6 La proposta de creació d'un codi musulmà europeu.

D'altres autors han proposat de crear una mena de codi musulmà europeu amb normes que siguin acceptables a l'ordre públic dels estats d'acollida<sup>568</sup>. Aquest codi s'aplicaria, doncs, als musulmans estrangers residents a Europa que no haguessin fet l'elecció per la llei de la residència habitual.

Es tractaria d'un codi europeu inspirat en la xara que contingués normes acceptables per als països europeus.

Independentment d'altres consideracions, aquest projecte d'entrada té dues grans dificultats. Per una banda, reclama una unanimitat de criteris des del punt de vista europeu per determinar quines són les qüestions que afecten a l'ordre públic dels seus països. Potser en l'àmbit dels països membres de la UE es podrien fins i tot utilitzar els mecanismes comunitaris per aconseguir aquesta unitat de criteris i més quan des del

---

<sup>567</sup> Cal recordar la insistència de moltes sentències indicant que no es pot escollir la llei aplicable. Fins i tot en casos d'al·legació de l'excepció d'ordre públic o de no prova del dret estranger es respon des del tribunal amb aquesta idea insistent de que no es pot escollir la llei aplicable. Així per exemple les ja tan esmentades SAP BARCELONA 15-09-1998 1763/1996 (AZ AC 1998/1564), en el cas de B. i SAP BARCELONA 15-09-1998 1608/1996 (AZ AC 1998/1948) o també la SAP ASTURIAS de 4-2-19999 (AZ AC 1999/3325). Cal també tenir present la SAP MADRID (22º) 17-12-2002 (AZ JUR 2003/185709). La SAP ALMERIA 28-06-2004(AZ AC 2004/1440) i la SAP BARCELONA 30-04-2002 (AZ JUR 2002/185582), que malgrat aplicar dret espanyol davant la manca de prova del dret estranger, considera que aquesta postura està propiciant l'elecció de la llei aplicable a les parts.

<sup>568</sup> RIAD, FOUAD: *Pour un Code Européen du droit musulman*. En *Le statut personel des musulmans*. Dir. CARLIER, J-Y, VERWILGHEN, M. Bruylant Bruxelles - 1992.

tractat d'Amsterdam es tendeix a la creació d'un sistema de Dret Internacional Privat en el si de la Unió Europea.

Per altra banda, en l'àmbit dels països magribins també caldria una unitat de criteris davant les institucions familiars a incloure en aquest codi. Unitat que es presenta ben problemàtica només tenint en compte que les legislacions tant diferents entre Tunísia i els altres països, ara potser menys acusades després de la recent reforma produïda al Marroc en aquest tema i més tímidament la d'Algèria.

El primer problema que planteja aquesta postura és, doncs, determinar qui ha de fer aquesta reinterpretació de les normes tradicionals del dret islàmic en matèria matrimonial. Potser es podrien utilitzar en aquesta tasca el recurs els principis generals del dret tal i com proposa el mateix Selim JAHEL<sup>569</sup>, però continua faltant aquest interlocutor vàlid per a tots.

Aquest codi així proposat s'aplicaria inicialment als estrangers musulmans, però els autors d'aquesta proposta pretenen que a la llarga s'apliqui a tots els musulmans que arribin a ser ciutadans europeus i en aquest aspecte crec que si seria retrocedir i introduir elements confessionals en els estats laics i amb clara discriminació respecte de les altres religions.

Partint de la idea que als estats europeus la religió és un aspecte que es deixa en l'esfera privada, potser la solució possible en aquest sentit seria ampliar el sistema previst a Espanya amb les lleis del 92 a altres col·lectius i possibilitant, fins i tot, el reconeixement civil de dissolucions del matrimoni realitzades d'acord amb aquest possible codi europeu musulmà que hauria de garantir els límits exigits, havent de passar per un procediment de reconeixement i execució d'aquestes resolucions en termes similars a les nul·litats eclesiàstiques, on es pogués analitzar si s'ha produït una vulneració o no dels drets constitucionals.

De totes maneres, entenc que aquestes propostes no són admissibles des d'una preceptiva de Dret Internacional Privat perquè posen l'accent en la religió, que en cap cas ha de ser criteri per determinar la llei aplicable.

Potser d'aquesta proposta és bo retenir-la des d'un punt de vista cultural i religios com a voluntat d'acostament, però no pot ser la solució global i general a tot el problema de fons

---

<sup>569</sup> JAHEL, Selim: *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*. R.I.D.C. 1-2003.

L'evolució jurisprudencial ens ha posat de manifest que en negar-se sistemàticament l'excepció d'ordre públic i admetre l'aplicació de les legislacions magribines, el que s'ha fet és aplicar-les segons criteris espanyols i, per tant, a la pràctica el que s'ha anat configurant és una interpretació de la normativa magribina, majoritàriament marroquina, a la l'espanyola, amb criteris i solucions que serien impossibles als països d'origen. Per tant, a la pràctica s'ha anat configurant no un dret musulmà europeu, però si una interpretació de la normativa marroquina d'inspiració islàmica amb estàndards espanyols.

El que entenc que sí és possible és permetre l'aplicació de la normativa estrangera, que malgrat ser d'inspiració islàmica no sigui contrària al nostre ordre públic, com podria ser la normativa de Tunísia i la reformada Mudawana marroquina. D'aquesta manera s'aniria configurant una jurisprudència pròpia des dels països europeus en l'aplicació d'aquests drets, que en el cas de la legislació marroquina afecta a un bon nombre de ciutadans residents. Ara bé, aquesta seria un solució cas per cas en funció de les legislacions foranes que ens vagin arribant de la mà dels seus ciutadans residents a casa nostra, però no una solució global a l'estil del proposat Codi Europeu de Dret Musulmà.

### **C. Suficiència i adequació de les darreres reformes normatives en el cas espanyol.**

#### c.1 Valoració del sistema conflictual espanyol.

De totes aquestes opcions analitzades, cal veure quines segueix en l'actualitat l'anomenat sistema conflictual espanyol.

Ja he exposat quin ha estat l'evolució de la jurisprudència en aquesta matèria, el que ja ens apunta algunes idees. Els jutges espanyols no ha pres actituds innovadores a l'hora de fixar quina ha de ser la llei aplicable, només més recentment han començat fer un esforç per admetre les demandes interposades, però argumentant criteris com per exemple la teoria de l'equivalència d'institucions, no en el fonament mateix de quina ha de ser la llei aplicable i donant sempre per suposat que era la llei de la nacionalitat comú i no utilitzant pròpiament cap correctiu per no aplicar-la, ja que al mateix temps s'ha fet una interpretació restrictiva de l'excepció d'ordre públic, seguint potser postures generals del mateix TS, però que calien una reformulació en seu de litigis de família.



Com hem vist, doncs, en el cas espanyol no podem comptar amb l'existència de teories jurisprudencials com les de la del doble esglaió o aquelles que permeten introduir altres elements no estrictament jurídics. El més innovador que s'ha fet i sense gaires arguments jurídics ha estat aplicar el dret majoritàriament marroquí segons el criteri del jutge o tribunal clarament influenciat pel nostre sistema jurídic i per la pròpia evolució jurisprudencial en matèria de dret de família.

En el nostre ordenament ens hem basat únicament i exclusiva en les anomenades normes de conflicte, contingudes en el codi civil i que són competència exclusivament estatal sense intervenció en les mateixes de la legislació autonòmica, tot i que la llei material aplicable pugui ser la llei civil d'alguna comunitat autònoma, com a llei de la residència habitual.

## c.2 Anàlisi i suficiència de la normativa continguda en el Codi Civil.

Les normes de Dret Internacional Privat estan contingudes als articles 8 a 12 del Codi Civil, però en aquests articles no hi ha referència a la normativa aplicable al trencament familiar.

L'article 9 del CC, recull quina és la llei personal: la llei nacional i que aquesta llei personal regula l'estat civil. També recull l'article 9.2 els efectes del matrimoni i l'article 9.3 regula la llei aplicable a les capitulacions o pactes matrimonials sobre el règim econòmic. També recull l'article 9.4 la llei aplicable a la filiació i a les relacions paternofilials i l'article 9.7 recollia la llei aplicable als aliments entre parents, encara que substituït després del Conveni de la Haia de 2 d'octubre de 1973 relatiu a la llei aplicable a les obligacions alimentàries.<sup>570</sup> Aquest mateix article recull normes sobre quina nacionalitat ha de prevaler en cas de doble nacionalitat, ja que el criteri de la nacionalitat és un dels àmpliament utilitzats en els diferents supòsits. Aquest mateix article remet al 107 del mateix CC per determinar quina llei regeix la separació i el divorci.

---

<sup>570</sup> *Conveni de la Haia de 2-10-1973 relatiu a la llei aplicable a les obligacions alimentàries*. Instrument de ratificació de 16-05-1986 (BOE núm 222 de 16-09-1986). També cal tenir present la proposta de reglament sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries que s'està elaborant en el sí de la UE, que estableix com a criteri general la llei de la residència habitual del creditor, però que permet altres connexions i fins i tot l'elecció de llei aplicable encara que limitada. *Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Presentada por la Comisión COM(2005) 649 final. Brusel. les 15-12-2002.*

Del conjunt de matèries que detalla aquest article 9 del CC es pot veure clarament que el criteri majoritari és el de nacionalitat comú. Només es poden salvar d'aquest criteri de la nacionalitat en el cas d'adoptar-se mesures urgents en protecció de menors d'acord amb l'article 9.6. I, *in fine*, al que es podrà recórrer igualment en el cas de les mesures prèvies a la separació i el divorci que són urgents. Si s'arribes a aplicar el conveni de la Haia de 19-10-1996, la llei aplicable en temes de responsabilitat parental i protecció de menors seria segons el seu article 15 la llei de l'autoritat competent, a no ser que amb caràcter excepcional es pugui aplicar la llei de l'estat amb la que la situació presenti un vincle més estret.<sup>571</sup>

Per tant en el cas dels immigrants magribins residents a Espanya és evident que amb caràcter general la normativa espanyola de Dret Internacional Privat remet a la seva llei nacional, ja que en la majoria dels casos són matrimonis formats per dues persones de la mateixa nacionalitat, que a més han transmès aquesta nacionalitat als seus fills i que malgrat que aquests nens hagin nascut ja a Espanya, no han demanat per ells la nacionalitat espanyola.

Aquest sistema conflictual és, doncs, complex, perquè, d'entrada, recull diferents criteris possibles a diferents matèries que es plantegen en un litigi familiar per el trencament del matrimoni. En qualsevol plet de separació o divorci des de fa anys les causes que possibiliten el mateix recollides al CC s'analitzaven menys i els jutjats es dedicaven a precisar bàsicament els efectes d'aquest trencament com les pensions alimentàries i /o compensatòries i les relacions paternofilials. Aquesta situació s'ha acabat de constatar, fins i tot legalment, després de la reforma del Codi Civil de juliol de 2005 <sup>572</sup>que permet el recurs al divorci o a la separació sense cap causa i amb uns requisits mínims. En aquest estat de la qüestió és difícil deslligar unes matèries de les altres. De fet, en un plet matrimonial de caràcter intern es veuran totes en el mateix procediment i de manera global.

En un plet de divorci o separació matrimonial el que normalment s'analitza és, doncs, quines relacions s'estableixen amb els fills (relacions paternofilials). És a dir: el que és important saber és qui te la guarda i custòdia dels fills menors del matrimoni i qui en té la pàtria potestat. En segon terme en un plet matrimonial el que es discuteix i s'ha de fixar en sentència és quina pensió d'aliments correspon pels fills del matrimoni o, fins i tot, si el cònjuge te dret a aquests aliments (aliments) i en menys casos si cal

---

<sup>571</sup> Cal recordar que el Marroc sí ha ratificat el conveni però Espanya no. (veure: [www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

una pensió compensatòria. Es discuteix qui s'ha de quedar amb l'ús del domicili familiar i també que passa amb el règim matrimonial, com es liquida i quines compensacions pot donar lloc aquesta liquidació (efectes del matrimoni).

Des d'aquesta perspectiva estricta què li quedaria a l'article 107 CC? Tan sols determinar quines han de ser les causes de la separació o divorci. Després de la reforma de 2005 quines seran les causes a controlar?

La complexitat d'un trencament matrimonial fa que sigui millor per facilitar tendir a una unitat de llei aplicable i que la llei de l'article 107 pugues determinar tot el conjunt de matèries que s'han de fixar en la sentència que declari la separació o el divorci. Si més no crec que s'haurien de recollir les matèries que es recullen en els articles 90 a 106 del mateix codi civil.

### c.3 L'article 107 del CC i les seves dificultats d'aplicació abans i després de la reforma de setembre de 2003.

Aquest article 107 del CC recollia abans de la reforma del 2003 el criteri de la nacionalitat comú i només hi entrava la llei de la residència en el cas de matrimonis mixtos.

Aquesta norma havia estat aplicada per la jurisprudència espanyola de manera vacil·lant i molt estricta no possibilitant l'apreciació de l'excepció d'ordre públic i desestimant demandes sense entrar en el fons de la qüestió.

Aquesta situació va arribar al Defensor del Poble, que en el seu informe referit al 2002 i arran d'una queixa d'una ciutadana marroquina que denunciava que a les dones magribines se'ls imposava un estatut personal d'inferioritat dintre de la família perquè se'ls aplicable el dret del seu país d'origen i no el dret espanyol, el Defensor del Poble arribava a la conclusió que l'aplicació de l'article 107 de la manera que es feia portava inseguretat jurídica.

La constatació feta en l'informe del 2002 és bastant minsa i recull la realitat de manera molt poc extensa. La realitat però més complex, era la ja exposada en tractar de l'evolució de la jurisprudència.<sup>572</sup> L'any 2002 que és l'any de l'informe pel que fa a l'àmbit de la província de Barcelona, ja s'havia anat escampant la postura de l'Audiència de ser més oberta i d'afavorir la separació.

---

<sup>572</sup> Llei 15/2005 de 8 de juliol, per la qual es modifica el CC i la LEC en matèria de separació i divorci. BOE 9-07-2005.

<sup>573</sup> Veure l'informe del defensor del poble de l'any 2002 i l'apartat sobre l'evolució jurisprudencial del partit judicial de Mataró d'aquest mateix treball.

El Defensor del Poble posa èmfasi en el fet que aquesta posició vacil·lant de la jurisprudència crea inseguretat jurídica i produeix indefensió. És lògica aquesta postura del Defensor del Poble sobretot partint del cas denunciat on hi havia maltractament en l'àmbit familiar que encara feia més contundent la indefensió que es produïa en desestimar la demanda i deixar la dona maltractada sense cap resolució en l'àmbit civil.

La seguretat jurídica és, evidentment, un element a protegir, però tendir a voler eliminar totalment la inseguretat, porta a la regulació extensa i a eliminar la voluntat dels jutges de suplir amb la seva tasca les mancances deficiències de la llei, esperant sempre que una norma els avaluï exactament i no anant més enllà o no estenent la llei als màxims. Aquesta voluntat de tenir-ho tot regulat per eliminar la inseguretat jurídica, fa que sigui pràcticament impossible que a Espanya sorgeixen teories jurisprudencials arriscades i que tinguin en compte altres elements socials no estrictament jurídics com veiem en diverses iniciatives europees.

El Defensor del Poble, a partir de les anàlisis fetes i de les queixes rebudes (que de fet no deixava de ser el problema greu però puntual d'una dona marroquina a qui se li va desestimar la demanda, com en el cas de Be.<sup>574</sup>) proposa dintre d'aquesta lògica normativitzadora, un canvi del text de l'article 107 del CC. La reforma que proposava el Defensor del Poble era introduir un possibilitat d'elecció de la llei que ha de regir la separació o divorci per part de la part demandant per tal que no s'hagués de regir imperativament la llei nacional del país d'origen.

En aquesta voluntat de potenciar l'elecció de llei aplicable s'havia ja pronunciat part de la doctrina,<sup>575</sup> però el legislador va fer cas omís a aquestes recomanacions.

La reforma de l'article 107 del CC es fa formalment aprofitant una llei més àmplia, la llei 11/2003 de 29 de setembre de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica e integració socials dels estrangers (BOE de 30-09-2003). L'èmfasi d'aquesta llei 11/2003 està en la matèria de violència domèstica i recull bàsicament mesures de dret penal i d'estrangeria i encara que la reforma del CC en matèria de llei aplicable a la separació i el divorci, pugui tenir una relació indirecta amb la matèria de violència domèstica, recordem que el Defensor del Poble basa en el seu informe precisament en un cas de maltractaments, la reforma de l'article 107 passa gairebé inadvertida. Fins i tot, hi ha autors que han criticat expressament que aquesta

---

<sup>574</sup> Supòsit de fet explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995.

<sup>575</sup> Veure el que acabo d'exposar a l'apartat: "La idoneïtat d'introduir la possibilitat d'elecció de la llei aplicable", d'aquest mateix treball.

reforma es fes en aquesta llei ja que de manera implícita s'estava associant la regulació del divorci dels estrangers i la violència domèstica <sup>576</sup>

El text final del nou article 107, és confús, fet amb poca tècnica legislativa, com afirmen la majoria d'autors <sup>577</sup> i abandona la idea de introduir un element d'autonomia de la voluntat en l'àmbit conflictual matrimonial i opta per incloure una clàusula especial d'ordre públic, suposadament com a solució als supòsits on els litigants provinguin d'un país islàmic com és el cas dels magribins. Per tant, la situació respecte d'aquests no ha canviat substancialment.

El nou article 107 no introdueix cap criteri innovador, sinó que continua utilitzant la nacionalitat i la residència habitual com a criteris o punts de connexió amb tots els problemes que aquests elements comporten i que en el nou redactat no es corregeixen. La redacció actual de l'article 107 estableix en caràcter general que la separació i el divorci es regiran per la llei nacional comú, dels cònjuges en el moment de presentació de la demanda, en defecte d'aquesta llei nacional comú per la llei de la residència habitual comú del matrimoni en el moment també de la presentació de la demanda i en defecte d'aquesta per la llei de la última residència habitual comú si un dels cònjuges encara resideix habitualment en aquest estat.

Fins aquí la redacció varia lleugerament però no aporta res de nou, l'únic que canvia és la solució que es dona davant de manca de residència habitual comú en el moment de presentació de la demanda. En la redacció anterior en aquests casos s'aplicava la llei espanyola sempre i quan els tribunals espanyols fossin competents. Evidentment, en el cas que un dels cònjuges mantingui la residència habitual a Espanya d'acord amb les normes de competència judicial actual els tribunals espanyols poden ser competents en molts supòsits. Ara en el nou redactat desapareix aquesta aplicació de la llei espanyola en funció de la competència judicial i determina que en el cas de manca de nacionalitat comú i manca de residència habitual comú, s'aplicarà la llei de la darrera residència comú del matrimoni si un del dos cònjuges encara hi resideix habitualment, podent, per tant, ser aplicable altres lleis diferents a l'espanyola per part dels jutges espanyols competents. Potser sí que la supressió de la redacció anterior era una conseqüència lògica, però el nou sistema dibuixat no acaba de resultar una clàusula de tancament real del sistema.

---

<sup>576</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

<sup>577</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

La modificació en aquest punt és valorada positivament per a molts autors. Així, Flora Calvo <sup>578</sup> que valora positivament que s'apliqui la llei que tingui més proximitat amb la relació familiar i no directament l'espanyola i posa com a exemple un matrimoni mixt entre espanyol i francesa que ha viscut sempre a França però que el moment del trencament el cònjuge espanyol torna a Espanya i sis mesos després presenta demanda de separació davant d'un jutge espanyol que serà competent, però que haurà d'aplicar la llei francesa, que és la de l'última residència habitual comú del matrimoni, ja que és aquest el criteri que determina l'article 107, a manca de nacionalitat comú (espanyol i francesa), i de residència habitual comú (un viu a França i l'altre a Espanya) en el moment de presentació de la demanda. L'argument és correcte però no soluciona tots els supòsits com apunten altres autors <sup>579</sup>; i tampoc soluciona el problema que comporta que el jutge espanyol competent hagi d'aplicar un dret estranger que en principi desconeix. Donat el fonament i origen de la reforma a partir de l'informe del defensor del poble aquest element semblava que era un dels punts a solucionar. El nou redactat no hauria de ser més problema i fins i tot hauria de tendir a una aplicació del dret més proper al conflicte matrimonial, però això no serà així si no va acompanyat d'una important reforma en matèria de prova del dret estranger que la flexibilitzi. Si no hi ha aquesta nova regulació gairebé era més interessant la idea de lligar la competència judicial i la llei aplicable com feia la redacció anterior, perquè el que a priori podria ser el més desitjable davant d'un bon sistema de prova de dret estranger suposa més dificultats que res en la pràctica, i aquesta millora en la suposada proximitat de la legislació estrangera pot quedar en un no res.

D'altres autors critiquen amb encert que el legislador espanyol en redactar l'article 107 no ha tingut gens en compte la normativa sobre competència judicial internacional i que les escasses referències a aquesta matèria en els treballs preparatoris s'han fet en relació tan sols a la LOPJ sense tenir en compte els reglaments comunitaris en la matèria <sup>580</sup>

El segon paràgraf de l'article 107 del CC és el que introdueix suposadament la modificació més gran, però que tampoc vindrà a solucionar el problema.

---

<sup>578</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Divorcio, separación y nulidad-internacional- Reforma del artículo 107 del Código Civil.*- IURIS – Núm. 86 – Septiembre 2004.

<sup>579</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004. També ARENAS GARCIA, R.: *La nueva redacción del artículo 107 del Código Civil*. R.E.D.I vol LVI (2004) 1.

<sup>580</sup> CALVO CARAVACA, A-L. I CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

Estableix aquest paràgraf segon de l'article 107.2 que en tot cas s'aplicarà la llei espanyola quan un dels cònjuges sigui espanyol o resideixi habitualment a Espanya en tres supòsits concrets:

El primer si no resulta aplicable cap de les lleis possibles segons el paràgraf primer. Si la demanda es presenta de mutu acord o per un amb el consentiment de l'altre i per últim en el cas que la llei que designa el paràgraf primer no reconeguessin la separació o el divorci o ho fessin de forma discriminatòria o contrària a l'ordre públic.

**a) Les demandes de mutu acord sense possibilitat d'escollir la llei aplicable.**

De les noves precisions d'aquest article, només suposa una millora legal el fet que s'apliqui la llei espanyola en el casos de separacions o divorcis de mutu acord. A la pràctica ja hem vist que de manera incorrecta segons la redacció anterior de l'article 107 del CC, els divorcis i separacions de mutu acord es tramitaven en la majoria dels casos segons la llei espanyola. La nova redacció de l'article 107 ha vingut, doncs, a donar cobertura legal a aquesta situació. Possibilitat que s'amplia fins i tot a supòsits de mutu acord quan un dels dos cònjuges ja no resideixi habitualment a Espanya, ja que el supòsit és aplicable quan tan sols uns dels cònjuges sigui espanyol o quan un dels dos resideixi habitualment a Espanya.

Per tant en aquests casos i desplaçant l'establert al paràgraf primer quan es tracti d'un divorci o separació de mutu acord i un dels cònjuges resideixi a Espanya s'aplicarà llei espanyola encara que en el moment de la demanda no hi ha ni nacionalitat comú, i encara que la residència habitual comú no sigui a Espanya.

Com que no s'introdueix la possibilitat de l'autonomia de la voluntat en l'elecció de la llei aplicable, resulta que les parts no podran interposar un divorci de mutu acord segons la legislació de la seva nacionalitat o de la seva residència habitual comú o de la seva darrera residència habitual comú si aquests criteris porten a lleis diferents de l'espanyola, ja que només ho podran fer segons la llei espanyola.

Aquesta situació porta a l'absurd que les parts poden arribar a un acord, però aquest acord ha de ser necessàriament segons la llei espanyola, no pot ser segons la llei estrangera perquè imperativament l'article 107 determina que en cas de separació o divorci de mutu acord o de demanda presentada per un amb el consentiment de l'altre, sempre que un dels dos resideixi habitualment a Espanya s'ha d'aplicar dret espanyol. No poden llavors les parts acordar un divorci de mutu acord escollint aplicar la llei estrangera. L'obsessió per no admetre cap joc a l'autonomia de la voluntat arriba a l'absurd que les parts poden arribar a un acord però sempre segons la legislació

espanyola encara que la legislació magribina a aplicar no sigui ni contrària a l'ordre públic, ni perjudiqui els interessos de cap dels membres de la família. Recordem que la nova Mudawana a l'igual que la legislació de Tunísia permet el divorci consensual i que la nova Mudawana reconeix els dret d'aliments als fills i introdueix elements correctors de la discriminació per raó del sexe.

Aquest supòsit de fet no és tan estrany i ho podem veure en el cas de BP.<sup>581</sup> Un cop davant del jutjat de família que sempre intenta un acord entre les parts els cònjuges arriben als següents pactes: guarda i custòdia del fill menor per la mare amb un règim de visites a favor del pare, mantenint la pàtria potestat compartida, pensió d'aliments a favor del fill per part del pare. Respecte del domicili familiar propietat de tots dos cònjuges, el marit cedeix la seva meitat a nom del fill de la parella. A la vista de la nova Mudawana aquestes previsions serien també aplicables, ja que la guarda del fill correspondria igualment a la mare, el pare ha de contribuir al seu manteniment i essent el pis propietat dels dos no hi ha cap clàusula que impedeixi al marit cedir-lo a nom del seu fill, però, en canvi, en existir mutu acord s'imposa la necessitat d'aplicació de la llei espanyola, impossibilitant el divorci i havent d'acordar la separació, ja que el cas era anterior a la reforma del CC de 2005. En aquest cas, donat que la demanda inicial era contenciosa i a l'acord s'hi arriba en presència judicial en el moment de la vista per a les mesures prèvies, el que s'intenta és plantejar la actora la demanda de plet principal d'acord amb el dret marroquí demanant el divorci i el marit llavors contesta i després es reconverteix tot a un mutu acord, per evitar així l'aplicació estricta de l'article 107 del CC i accedir al divorci. L'artifici va funcionar. El Ministeri Fiscal no va objectar res i el jutge va aprovar el divorci de mutu acord. Alguns autors avalen, però, clarament aquesta postura perquè entenen que la condició exposada en l'article 107-2b) no es compleix quan un presenta la demanda de manera contenciosa i després es reconverteix en mutu acord, perquè aquest mutu acord no es produeix des de l'inici, que és el supòsit concret que recull el text de l'article.<sup>582</sup>

En el cas de ZC<sup>583</sup> també s'ha acabat reconduint la petició inicial de divorci contenciós en un mutu acord aconseguit en el jutjat en el moment de la vista. El problema és que la demanda demanava per aplicació del dret marroquí una indemnització a la dona pel trencament del matrimoni. Els cònjuges van arribar a un

---

<sup>581</sup> El supòsit de fet de BP està explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.

<sup>582</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

<sup>583</sup> El supòsit de fet de ZC està explicat a l'annex 2 ref. 24-2/2004.



acord sobre la quantitat, però la sentència que la fixa, determina que és una pensió compensatòria i justifica la resolució en base a dret espanyol sense apreciar l'element d'estrangeria. No crec que pugui tenir problemes d'execució al Marroc perquè ara també es recull el divorci per mutu acord, però potser hagués estat millor poder acordar el divorci segons la seva llei personal, havent arribat a un acord.

Ja hi ha altres autors que han destacat també aquesta mancança del nou redactat, la mateixa Flora Calvo <sup>584</sup>així ho argumenta, però posa l'èmfasi no en aquesta dificultat pràctica apuntada sinó en el fet que en aplicar llei espanyola després s'impossibilitarà el reconeixement i execució d'aquesta sentència al país d'origen sobretot en aquells d'inspiració islàmica per a tots aquells immigrants que hi vulguin tornar. Arribant a afirmar alguns autors que llavors l'article 107.2 II b) del CC podria ser inconstitucional perquè aboca a una resolució segons la llei espanyola que no serà en molts casos aplicable més enllà de les fronteres limitant, doncs, l'efectivitat de la tutela judicial vulnerant llavors l'article 24 de la Constitució espanyola. <sup>585</sup>Aquest argument insistint en les possibilitats de reconeixement de les sentències més enllà de les nostres fronteres per actuar d'una manera o d'una altra no és del tot encertat, encara que es poden produir alguns supòsits en aquest sentit. En la majoria dels casos la família està instal·lada amb permanència al país d'acollida i és aquí on necessiten una solució. No es tracta tant com apunten alguns autors de si tenen previst retornar al seu país d'origen o no, o de si estan ja occidentalitzats o no, sinó del fet que la seva vida social en aquest moment està a Espanya (aquí viuen, treballen, van a escola els fills, etc...). Molts immigrants podran tenir un desig més o menys utòpic de jubilar-se al seu país d'origen (molts d'ells es paguen assegurances per repatriació en cas de defunció o malaltia molt greu), desig de retorn que també hi tenien i tenen molts immigrants espanyols arribats a Catalunya durant els anys seixanta, però són molt pocs els que realment hi tornen i si ho fan ho fan després de molts anys, els fills i els nets crescuts i establerts aquí els retenen en molts casos.

En la majoria de casos analitzats, per no dir tots, la resolució o reconeixement de la sentència que poguessin tenir al Marroc els hi importava molt poc i en tot cas després o paral·lelament iniciaven un procediment allà, que en prou feines seguien. Aquest ha

---

<sup>584</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Divorcio, separación y nulidad-internacional- Reforma del artículo 107 del Código Civil.*- IURIS – Núm. 86 – Septiembre 2004.

<sup>585</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I).* LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004. Es posa l'exemple de dos egipcis residents a Espanya. Arribant a afirmar que Egipte mai reconeixeria un divorci no fet segons les lleis alcoràniques, podent fins i tot perseguir a la dona penalment.

estat el cas de A., G. BP està pensant en aquesta possibilitat.<sup>586</sup> La resta no han fet cap tràmit al Marroc. Per altra banda, no és impossible reconèixer una sentència de divorci dictada a l'empara del dret espanyol. Am ho va aconseguir.<sup>587</sup> En tots aquests casos hagués estat molt més perjudicial desestimar la demanda amb l'argument que el dret espanyol al·legat no es podia aplicar perquè sinó faria que la sentència no es pogués reconèixer al Marroc. Si aquesta hagués estat l'opció la crisi matrimonial i els seus efectes sobretot respecte als fills haguessin quedat sense solució, ni a Espanya ni al Marroc.

El possible reconeixement o no de la resolució judicial al país d'acollida pot ser un element a tenir en compte a l'hora de determinar la llei aplicable, però no pot ser l'únic perquè sovint el vincle amb aquest país és més sentimental que no real. La idea correcte és donar el protagonisme als subjectes implicats que han de decidir on volen tenir primer una resolució que reguli el seu trencament matrimonial i què els interessa més, havent-los d'ajudar amb la legislació a fer aquesta opció, però no imposant-la o valorar-la en nom seu. En aquest sentit, ja s'han pronunciat alguns autors<sup>588</sup> però quan aquestes persones et demanen consell, cal ser pràctic i és evident que si treballen i viuen a Espanya, on tenen els seus fills que van escola aquí, el consell és que intentin tenir una resolució judicial aquí que puguin fer valer de manera fàcil davant de qualsevol organisme (Serveis Socials, escola, Generalitat, INSS, INEM, etc...). Per aquest motiu i per la posició presa en la primera fase de pronunciaments judicials on es tendia a aplicar dret espanyol i qualsevol altra solució era més un problema que una resposta, s'han intentat a la pràctica demandes de separació per aplicació del dret espanyol per excepció d'ordre públic, abans que intentar provar i aplicar divorci per la llei marroquina. No hi ha mal assessorament en aquesta proposta, el mal assessorament només existeix quan es recorre al dret espanyol sense tenir present l'element d'estrangeria o s'invoca de manera genèrica l'excepció d'ordre públic.

El cas de MD<sup>589</sup> posa de manifest aquesta necessitat d'elecció dels litigants en el moment de necessitar el reconeixement al Marroc. MD i la seva dona finalment han

---

<sup>586</sup> Els supòsits de fet estan explicats l'annex 2 ref. 2-1/1998 en el cas d'A., ref. 12-4/2001 en el cas de G. i ref. 22-5/2003 en el cas de BP.

<sup>587</sup> El supòsit de fet d'Am. està explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999.

<sup>588</sup> QUIÑONES, A: *La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico*, a RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir) – *La multiculturalidad especial referencia al Islam*. Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002. I també: TRINIDAD GARCÍA, M<sup>a</sup> L: *La reforma del artículo 107 del Código Civil*, a REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA, n<sup>o</sup> 4, diciembre 2003.

<sup>589</sup> El supòsit de fet de MD està explicat a l'annex 2 ref. 27-5/2004.

decidit divorciar-se de mutu acord al Marroc i després reconèixer aquesta resolució aquí, però sense oblidar que en aquest cas ja tenien una primera sentència de separació per aplicació de la llei espanyola que mentre no han pres aquesta decisió ha regulat en territori espanyol les pensions alimentàries a passar i la guarda i custòdia del fill comú i el seu règim de visites i que ha permès embargar el sou del marit quan no ha pagat i fer complir el règim de visites quan la dona s'hi negava.

Sovint tornar a divorciar-se al país d'origen quan es viu permanentment a Espanya i sense cap resolució dels tribunals espanyols previs és més un problema que una solució, ja que després comença el procés de reconeixement d'aquesta resolució estrangera, sobretot en els casos de països amb els que no hi ha conveni, i havent de recórrer fins fa poc a un procediment d'executur davant del Tribunal Suprem<sup>590</sup>, realment no sempre assequible ni pràctic a la majoria dels immigrants, discrepant en aquesta casos de la postura d'alguns autors que diuen que a l'executur s'hi va sense més problemes. Aquest és el cas de X. d'un gambià, que va optar per divorciar-se de la seva esposa tots dos residents a Espanya a Gàmbia durant unes vacances, però després tenia problemes per fer reconèixer aquí aquesta sentència:

***Supòsit de fet:** X. És un gambià resident a Espanya des de fa molts anys. Va reagrupar la seva dona i ella va venir a viure a Espanya. Passat poc temps de convivència del matrimoni, ella el deixa i vol divorciar-se. Decideixen fer-ho amistosament i aprofitant un estiu es divorcien a Gàmbia. Després tornen a Espanya. No han tingut fills, però ell es vol tornar a casar i ella vol renovar la seva residència. Tenen problemes perquè els diferents organismes espanyols on presenten el document els donin per bo aquest divórci fet a Gàmbia*

***Petició formulada:** consulta al Servei d'orientació Jurídica del Col·legi d'Advocats de Mataró el 2005. Volien un advocat d'ofici per divorciar-se a Espanya davant dels problemes que tenien per fer valer el seu divórci.*

---

<sup>590</sup> La reforma de la LOPJ ha vingut a pal·liar aquesta dificultat, que era un dels inconvenients pràctics fins fa poc. La modificació de la LOPJ 6/1985 de 1 de juliol, modifica l'article 85 de l'esmentada llei de 1985 i recull que els tribunals de primera instància coneixeran en l'ordre civil de les sol·licituds de reconeixement i execució de sentències i altres resolucions judicials i arbitrals estrangeres, a no ser que per normes internacionals o tractats s'atribueixi a un altre jutjat o tribunal.

**b) La clàusula especial d'excepció d'ordre públic com a suposada resposta en el cas dels litigis amb magribins.**

El problema respecte a les qüestions de llei aplicable en relació als litigants magribins es mantindrà en tot cas respecte dels processos contenciosos. En aquests casos no s'ha possibilitat tampoc l'elecció de llei aplicable per part del demandant i només es contempla l'aplicació de la llei espanyola quan la llei aplicable segons el paràgraf primer remeti a una legislació que no contempli la separació o el divorci o ho faci de manera discriminatòria i contrària a l'ordre públic.

L'excepció d'ordre públic general ja existia en el nostre ordenament i es podia aplicar a aquests casos matrimonials tranquil·lament. En canvi, la jurisprudència insistia en què no es pot determinar amb caràcter general que tot un ordenament és contrari a l'ordre públic, quan per exemple en molts dels casos analitzats es detallava en el cas concret en què es veia afectat el ordre públic intern o en d'altres casos s'arribava a afirmar que la legislació marroquina era més progressista perquè recollia directament el divorci.<sup>591</sup>

En d'altres ocasions, en canvi, el que passava és que s'entenia que en argumentar excepció d'ordre públic el que s'estava fent és escollir la llei aplicable i això es deia era contrari al nostre ordenament.

La postura tampoc procliu a admetre l'excepció d'ordre públic, malgrat considerar que la llei que es volia aplicar era clarament discriminatòria per la dona, portava en molts casos a plantejar demandes de separació i subsidiàriament de divorci, fins i tot en casos de maltractaments, perquè en aquestes casos aquesta era una causa per trencar la convivència tan en l'ordenament espanyol com en els magribins, però en aquestes darreres era causa de divorci i, en canvi, en l'ordenament espanyol abans de la reforma del CC de juliol de 2005 era causa de separació.

L'interès de la demandant és segurament obtenir el divorci, però no d'acord amb una legislació que, per una banda, per concedir-li demana que els maltractaments quedin ben acreditats -no essent suficients en molts casos els simples informes mèdics-, i que, per altra banda, si pretén que aquesta legislació s'apliqui a Espanya cal provar-la de manera que li resulta impossible.

Malgrat tots aquests problemes que es podien solucionar amb una anàlisi acurada de l'excepció d'ordre públic ja existent, s'ha optat per incloure una clàusula

especial d' excepció d'ordre públic, però no s'ha resolt res sobre el tema de la prova del dret estranger i, per tant, deixa de nou la porta oberta perquè es tornin a produir desestimacions per aquest motiu i més tenint en compte que la jurisprudència utilitza el tema de la prova de manera molt curiosa: d'una banda reclama prova i de l'altra a vegades fa comentaris sobre la llei estrangera sense fonamentació fàctica a penes o pel que la cultura general fa que tots sapiguem.

A la vista de la nova redacció de l'article 107 del CC, el primer que destaca és que de manera rigorosa tots els arguments de les sentències comentades es podrien reproduir amb l'aplicació de la nova redacció d'aquest article. En primer lloc, perquè per determinar que la llei estrangera no contempla la separació o el divorci o que ho fa de manera discriminatòria l'haurà de provar i per tan des dels tribunals es podria tornar a mantenir una postura estricta respecte de la prova del dret estranger.

La reforma hagués pogut fer-se de tal manera que la prova del dret estranger no fos un problema, en canvi del text del nou article 107 es desprèn que els jutjats poden clarament continuar demanant prova de què el dret estranger és discriminatori. O és que ara aquesta clàusula especial d'ordre públic ja els habilita per ser més flexibles i determinar l'aplicació del dret espanyol sense prova? És que abans no podien fer el mateix amb una interpretació acurada de l'excepció d'ordre públic general? O és que ara sense una prova acurada entendre que les legislacions magribines s'entendran de per si que són contràries a l'ordre públic, com abans també sense gaire més anàlisi no s'admetia l'excepció d'ordre públic general? És igual de contrària a l'ordre públic, doncs, la legislació de Tunísia que prohibeix poligàmia i repudi que la d'Algèria? Es continuarà considerant contrària a l'ordre públic la legislació marroquina després de la recent reforma de la Mudawana?

Alguna jurisprudència ja s'ha apuntat a aquesta visió més favorable a l'aplicació del dret espanyol sense una anàlisi clara de la llei estrangera. Aquest és el cas de la SAP de Barcelona de 12-07-2004<sup>592</sup>, que el cas d'uns senegalesos en el que no s'havia al·legat ni provat el dret estranger acaba aplicant la llei espanyola amb el següent argument:

*En relación, por tanto, con la cuestión expresada por los recurrentes en el modo antes expuesto, debemos destacar el actual contenido del art 107 del Código Civil, modificado por Ley 30/1981 de 7 julio y posteriormente redactado, por el artículo tercero tres y uno*

---

<sup>591</sup> Veure, per exemple, les sentències de l'AP Madrid de 22-06-2001 Az 2001/1539 i la dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció 6 de Mataró el 29-11-2002 en el cas de G. (explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001).

<sup>592</sup> SAP BARCELONA 12-07-2004 (AZ JUR 2004/222837).

*respectivamente de la LO 11/2003 de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en el mismo se indica como la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. También que la separación y el divorcio se registrarán 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 residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado, indicándose como, en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, 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 o bien 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. De este modo la Norma española viene a completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación, no amparaban suficientemente a los afectados por la crisis matrimonial o simplemente se enfrentaban a los principios y garantías que configuran el orden público español. También hemos de señalar como con anterioridad a dicha manifestación legislativa, en los procesos matrimoniales relativos a súbditos extranjeros, con residencia habitual en España, además de la competencia de los Tribunales españoles, determinada por el artículo 769.1 de la LEC en relación con artículo 22.3 LOPJ, se venía considerando, así sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1996, acudiendo a la excepción del artículo 12.3 CC, que reza como en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, entendidos como los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos morales o incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada, en este caso el español, que no sería posible la aplicación de norma que contrariara este acervo, aun cuando correspondiera a leyes promulgadas por otros Estados o supusiera la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.*

També hi ha alguna altres sentència favorable a aquesta postura on es barreja també la invocació de la norma de conflicte i la prova del dret estranger amb una curiosa interpretació de la reforma de l'article 107 del CC. Així la SAP Málaga 10-2-2005<sup>593</sup>:

*(...) A todo lo anterior, debe añadir la Sala dos precisiones. Una de carácter legal, determinada por la modificación operada en el núm. 2 del art. 107 CCy por la LO 11/2003,*

---

<sup>593</sup> SAP MALAGA 10-2-2005 (ED 2005/74095 i també a AZ JUR 2005/139773).

*de 29 de septiembre, en la que se determina la ley aplicable en los supuestos de separación y divorcio, habilitando al demandante para la elección de la ley procesal española; reforma que en su Exposición de Motivos, conteniendo criterio interpretativo general, trata de solventar las dificultades que, con mención específica a las mujeres musulmanas, a veces encuentran las mujeres extranjeras para solicitar y emprender procesos de separación o divorcio. La otra es de carácter jurisprudencial y va referida en específico a la eventual falta de acreditación por la demandante sobre el contenido y vigencia del derecho de su país, entendiéndose que sólo desde una interpretación rigorista, incapaz de ponderar las orientaciones de sentido conflictivo, sería posible sacrificar el conocer sobre la cuestión de fondo por falta de acreditación probatorias, muy al contrario entendiéndose (así STC de 11 de febrero de 2002, recurso 4061/1998, sobre tema laboral) que habría de procederse a una inversión de la carga probatoria, correspondiendo ésta a la parte demandada, más cuando la demandante en ningún momento había hecho invocación de otra legalidad que la española (...).*

A la vista d'aquesta jurisprudència i d'algunes anàlisis que ja han fet certs autors sobre aquest nou redactat de l'article 107 del CC sembla que la tendència serà aquesta. Així ho interpreta Flora Calvo Babío<sup>594</sup> quan analitzant aquest article afirma que no li serà possible a una dona marroquina invocar el seu propi dret per anar directament al divorci perquè l'apartat c) de l'article 107 exclou taxativament l'aplicació de la llei nacional per contrarietat amb l'ordre públic espanyol. Aquesta interpretació confirma, doncs, el que ja he apuntat i dona porta oberta a determinar la no aplicació del dret marroquí per contrari a l'ordre públic sense ni tan sols provar-lo.

A la pràctica el supòsit apuntat ha perdut importància, perquè la llei espanyola permet ara també anar directament al divorci, que és l'element que més podia decidir llavors (sobretot abans de la reforma de la Mudawana marroquina) a una dona magribí a demanar l'aplicació de la llei del país d'origen en comptes de la llei espanyola.

Més incidència pràctica pot tenir la nova legislació marroquina que ha tendit a reduir les diferències entre home i dona. Per una banda, perquè potser més dones marroquines fonamentaran les seves pretensions en el seu dret nacional, ara que els hi reconeixen més drets i es manté dintre de la normativa d'inspiració islàmica. Per altra banda, perquè a la vista de la nova normativa no es pot determinar tan alegrament que la nova Mudawana sigui contrària a l'ordre públic. Si es fa així, s'estarà actuant igualment de manera incorrecta com ara es feia en no apreciar l'excepció d'ordre públic, però en

---

<sup>594</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Divorcio, separación y nulidad-internacional- Reforma del artículo 107 del Código Civil.*- IURIS – Núm. 86 – Septiembre 2004.

sentit invers. Cal recordar en aquest punt algunes de les modificacions de la Mudawana que fan descartar ara de manera general l'excepció d'ordre públic. Tot i mantenir-se el repudi i la poligàmia aquestes institucions queden sotmeses a un control molt estricte que les impossibilita a la pràctica. Es pot no autoritzar el repudi si no compleix el marit amb les obligacions econòmiques amb la seva esposa i fills. La guarda i custòdia i regim de vistes amb els fills, es farà sota el principi de *favor fillii* i se suprimeixen algunes de les limitacions que tenia la dona en aquesta guarda i custòdia alhora que també s'eliminen les diferents previsions per a nen i nena

Evidentment, es continuen recollint algunes previsions que són contraries al nostre ordre públic, com l'impediment per disparitat de culte en la dona o, fins i tot, el fet que formalment no se suprimeixen el repudi i la poligàmia, però en cap cas és una contrarietat tan extensa i evident i s'haurà d'analitzar encara més cas per cas cada un dels supòsits. És evident que la dona continua tenint causes taxades pel divorci i el marit pot recórrer al repudi, però si s'introdueixen el divorci consensual i al marit se li pot limitar el seu dret de repudi no autoritzant-lo, potser les diferències s'escurcen.

Els diversos autors s'han preocupat d'analitzar els diferents punts de connexió i, fins i tot, de concretar si el repudi entraria pròpiament dintre de l'àmbit d'aplicació de l'article 107, però no s'han dedicat a fer una anàlisi exhaustiva de què passa des de la reforma del Marroc amb aquesta clàusula especial d'ordre públic i menys encara de fer propostes sobre la prova del dret estranger.

És important saber si el repudi que no és la mateixa figura jurídica que el divorci queda inclòs o no en el camp d'aplicació material de l'article 107 del CC, però aquesta discussió pot complicar més que beneficiar les solucions en el cas concret i pràctic. Fins avui, la pràctica jurisprudencial ha equiparat gairebé sense raonaments o fonaments el repudi al divorci pel fet de ser una forma de dissolució del vincle i entenc que en aquest cas sí que aquesta és la postura més desitjable a la pràctica, per bé que l'ideal hagués estat que l'article 107 concretés la inclusió clara en el seu camp d'aplicació. Cal recordar també les dificultats ja apuntades en la traducció del terme àrab i en el fet que s'utilitzi sovint la mateixa paraula per definir el trencament matrimonial.

La pràctica diària posa de manifest que rares vegades es produeix un repudi clàssic a Espanya. En tots els casos analitzats no he trobat cap que el marit hagués repudiat a la dona a la forma tradicional de pronunciar-lo en presència de testimonis i després volgués reconèixer aquest repudi. De fet, fins i tot els homes parlen de divorci i afirmen que ara ja no poden divorciar-se tan fàcilment com abans.



Si algun marit ha decidit prendre la iniciativa a Espanya de trencar el vincle matrimonial ho ha fet sol·licitant un divorci judicial, perquè des de ja fa anys al Marroc el repudi també requeria un procediment judicial o administratiu i ja no era lliure.

El jutge espanyol que coneix del tema segurament tractarà l'afer com si es tractés d'un supòsit de divorci, aplicant dret estranger si és possible i havent-lo de denegar si la llei que l'article 107 determina com a aplicable és l'espanyola, ja que aquesta no recull evidentment el repudi.

Quan les parts tenen molt clar que volen exercitar una forma de dissolució del vincle pròpiament marroquí, no recorren als tribunals espanyols sinó que ho fan davant les autoritats marroquines. Aquest és el cas del *khol*. L'únic cas que he conegut, ni l'esposa ni el marit que es discutien per la quantitat a pagar van tenir mai la idea d'anar als tribunals espanyols per plantejar-los el problema.<sup>595</sup>

Per tant la preocupació pràctica no és tant si el que volem fer és un repudi o un divorci i si l'article 107 recull en el seu àmbit d'aplicació les dues possibilitats, sinó com provem aquesta llei estrangera que permet, per exemple, el repudi i en quines condicions perquè després els tribunals espanyols puguin dissoldre el vincle conjugal i les qüestions inherents al trencament conjugal en conseqüència .

És evident, doncs, que en el pla teòric el més desitjat no és una postura lefeborista i tancada, però a la pràctica mantenir aquesta posició no només és favorable en molts casos als jutges que, evidentment, no hauran d'entrar a provar i aplicar un dret estranger, sinó també respecte els justiciables, que volen una resposta ràpida als problemes que tenen en relació als fills, pensions, lloguers i/o hipoteques sobre el domicili conjugal davant d'un trencament familiar i que sovint tenen dificultats per provar aquest dret estranger i que és aquesta dificultat de prova la que pot impedir una resposta concreta al cas plantejat.

Des d'aquesta perspectiva pràctica no es pot abordar una nova proposta legislativa en matèria de llei aplicable sense abordar també el tema de la prova del dret estranger.

A tot aquest garbuix de situacions possibles, aportava més solucions la redacció alternativa defensada pel Grup Parlamentari Socialista en el Congrés o la que proposava també l'Entesa Catalana de Progrés al Senat ja que per una banda en la determinació de

---

<sup>595</sup> Es tractava d'una dona marroquina que havia pactat amb el seu marit la dissolució del matrimoni mitjançant el pagament d'una compensació per part d'ella (el que s'anomena *Khol*). La discussió venia per l'import. Al final van arribar a un acord amb la mediació de la família. Va ser un supòsit de referència

la llei aplicable a part de recollir més o menys el mateix que el text definitiu, introduïa un altre supòsit d'aplicació de la llei espanyola en el segon paràgraf i aquest supòsit permetia que s'apliqués la llei espanyola a petició del demandant si hagués residit a Espanya com a mínim sis mesos amb anterioritat a la presentació de la demanda.

Aquest supòsit recollia realment la possibilitat d'elecció de la llei aplicable per part del demandant i, per tant, estava més en el sentit del que es proposava des del Defensor del Poble. A més, possibilitant aquesta elecció després d'un temps de residència s'evita el frau de llei i en tot cas per fer-ho més estricte es podria demanar un any de residència pels residents no espanyols posant-ho així de conformitat amb el termini previst en les normes de competència del reglament comunitari que permet que siguin competents els tribunals del domicili del demandant si és que ha residit en aquell país durant un any com a mínim.

L'altra proposta interessant d'aquesta esmena és que afegia un altre paràgraf en el que es concretava quins aspectes entraven dintre de la llei aplicable al divorci o separació i, per exemple, es recollia que la llei aplicable al divorci o separació regiria la seva admissibilitat, les seves causes, les relacions entre els cònjuges a partir de la presentació de la demanda, tret de les provisionals que es poguessin sol·licitar d'acord amb el dret espanyol i el regim de guarda custòdia i règim de visites dels fills.

Afegia, a més, unes normes per resoldre els possibles conflictes interns un cop determinat que s'aplicava dret espanyol, tot i que molt limitades tenint en compte la escassa capacitat normativa de les comunitats autònomes en aquest sentit.

Aquestes propostes de l'esmena es poden millorar i criticar però era un intent de donar una millor resposta al problema de fons i de manera més global si en realitat el que es pretén és solucionar-ho tot per la via de la regulació i evitar al màxim resolucions judicials diferents i inseguretats jurídiques.

No es pot esperar en termes generals que els jutges i tribunals vagin més enllà del text literal de la llei, com per exemple aplicar el dret estranger malgrat el punt de connexió establert perquè considera que aquest és el que té més connexió amb el cas o per afavorir l'eficàcia transfronterera de les resolucions judicials <sup>596</sup>

Per tant la nova redacció de l'article 107 no és que porti nous problemes, que en pot comportar com qualsevol canvi legislatiu, sinó que ni tan sols soluciona del tot els

---

que em va ser consultat per una mediatra a qui se li havia plantejat el problema, però no està inclòs en el llistat dels casos perquè no el conec en profunditat.

<sup>596</sup> CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. : *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

problemes ja existents i , a més, no té en compte les recomanacions del Defensor del Poble, que curiosament semblen ser l'origen de la reforma.

Una recent sentència de l'Audiència Provincial de Castelló de 7-04-2005, ho posa de manifest. En el moment de dictar-se aquesta sentència ja ha canviat la redacció de l'article 107 del CC, però l'aplicació de la llei nacional comú continua essent necessària i la manca de prova continua essent el problema. Per tant, en aquest sentit ni els ben intencionats propòsits de criteri obert a la determinació de la clàusula especial d'ordre públic es compleixen.

*“ Por lo contrario, se debe concluir que no concurre el segundo de los requisitos exigibles por cuanto el artículo 107.2.2ºb) exige que en la demanda presentada ante el tribunal español se pida la separación o divorcio por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento de otro (...) siendo que el presente caso la separación ha seguido los cauces del proceso contencioso conforme a lo previsto en el artículo 770 LEC).*

*(...) al no concurrir las exigencias requeridas para la aplicación del Derecho español en la separación de los litigantes extranjeros, y habida cuenta la falta de prueba y aún de alegación del Derecho Senegalés aplicable a la materia. Por lo demás, el artículo 281.2 de la LEC (...) que la apelante estima infringido, constituye una norma meramente postestativa de modo que si bien permite al juzgado averiguar por todos los medios que estime necesario el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello, siendo que la carga de la prueba del mismo conforme al mismo precepto incumbe imperativamente a las partes.*

*(...) No se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que no hay obstáculo alguno para que los litigantes puedan plantear nueva demanda de separación, alegando y probando su ley nacional.”<sup>597</sup>*

Cal destacar algunes altres sentències després de la SAP de Màlaga de 28-06-2004<sup>598</sup> entrada en vigor de la reforma del 107. La més curiosa la de que interpreta la voluntat de l'article d'escollir la llei aplicable.

*A todo lo anterior, debe añadir la Sala dos precisiones. Una de carácter legal, determinada por la modificación operada en el núm. 2 del art. 107 CCv por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en la que se determina la ley aplicable en los supuestos de separación y divorcio , habilitando al demandante para la elección de la ley procesal española; reforma que en su Exposición de Motivos, conteniendo criterio interpretativo general, trata de solventar las dificultades que, con mención específica a las mujeres musulmanas, a veces encuentran las mujeres extranjeras para solicitar y emprender procesos de separación o divorcio*

<sup>597</sup> SAP Castellón Sección 2º de 7-04-2005. REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA núm 29. Octubre – diciembre 2005. (AZ JUR 2005/132544) ED 2005/63440

<sup>598</sup> SAP MALAGA 10-2-2005 (AZ JUR 2005/139773) i ED 2005/74095 .

Menys aporta en canvi la SAP d'Almería de 28-06-2004.<sup>599</sup> El més destacable és l'aplicació retroactiva en el cas d'un procediment de mutu acord:

*Con independencia de lo anterior y a mayor abundamiento, la reforma introducida en el Código Civil ( LEG 1889, 27) por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre ( RCL 2003, 2332) aboca a la misma conclusión por cuanto el art. 107 en su nueva redacción establece en el apartado 2, letra b), que «en todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges...resida habitualmente en España, 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», requisitos plenamente concurrentes en el presente caso pues ambos cónyuges tienen su domicilio habitual en este país y la demanda de divorcio se interpuso por la esposa con el consentimiento de su marido, habiéndose ratificado ambos a presencia judicial tanto en la demanda como en la propuesta de convenio regulador que a la misma se acompaña y si bien es cierto que dicha norma se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, carece de sentido desde el punto de vista de la economía procesal y de la propia justicia material, máxime existiendo un hijo de corta edad cuyos superiores intereses son dignos de una tutela rápida y eficaz, remitir las partes a un nuevo proceso civil en el que se llegaría a un resultado idéntico al que aquí se persigue y en el que ya no habría necesidad de probar la Ley nacional común de los cónyuges al regirse el divorcio de mutuo acuerdo por la Ley material española, a tenor del vigente art. 107.2.b) del CC ( LEG 1889, 27)*

El legislador ha volgut fer els deures, però li ha fet por de nou anar més enllà i introduir solucions innovadores i sobretot s'ha autovetat la possibilitat d'introduir de manera clara l'autonomia de la voluntat en l'elecció de la llei aplicable.

La nova redacció de l'article 107 només demostra que hi ha per primera vegada una petita voluntat de donar resposta a les situacions que es generen des d'un Dret Internacional Privat que cada vegada ha de ser més popular, però desaprofita la oportunitat amb una redacció que no solució la pràctica, que pot continuar portant resolucions judicials diferents i desajustades a la realitat i que ben segur demanarà una nova revisió d'aquí a poc temps. Potser la elaboració d'una normativa comunitària sobre llei aplicable agilitzarà el tema.<sup>600</sup>

<sup>599</sup> SAP ALMERIA 28-06-2004 (AZ AC 2004/1440).

<sup>600</sup> S'estava ja analitzant aquesta possibilitat i per això ja s'havien encarregat estudis de dret comparat sobre llei aplicable. *Marcador de la Comisión relativo a la creación de un espacio europeo de libertad seguridad y justicia*, que menciona el divorcio. Comissió de les CE, Brusel·les 22-05-2003 COM (2003)

#### **4.- Necessitat d'adequació de tot el funcionament de la prova del dret estranger en el cas dels litigis de família amb elements d'estrangeria.**

Després de tot l'analitzat arribem a la conclusió ja apuntada que en la majoria dels casos els tribunals espanyols seran competents per resoldre els conflictes familiars on intervinguin magribins però que segurament aquests tribunals hauran d'aplicar la llei estrangera o argumentar jurídicament perquè no l'apliquen.

Al llarg de l'anàlisi realitzada veiem que en moltes de les resolucions judicials que s'han dictat fins a dia d'avui el problema bàsic és determinar el contingut del dret estranger de manera prou clara i determinant per aplicar-lo o no i en quins termes.

En l'àmbit del dret de família i els litigis que en deriven per raó de la seva matèria (moltes vegades fora de la disposició de les parts) i per raó de les persones a les que afecta (moltes vegades menors d'edat) cal que la regulació i la interpretació de les normes sobre prova del dret estranger es facin amb una anàlisi més acurada i concreta.

Malgrat la opinió discrepant d'alguns autors sobretot arran de la nova redacció donada a la l'àmbit de la prova del dret estranger en l'article 218 i 282 de la LEC 1/2000,<sup>601</sup> podem concloure que respecte del Dret estranger en general no regeix el principi *iura novit curia* sinó que aquest ha de ser provat i determinat dintre del procediment sense cap mena de dubte.

L'escenari legislatiu en què es fonamenta la prova del dret estranger ha canviat des de l'aprovació i entrada en vigor de la LEC 1/2000. Aquesta llei pretén potser per primera vegada reglamentar més acuradament el procés amb un element d'estrangeria en un ordenament on tradicionalment les qüestions de dret internacional quedaven en un segon pla, però la regulació realitzada amb aquesta llei l'any 2000, es queda curta i no dóna resposta a la realitat social, on els procediments amb elements d'estrangeria cada

---

291 final. Citat a CAMPUZANO DIAZ, B.: *Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil. EL DERECHO DE FAMILIA ANTE EL SIGLO XXI: ASPECTOS INTERNACIONALES*. Dir. CALVO CARAVACA, A-L. CASTELLANOS RUIZ, E. Madrid Ed. Colex 2004. Més recentment cal veure el llibre verd sobre legislació aplicable i competència en afers de divorci. COM (2005) 82 final. 14-3-2005 i revisió de 17-07-2006 COM (2006) 400 final i Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre aquest mateix llibre verd. DOUE 2006/C 24/8 de 31-1-2006.

<sup>601</sup> PÉREZ VOITURIEZ, ANTONIO: *La nueva ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del derecho extranjero* (Anuario de Derecho Internacional Privado) AEDIPr T I 2001 (pàg. 440).

vegada abunden més i entre totes les classes socials. Per tant, aquesta llei arriba tard i queda desfasada.<sup>602</sup>

La minsa regulació sobre el dret estranger abans continguda a l'article 12.6 del CC ara s'ubica a l'article 281 i 282 del LEC1/2000 (l'article 281 amb referència concreta i el 282 amb referència més general sobre la prova) i introdueix la possibilitat que el jutge d'ofici pugui acordar la pràctica d'alguna prova encaminada a determinar el dret estranger, mantenint-se però el principi general de què sigui la part interessada la que invoqui el dret estranger i en proposi la seva pràctica.

L'anterior regulació mantenia que la part que invocava el dret estranger havia de provar el seu contingut i vigència i que el jutge només podia demanar d'altres elements d'esbrinament que considerés necessari.

L'actual regulació continguda en els dos articles de la LEC 1/2000 ja esmentats per una banda (article 281.2 LEC 1/2000) estableix que el dret estranger és objecte de prova, encara que no diu que es tracti d'un fet, i que el que s'ha de provar és el seu contingut i vigència, podent-se servir el tribunal dels mitjans d'esbrinament necessaris per aplicar-lo. Fins aquí la redacció no difereix gaire de la redacció de l'antic article 12.6 del CC. Per altra banda, l'article 281 de la LEC 1/2000, tot i mantenint que les proves s'han de practicar a instància de part, admet amb caràcter general que el tribunal d'ofici també pugui acordar que es practiquin determinades proves o s'aportin documents, dictàmens o altres mitjans i instruments. Aquest article va referit a tota l'activitat probatòria del procés, no només a la del dret estranger, però evidentment també al dret estranger que és un element objecte de prova. Per tant, a partir de la LEC 1/2000 el jutge d'ofici pot acordar prova destinada a acreditar el dret estranger.

Aquesta nova i alhora ja coneguda regulació ha convençut molt poc a nivell doctrinal. En termes generals podem afirmar que aquesta nova redacció no aporta res de nou al tema de la prova del dret estranger i continua essent igual de poc precisa que abans. De la lectura dels articles de la LEC 1/2000 ja esmentats poca aportació podem fer. L'article 281, sembla recollir el que deia l'article 12.6 del CC, però ni tan sols incorpora el que la jurisprudència amb encert o no, ha anat exigint o precisant durant anys. Per això molts autors afirmen que tan sols s'ha produït un canvi d'ubicació de la

---

<sup>602</sup>ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO: *El alcance de la reforma de la ley de enjuiciamiento civil en el derecho internacional privado: presentación general*. Anuario de Derecho Internacional Privado) EDIPr T I 2001

norma del CC cap a la LEC. Canvi d'ubicació que alguns autors han valorat molt positivament i en el que veuen la voluntat de canvi d'orientació.<sup>603</sup>

La nova regulació de la LEC deixa, doncs, la definició en l'aplicació d'aquests articles en mans dels tribunals, que en general són poc proclius a posicions innovadores al respecte i que acabaran aplicant les directius del TS encara més ancorades en concepcions gairebé decimonòniques del Dret Internacional Privat.

Donat aquesta poca definició sobre la prova del dret estranger els diferents autors ja s'han dedicat a fer les seves interpretacions possibles. Podríem distingir dues grans postures a les que sembla que dóna lloc la interpretació dels articles 281 i 282 de la LEC. Per una banda, aquelles que creuen que aquests nous articles donen més llibertat a les parts, introduint a la pràctica la possibilitat d'elecció de la llei aplicable. Els partidaris d'aquesta postura afirmen que la nova regulació els permet a les parts no al·legar ni provar dret estranger i llavors s'haurà d'aplicar dret espanyol. Per tant, això permetria a les parts triar a la pràctica el dret que més els convingui sobretot en aquelles matèries que no es recullen en normes imperatives, ja que aquestes seria el límit a aquesta possibilitat. Aquesta postura creu que així es potenciaria una resolució més econòmica i senzilla, més propera als interessos de les parts i a la justícia del cas concret, que a més potencia l'aplicació del propi dret del jutge que coneix del cas concret, evitant errors d'aplicació i descartant així conflictes amb lleis d'altres sistemes, com seria el cas de les magribines. A més, els partidaris d'aquesta postura creuen que la seva tesi està recolzada pel TS quan afirma que en cas de manca de prova del dret estranger s'aplica dret espanyol.<sup>604</sup>

En canvi, per una altra banda, trobem aquells que entenen que la nova redacció obre la porta a l'aplicació i prova d'ofici de la llei estrangera. Els partidaris d'aquesta postura es recolzen en la pervivència de l'article 12. 6. 1º del CC, que diu clarament que els tribunals competents aplicaran d'ofici les normes de conflicte del dret espanyol i curiosament també s'apuntalen en alguna sentència del TS que ha aplicat d'ofici la llei

---

<sup>603</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO: *El alcance de la reforma de la ley de enjuiciamiento civil en el derecho internacional privado: presentación general*. I CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Tots dos articles a Anuario de Derecho Internacional Privado) EDIPr T I 2001.

<sup>604</sup> La teoria d'aplicació del dret espanyol en cas de manca de prova del dret estranger ve avalada entre altres per les següents sentències: STS 12-01-1989 (AZ RJ 1989/100), STS 23-3-1994 (AZ RJ 1994/2167), STS 25-01-1999 (AZ RJ 1999/321), STS 9-02-1999(AZ RJ 1999/1054), STS 16-03-1999 (AZ RJ 1999/4411), STS 5-06-2000 (AJ RJ 2000/5094), STS 13-12-2000(AZ RJ 2000/10439), 17-06-2001, STS 05-03-2002 (AZ RJ 2002/4085), 29-12-2003 (AZ 2003/354).

estrangera o a fet referència aquesta possibilitat, encara que on majoritàriament ha estat recollida aquesta teoria ha estat en òrgans judicials inferiors.<sup>605</sup>

Potser sí que aquesta indefinició serveix per possibilitar una orientació més oberta lluny de les idees prefixades establertes per la jurisprudència del Tribunal Suprem durant anys, però és difícil que la nostra jurisprudència, molt poc procliu a innovacions que no estiguin contingudes en una reforma legislativa, ho aprofiti.

A la pràctica (si més no en el partit judicial d'estudi) i en l'àmbit dels litigis de família aquesta possibilitat més oberta s'ha demostrat que ha tingut poca incidència pràctica. Alguns exemples però són il·lustratius.

***Supòsit de fet:** L'any 2002 una parella de marroquins sol·licitava unes mesures prèvies a la demanda de separació o divorci. Existien dos nens menors d'edat. El matrimoni portava temps establert a Espanya. Els dos fills ja eren nascuts aquí.*

*Tots dos litigaven d'ofici.*

***Petició formulada a la demanda:** La dona, que era la part demandant a través del seu advocat d'ofici, va plantejar la demanda de mesures prèvies urgents. Demanava l'atribució del domicili conjugal per a ella i els nens. La guarda i custòdia dels dos fills, una pensió alimentària pels dos fills i que el marit pagués la meitat de la hipoteca que gravava el domicili conjugal. En la demanda inicial no es feia cap referència a l'existència de cap element d'estrangeria, ni es plantejava l'aplicació de dret estranger.*

*La part demandada, en aquest cas el marit, va concórrer a la vista també amb advocat d'ofici i es va oposar a les pretensions de la seva esposa bàsicament per qüestions econòmiques però sense al·legar i fonamentar tampoc l'aplicació del dret estranger.*

*Donat que hi havia menors va comparèixer el Ministeri Fiscal que va al·legar que s'havia d'aplicar el dret estranger, que era el dret marroquí i com que aquest no prèvia la separació matrimonial s'havia de desestimar la demanda.*

*Davant d'aquesta situació que va deixar una mica descol·locades a les defenses dels dos litigants, el jutge va suspendre la vista i va demanar que s'oficiés al Consolat del Marroc perquè aportés la legislació aplicable degudament traduïda.*

---

<sup>605</sup> La teoria de la desestimació de la demanda té recolzament entre altres en les següents sentències: SAP DE BARCELONA 15-09-1998 (AZ AC 1998/1564 i AZ AC 1998/1948) i 16/09/1998 (VLEX HIUG049), SAP ALICANT 27-11-1998 (AZ AC 1998/2245), SAP GIRONA 19-05-2000 (AZ JUR 2000/213099), STS (sala social) 22 i 25 de març de 2001 (AZ RJ 2001/8698), que ja han estat comentades també per la doctrina per exemple a CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: La Sala de lo social contraataca*. AEDIPr. 2002.



*Dades processals: S'aplica tots els efectes la LEC 1/2000.*

En aquest supòsit es veu clarament alguns dels problemes ja comentats. En primer lloc, la manca de preparació suficient dels advocats d'ofici, per molt que hi posin molta voluntat i molta feina en la defensa el tema. En segon lloc, és digne de comentari l'actuació del Ministeri Fiscal, segurament seguint instruccions arran del criteri restringit marcat per l'Audiència Provincial uns pocs anys abans, El Ministeri Fiscal està més preocupat per seguir un criteri marcat estrictament que per la protecció dels menors, ja que amb la seva postura l'únic que s'afavoreix és no donar resposta a la situació legal que ha de quedar un menor davant la separació de fet real i ja consumada dels pares, podent arribar a supòsits com el ja comentat, en què la situació del menor va desencadenar en un ingrés en un centre.<sup>606</sup> Malgrat tot, si el Ministeri Fiscal al·lega l'aplicació del dret estranger i en base el mateix fonamenta la desestimació de la demanda, com una part més en el procés encara que de caire públic, hauria hagut d'acompanyar alguna prova del dret estranger en concret on es diu que la separació matrimonial no és possible.

Davant d'aquesta situació, el jutjador podria haver continuat endavant amb la vista i decidir ell directament després, però llavors hagués hagut d'aplicar imperativament la norma de conflicte. Aquesta hagués portat a la conclusió que el dret aplicable era el dret marroquí, però cap de les parts havia provat aquest dret en tot el judici i, per tant, davant la manca de prova no per impossibilitat sinó per manca de diligència hagués pogut determinar la desestimació de la demanda o essent favorable a la fixació d'una resolució a favor dels drets dels menors, aplicar dret espanyol.

En aquesta disjuntiva va preferir demanar d'ofici la prova de la llei estrangera aplicable.

La realitat va ser que donat que el Consolat del Marroc no contestava la petició formulada, les dues parts litigants van aportar elles mateixes el dret marroquí, que havien aconseguit fotocopiar d'un recull legislatiu i traduir-lo, tot considerant que no es podia aplicar per ser contrari a l'ordre públic.

Davant d'aquesta nova situació el jutge va decidir adoptar les mesures sol·licitades a l'empara del 158 del CC per a la protecció dels menors sense perjudici del que es pogués efectivament provar i decidir en el plet definitiu, solució pràctica

---

<sup>606</sup> Això es pot veure clarament en el cas de Be., explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995 i comentat en diversos apartats d'aquest treball.

encertada per a solucionar el problema d'urgència de les mesures, però que no portaria a la resolució final de l'afer<sup>607</sup>.

**Supòsit de fet:** *l'Any 2003 una parella de marroquins sol·licitava la separació o divorci. Existien una nena menor d'edat. El matrimoni portava temps establert a Espanya. Tots dos litigaven d'ofici.*

**Petició formulada a la demanda:** *La dona, que era la part demandant a través del seu advocat d'ofici, va plantejar la demanda de separació matrimonial. En aquest cas la defensa de l'esposa al·legava que s'havia d'aplicar el dret espanyol perquè el dret marroquí era contrari a l'ordre públic, però sense aportar dret marroquí perquè no l'havia pogut aconseguir.*

*Abans de la vista va anar a parlar amb el jutgador per veure si el plantejament era el correcte, ja que aquest cas derivava d'un afer de maltractaments cap a la dona i era important que s'aconseguís una resolució judicial urgent.*

*El jutge li va comentar que l'excepció d'ordre públic no la veia clara seguint les darreres sentències de l'Audiència Provincial en aquell moment i que, per tant, hauria d'aplicar dret marroquí, però que ell sabia que el dret marroquí no recollia la separació, sinó sols el divorci, però que si reconvertia la petició en divorci llavors no el podria acordar perquè no es complia cap de les causes de divorci de l'article 86 del CC espanyol, ja que la parella no s'havia separat de dret ni de fet el prou temps suficient que marca aquest article.*

**Dades processals:** *S'aplica tots els efectes la LEC 1/2000.*

El que és curiós d'aquest cas és que es troben un advocat i un jutge amb una sensibilitat especial pel tema però no acaben de donar-li la resposta adequada. Si el jutge creu que s'ha de demanar el divorci a l'empara de la llei marroquina, el que no pot fer llavors és demanar que se li presenti una demanda de divorci perquè aquesta és al seu entendre l'única figura de trencament matrimonial que recull el dret marroquí, però llavors aplicar les causes de la legislació espanyola (i no les que fixi la legislació marroquina) per decretar o no el divorci. En la legislació marroquina no existeix la necessitat de separació prèvia durant un temps i es pot anar al divorci directament que té taxades unes causes diferents a la separació prèvia per més o menys temps. També és digne d'assenyalar que en aquest cas el jutge determinava el contingut, encara que

---

<sup>607</sup> Cal recordar per exemple que en el cas de R. explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999, per motius diferents el jutjat va acordar en primera instància unes mesures i després va desestimar el plet principal, no conduint doncs a cap solució final de l'afer.

extraoficialment, pels seus coneixements de dret marroquí però no perquè se li hagués aportat cap prova d'aquest dret. Fins a quin punt és admissible, doncs, que un jutge sense prova aportada a judici, sobre un dret al que en principi i en termes generals no li és aplicable el principi *iura novit curia* fonamenti una resolució en base al seu coneixement personal del mateix que poden ser ajustats o no? En aquest cas, crec que seria molt millor que, essent ell coneixedor del dret a aplicar, demanés d'ofici una prova que el deixés constatat en el procediment i no argumentar segons el seus lloables coneixements però sense recolzament fàctic en tot el plet. Si s'admet la possibilitat de reconèixer els coneixements privats del jutge per determinar el contingut i vigència del dret estranger i aplicar-ho a un cas concret sense recolzament en el plet de cap altra prova, amb el conseqüent efecte sobre les parts en litigi que sí poden ser desconexores d'aquest dret estranger, han de donar per bo o no, també s'hauria d'admetre els coneixements específics que l'advocat d'una o de les dues parts tinguessin sobre la matèria, deixant la valoració dels mateixos a criteri del jutge. És evident que aquest sistema és molt poc fiable i es podria estar jutjant sobre normes no existents.

Ara bé, que els coneixements privats no serveixin com a prova fidedigne en el plet no vol dir que no siguin desitjables que es tingui tant per part de jutges com d'advocats perquè sens dubte aquests coneixements afavoriran una millor prova i aplicació del dret estranger invocat.

L'actitud dels jutges davant de la prova del dret estranger no deixa de ser curiosa en molts casos. El següent supòsit es produeix en el cas d'un divorci de dos colombians. Malgrat fugir de l'àmbit personal d'aquest treball és digne recollir el seu exemple pel que fa al dret estranger aplicable.

*Supòsit de fet: La dona, després d'anys de patir maltractaments molt greus que l'havien deixada en un estat psicològic lamentable i recolzada pels serveis socials, decideix presentar denúncia penal i paral·lelament divorci del seu marit també colombià, perquè la legislació colombiana li permet el divorci en aquest supòsit.*

*Tots dos litiguen d'ofici. La defensa de la dona contacta amb el Consolat de Colòmbia, que li facilita en un CD tot el Codi Civil de Colòmbia amb la regulació del divorci inclosa. Afirma el consolat que ells no poden fer cap certificat sobre aquest text jurídic a la part però que si li ho demanda el tribunal no tindran cap inconvenient a fer-ho. La defensa aporta a judici una còpia d'aquest CD amb una còpia impresa i la nota del Consolat de Colòmbia on explica com procediran a fer ells aquest certificat. A més, s'aporten articles doctrinals fotocopiats de doctors en*

*dret d'universitats colombianes que reafirmen les disposicions sobre el divorci en dret Colòmbia. A més, la defensa de l'esposa demana al jutjat que ofici al Consolat de Colòmbia perquè certifiquin i corroborin així el dret aportat. Igualment la defensa de la esposa va sol·licitar al jutge que verifiqués la informació aportada d'acord amb la Convenció interamericana de 08-05-1979, sobre prueba e información acerca del derecho extranjero del que España i Colòmbia en són part. El marit demandat compareix a judici amb advocat d'ofici i manifesta que està d'acord amb el dret al·legat i provat per l'altra part oposant-se a les peticions concretes sobre els efectes econòmics del mateix. El dia de la vista el marit no compareix.*

*El jutge desestima la demanda de divorci perquè diu que no s'ha provat el dret estranger i aplica dret espanyol decretant la separació.*

El text literal del jutjat de primera instància de la sentència de 12-03-2004 és el següent :

*“El artículo 107 del Código Civil (modificado por Ley 30/1981 de 7 de julio y posteriormente redactado por la LO 11/2003 de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), establece:*

*1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.*

*2. 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 residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*

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

*a) si no 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.*

*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 cónyuges, de nacionalidad colombiana, residentes en la actualidad en España, deben acreditar el derecho extranjero aplicable, su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aportando la actora diversa información obtenida por vía telemática que en modo alguno acredita el contenido y vigencia del derecho que revoca, sin que la conformidad de las partes, en este aspecto, tenga relevancia. Por ello, el Tribunal, en atención a lo expuesto, aplicará el derecho patrio.*

***Petició formulada a la demanda:*** *Divorci en aplicació de la llei colombiana que s'aporta al procés.*

***Dades processals:*** *S'aplica tots els efectes la LEC 1/2000.*

En aquestes situacions només es pot preguntar quina prova impossible demanen per determinar el dret estranger. La nova LEC 1/2000 preveu la utilització de nous mitjans tècnics i aquests han de ser sobretot utilitzats i aprofitats en casos de procediments amb elements d'estrangeria i no mantenir la idea decimonònica de mitjans de prova antics desfasats i costosos als que els nous subjectes del dret internacional no hi poden abastar.

La resposta de l'Audiència Provincial de Barcelona va ser diferent i va admetre sense dubtes la prova del dret estranger aportat a partir dels mateixos documents aportats per l'actora i valorant també l'acceptació del demandat<sup>608</sup>:

*Sobre esta base la justificación del derecho extranjero en España implicará la de su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal español, además, de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*

*TERCERO.- En este supuesto la pretensión incorporada por la demandante era de divorcio contencioso aportando a través de los documentos que menciona la recurrente la justificación de la legislación colombiana en esta materia que incorpora, asimismo, tanto las modificaciones que el Código civil colombiano sufrió tras las Leyes 1º de 1976 y 25 de 1992 como las provenientes de la doctrina constitucional que allí se menciona. Así aparece que en el artículo 154 del Código civil de Colombia resultan causas de divorcio el consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante Juez competente y reconocido por éste mediante sentencia, aparte de la mencionada por la recurrente asentada en el maltrato*

---

<sup>608</sup> SAP Barcelona de 29-11-2005. Rollo 619/2004. (AZ JUR 2006/57453)

*de obra y trato cruel al otro cónyuge. De este modo apreciamos que el demandado en su contestación reconoció no sólo el contenido normativo que estamos expresando sino su consentimiento a la pretensión de divorcio efectuada de contrario*

Per altra banda, també ens obliga a preguntar quina és la utilització del mecanisme que l'article 282 de la LEC 1/2000 dóna al jutge. A la vista d'aquesta sentència diríem que la seva pràctica ha de ser nul·la, potser perquè els jutges continuen ancorats amb el costum de la seva actitud passiva davant la prova. En aquest cas, a més, l'article 4 de la Convenció interamericana de 08-05-1979, sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, possibilita als òrgans jurisdiccionals demanar informes sobre el text, vigència, sentit i abast legal del dret dels altres estats part.

Per sort la postura dels jutges no sempre és igual. En el cas anterior <sup>609</sup>i malgrat la total deficiència probatòria del dret marroquí al·legat pel Ministeri Fiscal que no fa cap esforç per aportar ni un indici de prova al jutjat ni demanar la pràctica de cap prova com si fa la defensa en el cas dels Colombians, el jutge fent us de la possibilitat de l'article 282 de la LEC 1/2000 demana que s'oficiï al Consolat del Marroc. Aquesta postura alguns autors l'han elevat a la categoria de necessària demanant que en els casos on intervingui el Ministeri Fiscal (com per exemple ho són els procediments de família amb menors d'edat), el jutge estarà obligat a invocar i provar el dret estranger, quan ho exigeix la defensa dels interessos dels que aquest Ministeri representa, amb independència del quina sigui l'actitud de les parts. <sup>610</sup>Evidentment, aquesta posició té una vessant positiva que és la d'implicar al jutge en la prova del dret estranger, però no cal oblidar que la invocació o prova d'aquest no és el que més sempre beneficiarà els interessos del menor o incapacitat que representi el Ministeri Fiscal i que, a més, hauria de ser aquest Ministeri Públic qui en defensa dels interessos que li han estat encomanats s'encarregués de analitzar, invocar i provar allò que més interessa al que el representa i no prendre una actitud d'invocar el dret estranger i no provar-lo o defensar la desestimació de la demanda davant la actitud de les parts, quan això pot deixar a qui representa en la més total indefensió. És en aquest supòsits i quan el Ministeri Públic no ha actuat de manera prou diligent quan el jutge pot entrar a suplir aquesta manca d'invocació i prova del dret estranger.

---

<sup>609</sup> El cas del matrimoni que litigava d'ofici explicat a l'annex 2 ref. 16-2/2002.

<sup>610</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Problemas para probar Derecho extranjero de procedimientos judiciales españoles*. Iuris, núm.98 – abril 2005 i VIRGÓS SORIANO, M. i GARCIMARTIN ALFÉREZ. F.J.: *Derecho Porcesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Civitas 2000.

## A. Valoració dels diferents mitjans de prova utilitzables

Davant d'aquesta situació general de manca de més precisió sobre la prova del dret estranger ni en la LEC, ni en el CC, i les diferents posicions dels jutges i tribunals sobre la matèria és fàcil que ens plantejem quins mitjans s'han d'utilitzar per provar el aquest dret estranger.

### a.1 La utilització dels criteris tradicionals ja no vàlids en els actuals litigis de família amb elements d'estrangeria.

Ni el CC, ni la LEC de 1881 fixaven quins havien de ser el mitjans de prova del dret estranger. Ha estat la jurisprudència i la doctrina que han anat construint els requisits per provar aquest dret estranger.

La nova LEC 1/2000 tampoc ha fet seus el text legal aquests mitjans de prova llargament argumentats per la jurisprudència i, per tant, obre la possibilitat a nous mitjans tenint en compte també la introducció de les noves tecnologies que admet la LEC 1/2000.

Malgrat aquesta possibilitat el cert és que segurament els òrgans jurisdiccionals continuen ancorats en els mitjans i conceptes tradicionals i tenen per no provat dret estranger a vegades amb la conseqüència de la desestimació la demanda, perquè no s'ha provat el dret estranger amb els mitjans tradicionals. Així, la sentència de la Audiència Provincial de Castelló 5/2004 de 21 de gener.

*Desde otra perspectiva, no pueden surtir efectos los contenidos de los artículos del Código Civil CC de la República de Irán que, relativos a la dote, invoca la apelante, por cuanto no se ha cumplido con los criterios jurisprudenciales relativos a la aplicación del artículo 12.6 del Código Civil (LEG 1889, 27) .*

*Como ha recordado esta misma Sala en su núm. 478 de 8 de septiembre de 2000 (AC 2000, 5116), respecto de la acreditación de la vigencia de la Ley extranjera ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1975 (RJ 1975, 327) que «por lo que respecta a la alegación y prueba de la legislación extranjera en nuestra patria esta Sala se ha venido pronunciando siempre de manera reiterada y uniforme [...] proclamando: a) Que las Leyes extranjeras pueden ser alegadas como medios de prueba ante los Tribunales españoles -SS. de 13 de junio de 1885 y 26 de mayo de 1887-; b) Que la cita aislada de artículos de*

*códigos extranjeros no es suficiente para justificar la obligación en ellos determinada -S. 12 de julio de 1904-; c) Que hay que acreditar la existencia y el sentido de la Ley que se invoca por medio del dictamen de dos juriconsultos de dicha nación, debidamente legalizado -SS. de 13 de enero y 12 de mayo de 1887 y 19 de noviembre de 1904-, d) Que es principio mantenido por la Jurisprudencia patria que es preciso que se interese en juicio la aplicación de Leyes extranjeras, que se justifique lo que la Jurisprudencia del país tenga establecido, y que es insuficiente la cita aislada del código vigente en aquella nación, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles, ya que es necesario probar, no sólo la exacta entidad de tales normas de vigencia actual, sino también el sentido, alcance e interpretación asignados por los Tribunales del respectivo país -S. de 30 de junio de 1962 (RJ 1962, 3322) -; e) Que se pruebe el derecho extranjero con certificación legalizada del consulado y aclarado su concepto por dos juristas de esa nacionalidad -S. de 28 de octubre de 1968 (RJ 1968, 4850) ».*

*No son distintos los criterios de la Jurisprudencia posterior. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1834) dice que la posibilidad que en el citado último inciso del art. 12.6 CC (LEG 1889, 27) «se otorga a los Tribunales para inquirir... no es en realidad otra cosa que eso, una posibilidad, cuyo desarrollo o ejercicio por parte de los mismos tiene un carácter complementario de la directamente atribuida por el precepto a los que invoquen la aplicación del derecho extranjero, que son los directamente obligados a ello». Y dice la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10245) que mientras las normas de conflicto si se aplican de oficio (primer párrafo del artículo 12.6 CC), en cuanto que, como normas de reenvío, se limitan a señalar cuál es el derecho material o sustantivo aplicable a determinada relación jurídica controvertida, no sucede lo mismo con el derecho material, que no debe ser determinado por el Tribunal, citando en este sentido la anterior Jurisprudencia (SS. 9-1-1936 [ RJ 1936, 49] y 3-2-1975) en el sentido de que quien invoca el Derecho extranjero debe acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso. En el mismo sentido cabe citar las recientes SSTS de 25 de enero (RJ 1999, 321) y 9 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1054) .*

*Y es claro que en el presente caso no se han cumplido tales exigencias, pues como prueba de la vigencia, alcance y contenido del derecho extranjero que se invoca sólo se ha traído una comunicación de la Embajada Iraní relativa a la validez de los matrimonios celebrados en dicha embajada y una breve referencia a los preceptos reguladores de la dote, junto con una traducción de los mismos (folios 44 al 52). Podrá estar la Autoridad iraní habilitada para declarar la validez de tales matrimonios con arreglo a su propia legislación, pero no para aventurar que la tengan en España.*

*Por lo tanto, no es de aplicación por este tribunal el Derecho Civil iraní que se invoca*



Hi ha moltes sentències sobre la prova del dret estranger, que configuren aquest criteri tradicional exposat de considerar el dret estranger com un fet, i que fixen l'exigència d'uns mitjans de prova costosos i complexos i que determinen la poca o nul·la obligació dels òrgans jurisdiccionals d'intervenir en aquesta prova.<sup>611</sup>

La sentència transcrita de l'Audiència Provincial de Castelló és digna d'anàlisi per diversos motius. En primer lloc, es tracta d'una sentència recent, en concret de 21 de gener de 2004, que fa referència a un procediment iniciat en primera instància l'any 2002 i que, a més, afecta a un dret de tradició islàmica, encara que no sigui magribí.

En segon lloc, cal destacar que continua invocant l'article 12.6 del CC, quan per la data de l'afer s'hauria d'entendre derogat el segon paràgraf del mateix i invocar el 281 de la LEC 1/2000, amb la diferència de redacció ja comentada.

---

<sup>611</sup> Sense pretendre exhaustivitat se citen les següents sentències:

STS de 23-11-2000, es refereix i cita sentències anteriors en el mateix sentit, alhora que potencien la interpretació d'aplicació del dret espanyol en cas de manca de prova:

*La aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.*

**STS 25-01-1999 (AZ RJ 1999/321)**

*De una parte, la regla judicial reflejada en el artículo 12.6 exige que quien invoca el **derecho extranjero** ha de acreditar en juicio: a) la existencia de la legislación de que se trate; b) la vigencia de la misma; y c) su aplicación al supuesto del debate; y de otra, la línea jurisprudencial mantenida en esta materia se refiere a que la utilización del **derecho extranjero** supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles (por todas, STS 7 septiembre 1990).*

**STS 7-09-1990. (AZ RJ 1990/6855)**

*la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar la exacta entidad del delito vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente; constituyendo práctica reiterada, la que determina que, cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio. Sentencias 28-10-1968, 4-10-1982 15-3-1984, 12-1 y 11-5-1989.*

**STS 17-07-2001 (AZ RJ 2001/5433)**

*cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3758], 7 de septiembre de 1990 [RJ 1990, 6855], 16 de julio de 1991 [RJ 1991, 5389] y 23 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2167]), lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del **Derecho extranjero** es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (por todas, SSTS de 4 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5537] y 12 de enero de 1989 [RJ 1989, 100]).*

En tercer lloc, tota la jurisprudència del Tribunal Suprem que cita i que resumeix cal parar esment de quines dates procedeix 1885, 1887, 1904,1936, 1968, 1975. Són uns criteris fixats, pensats i consolidats en una època on les relacions internacionals personals eren cosa de molt pocs i on les relacions internacional globals del planeta es vivien de manera molt diferent. No es pot seguir exigint exactament els mateixos criteris en un món globalitzat, interdependent i on els moviments i relacions personals a nivell internacional afecten a la majoria de la població i sovint als més desfavorits econòmicament.<sup>612</sup>

Les sentències més recents que cita també aquesta sentència que són dels anys noranta, més que incidir en els mitjans de prova del dret estranger el que fan es insistir en què correspon a les parts la prova i que el jutge no té perquè actuar d'ofici. Insistència que basada en el derogat paràgraf segon de l'article 12.6 del CC perd vigència i, a més, no possibilita l'aplicació, ni la interpretació suposadament més oberta de l'article 282 de la LEC 1/2000. Així, a títol d'exemple la STS 10-03-1993 citada en l'esmentada sentència de l'Audiència Provincial de Castelló diu:

*La posibilidad que en referido párrafo del art. 12 CC, se otorga a los Tribunales para inquirir a través de «cuantos instrumentos de averiguación estime necesarios», tales efectos, no es en realidad otra cosa que eso, una posibilidad, cuyo desarrollo o ejercicio por parte de los mismos tiene un carácter complementario de la directamente atribuida por el precepto a los que invoquen la aplicación del derecho extranjero, que son los directamente obligados a ello.*

O la STS 31-12-1994 també citada en l'esmentada sentència de l'Audiència Provincial de Castelló afirma:

*Al que no se refiere el artículo 12 apartado 6, del Código Civil. b) La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración [Sentencias, entre otras, de 3 febrero 1975 (RJ 1975\327) y 9 enero 1936 (RJ 1936\49)] que quien invoca el derecho extranjero debe acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso. (..)En definitiva, resulta ilógico y carente de base pretender*

---

<sup>612</sup> En aquest sentit no es tracta de afirmar que els fluxos migratoris són un fenomen nou, idea que apunta també RODRÍGUEZ MANZANO, I. *Motores, dinámicas y consecuencias de los flujos migratorios internacionales, mitos y hechos*” En preparació . Cedit per l'autora, j. El punt d'inflexió no és la novetat dels moviments migratoris, sinó que aquestes persones migrants necessiten de normes de Dret Internacional Privat que no estaven pensades per a classes econòmicament desfavorides sinó per a classes benestants, si més no en l'àmbit del Dret espanyol. La novetat és doncs la generalització dels conflictes de Dret Internacional Privat a tota la població.

*que, como se dice, «el juzgador de instancia fije la legislación aplicable tratándose de Ley extranjera no invocada por las partes». El motivo, por lo tanto debe decaer. (...)*

Mentre que les sentències també citades del Tribunal Suprem de 1999, de 25 de gener y de 9 de febrer encara són menys extenses i es limiten a repetir la mateixa doctrina de necessitat de prova del dret estranger per part de les parts. Així, per exemple, la sentència de 9 de febrer de 1999 tan sols afirma:

*El derecho extranjero aplicable hay que concretarlo, facilitárselo al Tribunal (vid. Sentencia de 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10245], entre otras), pues no le alcanza el «iura novit curia», y cumplir con el artículo 12.6 del Código Civil, conforme al cual la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, todo ello, sin perjuicio de que al juzgar pueda valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios.*

Una sentència més recent del TS de data 5-03-2002, perpetua però de nou els criteris tradicionals de la prova del dret estranger.<sup>613</sup> Altres encara més recents tampoc són gaire innovadores, recollint per exemple els criteris habituals de prova a càrrec de les parts i entenent la nova normativa de la LEC com a complementària.<sup>614</sup>

Aquesta sentència que he triat d'exemple no és l'única recent en la matèria. La sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries de 14-01-2002 malgrat fer referència a la nova regulació de la LEC, no acaba de precisar el seu abast. Aquesta sentència continua reproduint el criteri de la jurisprudència anterior en base a l'article 12 del CC i tant sols comenta sense cap més precisió "*Tras la vigencia de la nueva LEC, la regulación actual de la cuestión se halla en el art. 281.2*".

La realitat social ha canviat i la realitat legislativa encara que poc també i per tant davant d'aquest canvi de situació hem de canviar també les exigències de prova del dret estranger. La doctrina del Tribunal Constitucional considero que també va cap a aquest camí, al considerar el tema de la prova del dret estranger una qüestió lligada al principi de tutela judicial efectiva i al afirmar en la STC 155/2001 que aplicar dret espanyol en defecte de prova del dret estranger es més respectuós amb aquest dret constitucionalment reconegut de la tutela judicial efectiva.<sup>615</sup>

<sup>613</sup> STS 5-03-2005 (AZ RJ 2002/4085)

<sup>614</sup> Veure per exemple la STS de 4-11-2004 (La ley 466/2005 15-02-2005), que malgrat que recull el criteri d'aplicació del dret espanyol a manca de prova del dret estranger no aporta gaires innovacions i el vot particular de MARIANO SAMPEDRO CORRAL i la seva interpretació de l'article 281.2 de la LEC 1/2000).

<sup>615</sup> Veure la STC 155/2001 de 2 de julio (Az RTC 2001/155) i l'apartat que dedico més endavant a la incidència pràctica de la doctrina del Tribunal Constitucional en la temàtica de la prova del dret estranger.

La pràctica habitual de la jurisprudència en els darrers anys també a posat de manifest aquest canvi existent en la societat i s'ha passat de criteris molt estrictes a d'altres més flexibles, afavorits per la posició insinuada pel TC en la matèria. Malgrat això, és curiós apreciar encara les diferents valoracions de la prova del dret estranger aportada als autos que fan els diferents jutjats i tribunals.

Així, en la sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries de 14-01-2002 dóna per bona la documentació aportada per una part i corroborada per la contrària amb la confirmació feta pel consolat corresponent:

*Ahora bien, la existencia, vigencia y aplicación al supuesto enjuiciado del C. de familia argelino de 9-6-1984 aprobado por la Ley 84-11 no ha sido cuestionado en la instancia por la parte demandada quien en la contestación a la demanda así lo reconoce y cuya existencia, vigencia y contenido ha sido corroborado por la Embajada de Argelia en Madrid al adjuntar el texto de la Ley argelina vigente en materia de divorcio, que fue traducida. En consecuencia se reputa acreditado el contenido normativo, la existencia y vigencia del derecho extranjero en el supuesto enjuiciado.*

#### a.2 Remissió als mitjans de prova generals per a la prova del dret estranger a la LEC 1/2000 i les seva utilitat pràctica.

Donat que la LEC 1/2000 no aprofita per establir uns criteris clars respecte de la prova del dret estranger i assimila aquest dret estranger als altres fets objecte de prova, encara que no digui que és pròpiament un fet, hem de pensar que podem utilitzar tots els mitjans de prova admesos amb caràcter general per aquesta llei.

L'únic que determina l'article 281.2 de la LEC és que el dret estranger ha de ser provat pel que fa al seu contingut i vigència, afegint que es poden utilitzar tots els mitjans que es considerin necessaris. Per tant, tots els que fixa la pròpia LEC, que són :

##### **a) L'interrogatori de les parts.**

Certament és una mica difícil poder determinar el contingut i vigència del dret estranger a través de l'interrogatori de les parts litigants i més quan majoritàriament no són persones enteses en la matèria, però si fugim de la idea de prova del dret clàssica i volent aportar elements multidisciplinars a judici si que ens servirà per poder provar com es percep la norma i les relacions personals sobre tot en una matèria com els procediments de família.

Mes d'un demandat diu coses reveladores sobre com considera que són les relacions entre el marit i la dona. En el cas de S <sup>616</sup> ella es queixava que el marit no l'havia deixat tenir cap compte bancari i li controlava els diners que guanyava, encara que ell expressament ho negués. Preguntat en judici si la seva dona tenia compte bancari obert contesta: “*No lo creí necesario.*” Amb aquesta expressió que se li va colar com si res ja podem intuir que pensa que el que decideix l'administració familiar és ell.

En el cas de BP. <sup>617</sup>ella es queixa que l'havia forçat a tenir relacions sexuals i ell respon: “cuando se casó ya sabía que ésta era una de sus obligaciones. Por tanto, tenía que cumplir”. La mateixa BP. explica que ella es vol divorciar però que té entès que en la seva llei l'únic que es pot divorciar és el seu marit, perquè si ella diu que és la que es vol divorciar no tindrà dret a que el marit l'ajudi econòmicament en res, perquè llavors hauria de ser ella qui pagués una mena de indemnització al marit. Aquesta idea la feia afrontar el plet amb més por que res, malgrat que ella té molt clar que no vol tornar amb el marit. Aquí també es demostra la percepció social que tenen les dones marroquines que és el marit el que es pot divorciar i si elles ho aconsegueixen és tot un èxit i per això acostumen a dir que és ella la que s'ha divorciat, ahora que un reforçament del seu ego.

Evidentment, l'interrogatori de les parts no és una prova contundent ni molt fiable perquè també hi ha als que expressament declaren que la seva llei diu tal o qual cosa en el seu favor quan en realitat no és així. Només si estem atents ens pot servir d'indicis del que pensen i com actuen i, per tant, pot ser un mitjà complementari per provar no sols els fets sinó també de les seves normes personals sempre acompanyats d'altres elements de prova més fiables.

#### **b) La prova documental.**

Evidentment, a través de la prova documental degudament aportada podrem provar com a mínim el contingut del dret estranger. Dintre d'aquesta prova documental hi tindrien cabuda les certificacions donades pels Gabinetes de documentació i publicacions de la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia o les elaborades per diplomàtics o cònsols espanyols al país d'origen i les elaborades per diplomàtics o cònsols estrangers a Espanya.

---

<sup>616</sup> El supòsit de fet de S. està explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001.

<sup>617</sup> El supòsit de fet de BP. està explicat a l'annex 2 ref. 22-5/2003.

Evidentment, també serà útil les certificacions emeses pels Ministeris de Justícia o Afers Exteriors o del Cònsol del país a Espanya, però en aquest sentit l'obtenció de les mateixes no sempre és fàcil per a les parts.

En el cas dels consolats, no tots estan disposats a facilitar la informació de manera prou correcte. En molts casos els consolats es troben a la capital o a la ciutat capital de província que no necessàriament ha de ser la seu dels jutjats de primera instància. A més, a vegades els consolats faciliten simples fotocòpies sense cap certificació i sense traducció o a vegades fan un resum ells mateixos traduït al espanyol de dos o tres articles. És bo que les parts comencin per buscar i aconseguir aquestes proves dels consolats, que com a mínim donaran una orientació de la legislació estrangera a aplicar, sense aquest mínim la defensa dels litigants no pot ser correcte, però també és cert que davant de les dificultats l'ajut dels òrgans jurisdiccionals és necessari. La dificultat i la necessitat d'admetre nous mitjans de prova més àgils, no eximeix a les defenses lletrades de les parts a actuar amb diligència, intentant obtenir si més no un principi de prova per saber com orientar el cas. Que els advocats d'ofici tinguin pocs mitjans i que se n'hagin de posar més no és excusa perquè es refusi fer tot esforç i presentin demandes sense ni tan sols tenir en compte l'element d'estrangeria.

Pel que fa als informes dels Ministeris corresponents i de les seves secretaries tècniques moltes vegades aquests només es lliuren als propis òrgans jurisdiccionals i aquests a vegades i bastant sovint no demanen aquesta informació, fins i tot si una de les parts ho demana. Malgrat que es cursin peticions d'informació a la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia <sup>618</sup>a la pràctica habitual en els jutjats de primera instància i família aquest recurs encara no és generalitzat. En els afers seguits en el partit judicial de Mataró des de 1998 que són el fonament pràctic i treball de camp d'aquests estudi i en la majoria dels casos de les sentències comentades en aquest treball, en cap d'ells s'ha demanat informació a la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia). Fins i tot, en la majoria de sentències publicades en els diferents repertoris de jurisprudència es demostra que tampoc s'ha utilitzat aquest recurs i sovint el que es valora són els textos aportats per les parts o com a molt facilitats pels consolats.

La STC 10/2000 que estat un punt important en la flexibilitat de la prova del dret estranger, es mostra favorable a la col·laboració de l'òrgan jurisdiccional davant la

dificultat de prova del dret estranger dels litigants. Aquesta interpretació del TC i la redacció de l'article 282 de la LEC 1/2000, crec que han de portar a una implicació més gran dels òrgans jurisdiccionals en l'obtenció de prova del dret estranger i sobretot accedir a l'auxili judicial que demanen les parts, després d'haver fet aquests els seu esforç inicial en la prova del dret estranger i, per tant, accedir a sol·licitar informacions a través dels mecanismes que cada vegada més es posen al servei dels jutjats i tribunals.

Entenc que en aquest àmbit cal ser flexible i obert de mires i aprofitar tots els mitjans tècnics disponibles. Si es pretén que s'apliqui dret estranger, en procediments familiars seguits per ciutadans estrangers amb pocs recursos que sovint litiguen amb advocat d'ofici, no podem començar a demanar proves impossibles. Per altra banda, la col·laboració dels consolats dels països d'origen no és sempre el prou àgil i correcte i, per tant, sovint aconseguir unes fotocòpies o un fax és gairebé una proesa tractant-se d'alguns consolats.

El text de la llei, decret o disposició normativa, tal i com apareix publicat en el butlletí oficial del país d'origen, amb la corresponent traducció i amb el segells del consolat corresponent ha de servir.

Per altra banda, també seria admissible, per exemple, l'aportació de fotocòpies de llibres publicats per autors de prestigi professional i que es poguessin compulsar pel secretari del jutjat.

Mereix també especial atenció la informació que s'extreu de pàgines oficials dels diferents governs i ministeris a través d'internet. Aquesta informació si prové dels governs corresponents: pàgina del Ministeri de Justícia, Comunicació i publicacions, etc... hauria de ser plenament vàlida. Igualment la informació facilitada en un CD si aquesta es pot comprovar.

També s'haurien d'admetre els faxos i correus electrònics enviats pels respectius consolats dels països d'origen o per organismes governamentals d'aquests, que expliquen o certifiquen la vigència o contingut de les disposicions estrangeres.

Qüestió a part mereix el problema de la traducció d'aquests textos, similar al problema de la traducció de documents dels països d'origen. Les traduccions privades són cares, les oficials encara més. Què passa quan les parts litiguen d'ofici? Aquest és

---

<sup>618</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. AEDIPr T I 2001.

un tema que la Llei d'Assistència Jurídica Gratuïta no ha solventat <sup>619</sup> i que continua essent un gran problema. Potser el millor seria comptar amb traductors adscrits als òrgans judicials, a l'igual que hi ha intèrprets, perquè poguessin ser utilitzats gratuïtament i de manera ràpida per part dels litigants de justícia gratuïta, però mentre aquest sistema arriba caldrà anar comptant si més no amb les traduccions privades, recomanant que no s'impugnin tontament i sense fonament.

La solució apuntada per Calvo Babía <sup>620</sup> de crear un fons que recopili tot el dret provat en els diferents jutjats i l'actualitzi podria ser un pas en la millora del sistema de prova del dret estranger, però aquest centre hauria d'estar obert no només als jutges i tribunals sinó també a tots els professionals dels dret, si es vol a través dels respectius col·legis professionals o de manera individualitzada.

Encara es podria anar més enllà i elaborar puntualment des de la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia uns informes o manuals recollint la normativa estrangera de diferents països que tinguessin validesa davant dels tribunals i que fossin accessibles tant a jutges com a professionals del dret.

Evidentment, tot aquest sistema ha d'anar acompanyat d'unes idees clares sobre la càrrega de la prova i les conseqüències en cas de no haver aconseguit provar el dret estranger, però aquesta conceptes no es poden abordar d'una manera coherent ni amb diligència si no es té en compte el problema pràctic d'accedir a la prova del dret estranger per parts d'uns litigants amb pocs recursos que ara són el gruix dels que arriben als tribunals de primera instància poden estar impassibles davant del que facin i demanar-los després per no desestimar les demandes uns grans esforços per provar el dret estranger que imposa la norma de conflicte.

És evident que els jutges espanyols no tenen l'obligació de conèixer tots els drets del món però si poden tenir un actitud més oberta i més flexible sobre tot en matèria familiar encara que no hi hagi una legislació clara sobre la matèria.

Si hem de valorar després l'actitud de les parts per determinar si hi ha frau o no, si s'imposa la desestimació de la demanda o l'aplicació del dret espanyol, cal que aquesta prova del dret estranger es faci d'una manera rigorosa però també fàcil.

---

<sup>619</sup> Veure l'apartat d'aquest mateix treball on s'analitza el contingut material del dret a l'assistència jurídica gratuïta.

<sup>620</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Problemas para probar Derecho extranjero de procedimientos judiciales españolas*. Iuris, núm.98 – abril 2005.



**c) Els mecanismes existents en els Convenis Internacionals dels que Espanya és part.**

El problema és que els convenis existents es desconeixen. No s'utilitzen o s'utilitzen molt poc.

Hi ha convenis multilaterals com el conveni europeu de 7 de juny de 1968 i en l'àmbit hispanoamericà el conveni sobre prova i informació de dret estranger fet a Montevideo el 8 de maig de 1979, ambdós ratificats per Espanya.

Potser el sistema establert pels convenis és lent i enfarfigador i utilitza poc els mitjans informàtics existents avui en dia però és un mitjà a disposició del jutge o tribunal. Malgrat això, la seva utilització no és extensa. En el cas del matrimoni de Colombians<sup>621</sup> es va demanar per la defensa de la dona que se sol·licités informació pels mecanismes d'aquest conveni i la resposta va ser silenci absolut a la qüestió.

En l'àmbit dels convenis bilaterals cal tenir present pel que fa als procediments de família amb litigants magribins els convenis amb Marroc de 30-05- 1997 de cooperació judicial en matèria civil mercantil i administrativa i el conveni amb Tunísia de 24-09-2001 d'assistència judicial en matèria civil i mercantil i reconeixement i execució de resolucions judicials, encara que la seva aplicació és igual de minsa.

En el conveni amb Marroc de 30-05-1997 les parts es comprometen a proporcionar-se informació de les seves respectives legislacions i jurisprudències (art. 33), establint un sistema d'autoritats centrals on els òrgans jurisdiccionals de cada estat podran fer arribar la seva sol·licitud d'informació (art. 34 i 35). També ho fa, el Conveni amb Tunísia de 24-09-2001 que el seu article 26, encara que de manera més genèrica i sense concretar el procediment, recull igualment la comunicació mútua de legislacions i jurisprudència prèvia la corresponen sol·licitud.

Aquests mecanismes poden ser lents, però la realitat és que no s'utilitzen, els òrgans jurisdiccionals no ho demanen gairebé mai i les parts no hi tenen accés perquè aquests mecanismes d'intercanvi de comunicacions van adreçats a les autoritats judicials.

**d) El dictamen pericial.**

Aquest és el mitjà de prova que tradicionalment la jurisprudència ha admès com a bo i, fins i tot, com el més indicat per a la prova del dret estranger, però és el més difícil i car i, per tant, inabastable per els litigants, majoritàriament amb recursos

---

<sup>621</sup> Supòsit de fet explicat a l'annex 2 ref. COLOMBIA

escassos. Es considerava el millor per determinar no sols el contingut, que podia ser provat per les altres proves documentals, sinó sobretot la seva vigència i aplicació. Tradicionalment també es demanaven dos perits, anomenats juriconsults, del país estranger proposats per la part que al·lega el dret i acceptats per l'altra i que ara, a més, per exigència de la LEC 1/2000 s'haurien d'aportar amb la demanda o la contestació.

No negarem que si després d'haver aportat el text legislatiu estranger per un dels mitjans de prova documentals, ara aportem dos experts en l'aplicació d'aquest dret al país d'origen, el jutge o tribunal podran tenir una bon coneixement del dret que es vol aplicar i que això reverteix en la seguretat jurídica dels litigants. Aquest sistema sobre el paper molt perfecte no s'ajusta a la societat actual on la prova del dret estranger ja no correspon només a una classe benestant, sinó a classes econòmicament desfavorides i sense recursos, defensades per professionals del torn d'ofici també sense recursos suficients.

És cert que la jurisprudència del TS ha consolidat aquesta doctrina i ha reiterat que la cita aïllada de preceptes concrets no és suficient <sup>622</sup>però també és cert que la doctrina del TS en aquest aspecte sembla ancorada en les concepcions més tradicionals en les que bàsicament es pensava en la protecció de la sobirania estatal i on les qüestions de Dret Internacional Privat eren aïllades. <sup>623</sup>

Si amb les informacions obtingudes a través dels mecanismes ja exposats (informes de consolats, de la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia i autoritats centrals designades pels convenis internacionals) aconseguíem provar el contingut d'aquest dret estranger, la seva vigència -que és l'altre requisit demanat per l'article 282 de la LEC 1/2000-, es podrà provar millor amb la prova pericial. Ara bé, potser aquest prova pericial ja no ha de ser la clàssica prova dels dos juriconsults i s'haurien d'admetre altres proves que de fet pot ser seriem més documentals que pericials *strictu sensu*, però que permetria el que es persegueix amb una pericial, una anàlisi tècnic expert sobre la legislació a aplicar que en determini la seva vigència exacte, entenen per aquesta no sols que la normativa en concret estigui en vigor (això es podria aconseguir amb la certificació consular i els altres mitjans de prova comentats) sinó també com s'aplica i com s'interpreta. De fet, una sentència ja antiga del Tribunal

---

<sup>622</sup> Recordem les STS ja citades a les pàgines 463 a 465.

<sup>623</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. AEDIPr T I 2001, encara que matisant el sentit.

Suprem de 3-3-1997<sup>624</sup> i basada sobre l'antic article 12.6 del CC, tot i mantenir bàsicament els criteris tradicionals abona per considerar el dret estranger no com un simple fet a provar, introduint la idea de l'existència del principi de *iura novit curia* atenuat i abonant la llibertat en els mitjans de prova a prova a utilitzar i entenent la pericial en aquests casos, no com una pericial en termes estrictes sinó en un sentit més ampli:

*Aunque, en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición legal que arranca de la Ley 18, Título 14 de la Partida 3.ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditamiento de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el «iura novit curia», aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción dada al Título preliminar del Código Civil por Decreto 1836/1974, de 31 mayo (RCL 1974\1385 y NDL 18760), el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se «acredita»; b) que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término «acreditar» no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente «libre», o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable. En consecuencia, los informes periciales (aparte las posibles informaciones testimoniales) que sirvan a este fin no tienen necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba, como así resulta, también, del dictamen pericial atípico que regula el Convenio Europeo acerca de la información del Derecho extranjero, de 7 junio 1968 (RCL 1974\2050 y NDL 6679), al que se adhirió España en 19 de noviembre de 1973. Consecuentemente no se pueden aducir infracciones probatorias respecto de la libre admisión y valoración realizada por el órgano «a quo», en el presente caso, del dictamen de los jurisconsultos de Derecho Marítimo norteamericano, cuya especialización se*

---

<sup>624</sup> Az RJ 1997/1638.

*justificó, con certificación de la Asociación Norteamericana de Derecho marítimo, formalizada ante el Cónsul español en Nueva York sobre la aplicable normativa norteamericana en torno a la cuestión debatida y acompañado de textos legales, doctrina y jurisprudencia, en particular sobre los «straight bill of lading, non negotiable bill of lading» y «non negotiable seawaybill», dictamen, que, además, coincide con el de los profesores juristas españoles que igualmente constan en autos. Por todo ello, el motivo perece.*

La SAP de HUESCA 297/2005 (SEC 1) de 14-12-2005 també ha abonat aquesta interpretació més oberta dels mitjans de prova:<sup>625</sup>

*El término «acreditar» no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente «libre», o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable. En consecuencia, los informes periciales (aparte las posibles informaciones testificales) que sirvan a este fin no tienen necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba, como así resulta, también, del dictamen pericial atípico que regula el Convenio Europeo acerca de la información del Derecho extranjero, de 7 junio 1968, al que se adhirió España en 19 de noviembre de 1973 ( RCL 1974, 2050)*

Per tant, a la vista de la situació actual, és evident que no hi ha prou amb la citació dels articles corresponents al text legislatiu estranger, però s'ha de ser obert a nous mecanismes de prova més enllà que l'aportació tradicional de dos juriconsults. En aquest sentit, no es descarta l'aportació d'un tècnic o especialista, però no caldria que fos un juriconsult estranger, es podria admetre l'explicació d'un estudiós espanyol en la matèria jurista o no necessàriament. Alguna cosa semblant apunten CALVO CARAVACA i CARRASCAOSA GONZÁLEZ, encara que cenyint-ho més a la necessitat d'un expert jurídic <sup>626</sup>Així, es podria aportar el dictamen de juristes, però

---

<sup>625</sup> SAP HUESCA 297/2005 (SEC 1) de 14-12-2005 (AZ AC 2005/2377) on en prova de la Mudawana s'havia portat un informe d'una profesora Titula de Pret Internacional Privat de la Universidad de Zaragoza.

<sup>626</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. EDIPr T I 2001.

també antropòlegs o sociòlegs especialitzats en l'aplicació i repercussió de les normes legals en les societats d'origen. Així tindria cabuda una perspectiva multidisciplinar que ajudaria a entendre perquè N. no es queda al Marroc a reclamar als seus fills o perquè el matrimoni de ZC és vàlid.<sup>627</sup>

Ara bé, l'explicació de com s'apliquen aquestes normes no només s'ha de poder fer a través de perits-experts en la matèria per dictamen exprés elaborat en concret per a un judici determinat sinó també per a l'aportació de materials ja editats i publicats d'aquests autors, per fotocòpia compulsada pel secretari judicial, per designació de pàgines web d'aquests mateixos autors o de les universitats a les que pertanyen i altres mitjans tècnics possibles, de les que el secretari judicial pot donar fè de la seva existència. Així es podria donar entrada a aquesta aplicació multidisciplinar però a un cost reduït pels litigants. Aquest ja ha estat el fonament d'algunes iniciatives com les del Grup d'Advocats Joves del Col·legi d'Advocats de Barcelona en editar la traducció de la Mudawana marroquina.<sup>628</sup>

#### **e) La referència a les noves tecnologies.**

La LEC 1/2000 en la seva secció 8<sup>a</sup> del capítol VI del Títol I del llibre segon, que és el dedicat als mitjans de prova, recull el que podríem anomenar les noves tecnologies però no fa una definició tan ample sinó que parla de mitjans de “reproducció de la paraula, el so i la imatge i dels instruments que permetin arxivar i conèixer dades rellevants pel procés”.

Per tant, aquesta regulació dóna cabuda a la possibilitat d'aportar enregistraments de cassettes, vídeos, CD, etc..., que permetin reproduir so i imatge, i bàsicament s'està pensant en els enregistraments de converses, o actuacions de les persones rellevants per un plet. Els articles 382 i 383 de la LEC 1/2000 determinen com s'han d'aportar i reproduir aquests mitjans tècnics. A l'hora de provar el dret estranger poc ens pot servir aquests mitjans, a no ser que enregistrem, per exemple, una conversa o una exposició d'un expert en el dret que vulguem provar, que no es pugui fer arribar per escrit i no pugui assistir a judici.

El que sí ens pot ser més pràctic són els instruments que es recullen en l'article 384 de la LEC 1/2000. Aquest article parla dels instruments que permeten arxivar, conèixer o reproduir dades rellevants pel procés. S'està pensant bàsicament en suports

---

<sup>627</sup> Recordar els casos de N., explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001, i el de ZC, l'annex 2 ref. 24-2/2004.

informàtics, com els ja desfasats disquets de tres i mig i, per tant, també els CD, els DVD i tots els formats nous que vagin sorgint. Tots ells són instruments que permeten arxivar, conèixer i reproduir dades. De fet, la inclusió d'aquests mitjans crec que es fa pensant en l'aportació al procés de dades econòmiques o comptables, ja que és evident que això era una necessitat tenint en compte que les comptabilitats de les empreses es porten totes ja en sistema informàtic. De fet, el propi article 384 diu literalment "instruments que permetin arxivar, conèixer o reproduir paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques portades a terme amb fins comptables o d'una altra classe".

De la redacció d'aquest article es desprèn que no només estan incloses els documents comptables, sinó que totes aquelles dades i paraules que estiguin contingudes en aquests instruments. Per tant, és evident que es pot aportar a judici un CD o un disquet que contingui la legislació d'un país estranger. La manera d'aportar aquesta prova s'ha de fer de tal forma que les altres parts i el tribunal puguin conèixer el seu contingut i fer al·legacions al respecte. Es pot acompanyar el CD o disquet d'una transcripció escrita del seu contingut o de les paraules que siguin rellevants pel cas. Per tant, no és imprescindible acompanyar una transcripció escrita, però si s'aporta tampoc és imprescindible que sigui una transcripció de tot el seu contingut, sinó només d'aquella part que sigui imprescindible pel text.

Aquests mitjans de prova poden ser molt útils, doncs, en l'aportació del dret estranger al procés i la jurisprudència hauria també de recolzar aquesta possibilitat més que insistir en la pràctica dels dos juriconsults.

L'únic requisit a controlar en aquest cas és l'autenticitat de la font, però això no és tan complicat. Si el CD ha estat facilitat pel propi consolat o ambaixada, només cal que personal competent en certifiqui el seu contingut o enregistrament a l'estil utilitzat per donar validesa a les còpies dels CD utilitzats per enregistrar els actes de judici, vistes i demés que introdueix precisament aquesta mateixa LEC.

Si la informació s'ha enregistrarat d'una pàgina web, només caldria que el secretari judicial certifiqui l'existència d'aquesta pàgina i l'organisme al que pertany i que el contingut que s'ha aportat imprès s'obté de l'esmentada pàgina. El valor que se li doni a aquesta pàgina queda a valoració del propi jutjat o tribunal. Per exemple, es demana l'aplicació del Codi d'Estatut Personal marroquí pel que fa a les normes sobre guarda i custòdia dels fills menors d'edat i s'aporta amb certificació consular el text

---

<sup>628</sup> *La Mudawana. El nou Codi de Família marroquí (2004)*. Grup d'advocats joves i la Comissió de dones advocades de l'ICAB. Editorial Mediterrània. 2005 (recull la versió catalana i l'àrab).

concret d'aquest codi amb traducció del mateix i després s'aporta un article doctrinal traduït a l'espanyol d'un professor universitari que parla de l'aplicació d'aquests articles en concret del codi de família i fa un comentari de sentències marroquines al respecte, i aquest article s'ha obtingut a través d'una revista jurídica que es publica a la pàgina web d'una Universitat del Marroc, aquest hauria de servir per provar la vigència i aplicació del dret que s'invoca. El secretari judicial podria certificar connectant-se a l'esmentada pàgina, que aquesta pàgina web existeix, que allà apareix que és de la Universitat corresponent i que l'article que s'aporta s'obté d'aquesta pàgina web. Posteriorment el jutge o tribunal valorarien si els mereix prou credibilitat o no, però quedaria provada la font d'origen i es podria acreditar al dret estranger a un baix cost per les parts.

Millor encara seria, com ja he apuntat, l'existència d'un centre oficial on hi hagués un fons de lleis estrangeres reconegut per les autoritats judicials i al que poguessin tenir accés tots els operadors jurídics, inclosos els advocats de les parts i al qual s'accedís per via telemàtica, potser fins i tot essent necessari un certificat electrònic. Aquest sistema donaria la seguretat buscada de la font i un accés a cost raonable per totes les parts litiguin o no d'ofici. Aquesta idea no és nova sinó que ja es va apuntar en una resolució del Consell d'Europa de 26-09-1973<sup>629</sup>, per la qual cosa ara només cal dur-la a la pràctica. Cal recordar que molts litigants que recorren a un advocat privat en molts casos la seva economia personal no els permet gaires costos extres i sovint, fins i tot, paguen l'advocat a terminis.

### **B. El moment processal oportú per a la prova del dret estranger i la preclusió de la fase probatòria en els litigis de família a partir de la LEC 1/2000.**

Hem vist que la major part dels mitjans de prova amb els que acreditar el dret estranger es poden reduir a la presentació de documents, dictàmens, informes. En aquest sentit, la LEC 1/2000 és força clara.

En el seu article 265 és diu clarament que amb la demanda o amb la seva contestació s'han d'adjuntar tots els documents probatoris en el que es fonamentin les peticions de les parts, des dels documents, fins els dictàmens pericials passant pels informes i també els mitjans que es continguin en els nous suports tècnics.

---

<sup>629</sup> Ministerio de Justicia. *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*. Madrid 1992. Citat a MARÍN LÓPEZ, ANTONIO: *La prueba de la ley extranjera en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado, pàg. 168-175.) EDIPr T I 2001.

Per tant la norma primordial és que amb la demanda o en la contestació s'han d'adjuntar tota la prova de què es disposi. Només s'excepciona aquest requisit en els casos de dictàmens pericials quan la part que el demana és titular del dret d'assistència jurídica gratuïta, ja que llavors no li cal aportar-lo sinó simplement anunciar-ho i quan aquests documents i mitjans de prova no es disposin en el moment de plantejar la demanda i així es manifesta amb aquesta o la seva contestació i s'indiquen els arxius, protocols, etc...

Després de la presentació de la demanda o la seva contestació la presentació de documents i mitjans de prova està força limitada per la LEC 1/2000 que només ho permet en els casos taxats de l'article 270.

Davant d'aquesta constatació hem de tenir molt present que tota la prova amb dret estranger l'hem d'aportar amb la demanda o amb la contestació. De fet, si es planteja la demanda o la contestació de manera acurada els advocats de les parts han de tenir coneixement del dret estranger que es pretén aplicar o no aplicar. El problema rau, bàsicament, en com plasmar aquells coneixements que com a professionals del dret puguem haver obtingut de l'estudi del dret estranger, com per exemple lectura de llibres, articles en revistes, assistència a conferències i/o jornades en mitjans de prova que serveixin en un judici.

En l'àmbit dels procediments de família on intervinguin magribins, cal primer tenir present que aquests regint-se a tots els efectes per la llei processal espanyola es ventilaran en la majoria de casos pels tràmits del judici verbal amb les especificitats que la LEC 1/2000 introdueix en el títol I del Llibre IV.

Donat que es tracta de procediments referits a un matèria que en la majoria dels casos queda fora de la lliure disposició de les parts també es contenen regles especials en quan a la prova, regles que van referides bàsicament a la més lliure capacitat de valoració per part del jutge o tribunal de la prova practicada sobretot en el que fa referència a les matèries sobre les que les parts no poden disposar lliurement. En aquest punt és força rellevant que es determina que amb independència del que les parts i el Ministeri Fiscal proposin com a prova, el jutge o tribunal pot decretar d'ofici totes les que consideri oportunes.

Amb aquesta precisió sense dubte referida a qüestions de no lliure disposició de les parts, posada però en relació amb l'establert a l'article 281 i 282 de la mateixa LEC, és evident que el jutge i tribunal té les mans lliures per demanar tota la prova que vulgui



respecte del dret estranger al·legat per les parts però no suficientment provat al seu criteri.

El fet que la majoria de litigis de família es ventilin pels tràmits del judici verbal amb especificitats, fa que no existeixi el tràmit d'audiència prèvia i que, per tant, la prova encara més s'hagin d'aportar amb la demanda o ja a l'acta del judici si és la part demandada i no ha tingut tampoc tràmit de contestació a la demanda com passa en els procediments celebrats a l'empara de l'article 771 i/o 773 de la LEC 1/2000.

En els procediments que es presenten a l'empara de l'article 770 de la LEC 1/2000 amb la demanda s'ha d'adjuntar la prova que es vulgui fer valer amb les limitacions que fixa la mateixa LEC 1/2000 per a l'aportació de documents i altres mitjans de prova amb posterioritat. Per tant, juntament amb la demanda haurem de presentar els documents que tinguem relatius al dret estranger i si no estan en cap de les llengües oficials, aportar-los traduïts. Igualment, aquells que estiguin continguts en mitjans tècnics nous (CD, internet, etc...). També els dictàmens pericials d'experts si els tenim i si la part litiga d'ofici anunciar que vol que es practiqui aquesta prova. Però donat la manca de llistes d'experts en matèria de dret estranger ja he comentat que la pràctica d'un pericial estricte a realitzar per nomenament judicial no és possible. Si no es disposa de cap d'aquests mitjans que provin el dret estranger hauríem d'esperar a presentar la demanda. Ara bé, si el que passa és que necessitem la col·laboració judicial per arribar a més informació que no hem pogut obtenir i que el jutge o tribunal pot demanar, per exemple, a l'empara de mecanismes existents en convenis bilaterals o multilaterals, crec que s'ha d'anunciar aquesta petició al tribunal ja sigui amb la demanda o amb la contestació si és que n'hi ha o ja en l'acta de la vista si és que no hi ha tràmit de contestació.

La petició d'informació per part del jutjat o tribunal sobre el dret estranger pot allargar la resolució del procediment i, per tant, entenc que aquesta mesura és perfectament practicable en els procediments de l'article 770, quan en principi no hi ha una necessitat urgent, però no és admissible que per a la pràctica d'aquestes proves es demori l'adopció de mesures urgents respecte sobretot dels fills ja siguin prèvies a la demanda de conformitat amb l'article 771 de la LEC 1/2000 o coetànies a la mateixa de conformitat amb l'article 773 de la mateixa LEC.

Pel mateix principi d'urgència i necessitat a vegades es podrà fonamentar les mesures prèvies sense una prova exhaustiva del dret estranger si l'obtenció d'aquesta fa allargar la presentació d'una demanda i, en conseqüència, l'adopció d'unes mesures en

relació als fills, domicili conjugal, etc... En aquest sentit, la pràctica habitual de resoldre aquestes mesures urgents a l'empara de l'article 158 CC quan hi ha menors, és una solució que pot ser criticable des d'una postura molt estricta en l'aplicació de les normes del Dret Internacional Privat i de la prova del dret estranger però sense dubte és una solució adequada a la justícia del cas concret. Cal però que el fonament últim del recurs a aquest article sigui realment la salvaguarda dels drets dels menors i no el recurs per no entrar a analitzar amb deteniment el procediment amb element d'estrangeria que es presenta.

És important intentar provar el dret estranger dins del termini processal conferit a l'efecte i demanar auxili judicial per a l'obtenció de prova del dret estranger que es vol acreditar i no s'ha pogut. Si el jutge o tribunal no admet la prova sol·licitada, cal recórrer contra la seva inadmissió, malgrat que el resultat en reposició no variï perquè d'aquesta manera s'està fent tot el possible per provar el dret estranger i sinó no s'aconsegueix i el jutge o tribunal no ha acordat cap pràctica de prova complementària malgrat haver-se demanat, s'haurà llavors d'aplicar dret espanyol a tots els efectes no podent desestimar la demanda, ja que aquesta desestimació després a més de tot l'esforç probatori fet sense èxit, suposaria una vulneració del dret a la tutela judicial efectiva.

### **C. Poca utilització de la capacitat d'actuació de l'òrgan jurisdiccional en detriment dels justiciables.**

La nova regulació en matèria de prova del dret estranger continguda a la LEC 1/2000 podríem dir que és tant oberta que no concreta de fet a qui li correspon la càrrega de la prova i, en conseqüència, quina és la activitat probatòria que es demanda al jutge i a les parts.

En aquest estat de situació i malgrat les discussions doctrinals i a la vista de la regulació de la LEC 1/2000, el dret estranger el que podem concloure clarament és que el dret estranger es considera encara que és objecte de prova. Que la càrrega d'aquesta prova correspon a les parts es pot despendre de l'article 282 de l'esmentada LEC 1/2000. Aquest article diu literalment que les proves s'han de practicar a instància de part. El jutges poden demanar certes proves d'ofici i ja hem vist que poques vegades ho fan.

Si el jutge no practica aquesta prova d'ofici després que, fins i tot, una de les parts hagi demanat col·laboració al tribunal en aquest <sup>630</sup> entenc que l'únic que es pot fer és recórrer contra la inadmissió d'aquesta prova (article 285 de la LEC 1/2000) i després sobre aquesta base si desestima la reposició insistir en la segona instància.

El que queda clar és que el dret estranger cal provar-lo. Així es desprèn clarament de la redacció de l'article 281. 2 de la LEC 1/2000, que ja hem detallat i comentat. En aquest sentit, hi ha unanimitat entre els diferents autors. Sense precisar si és una qüestió de dret o de fet, com tradicionalment es feia, queda clar que cal provar la vigència i el contingut d'aquest dret <sup>631</sup>La redacció de l'article 282 de la LEC 1/2000 ha canviat lleugerament de la continguda en l'article 12.6 del CC i això ens fa replantejar quin és el paper actiu del jutge i, en conseqüència, quina és la càrrega que correspon a les parts.

Aquesta amplitud o inconcreció de la legislació ha fet que des de la doctrina s'analitzi detingudament les possibilitats que dóna la nova normativa . Així, hi ha autors optimistes que creuen que aquesta nova redacció dóna la possibilitat a un canvi real en l'aplicació del dret estranger a Espanya <sup>632</sup>; en canvi d'altres es manifesten molt crítics amb la nova redacció i consideren que res ha canviat en el fons<sup>633</sup>. La realitat és que la regulació anterior també era molt minsa i que havia estat la jurisprudència la que havia anat precisant la mateixa amb requisits rígids i amb la idea clara de la complementarietat de l'actitud probatòria del jutge.<sup>634</sup> La pràctica d'aquesta mateixa jurisprudència ha tendit després de l'entrada en vigor de la LEC 1/2000 a mantenir aquests criteris. Ho hem pogut constatar a títol d'exemple en els casos del matrimoni de colombians i en la SAP de Castelló de 21 de gener de 2004.<sup>635</sup> Per tant l'optimisme de

---

<sup>630</sup> És el que va passar en el cas dels colombians, explicat a l'annex 2 ref. COLOMBIA.

<sup>631</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*; MARÍN LÓPEZ, ANTONIO: *La prueba de la ley extranjera en la nueva ley de enjuiciamiento civil*; PÉREZ VOITURIEZ, ANTONIO: *La nueva ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del derecho extranjero*. Tots tres articles a Anuario de Derecho Internacional Privado. EDIPr T I 2001.

<sup>632</sup> PÉREZ VOITURIEZ, ANTONIO: *La nueva ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del derecho extranjero*. Anuario de Derecho Internacional Privado. EDIPr T I 2001.

<sup>633</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. EDIPr T I 2001.

<sup>634</sup> A títol d'exemple STS 13-12-2000 (AZ RJ 2000/10439) que dóna per bona l'actuació del tribunal inferior: *En el presente caso, el Tribunal de apelación ha decidido, con acierto, que no le incumbía proceder de oficio a la averiguación de las normas de derecho extranjero con arreglo a las cuales debería resolverse la controversia suscitada, pues ello equivaldría a suplir la total inactividad de la parte actora al respecto. También en el mateix sentit STS 9-02-1999(AZ RJ 1999/1054). També SAP GIRONA (SECCIÓ 2ª) 293/2002 de 27/05/2002 (AZ JUR 2002/175582).*

<sup>635</sup> Comentada a la pàg. 463-467. Az. 2004/452

Pérez Voiturez<sup>636</sup> ha quedat una mica superat i s'han consolidat la seva visió menys optimista ja que la jurisprudència ha considerat en termes generals els nous articles com una versió més simplificada del que recollia la legislació anterior i ha continuat mantenint els mateixos criteris, amb algunes lloables excepcions.

Potser és cert que cal més temps d'aplicació de la nova normativa per anar configurant un canvi real en la manera d'entendre la prova del dret estranger, però també cal un canvi de mentalitat de tots els operadors jurídics des dels jutges, però també fiscals i advocats.

Una part de la doctrina<sup>637</sup> ha apuntat una nova teoria sobre la càrrega de la prova del dret estranger. Afirma que cap de les dues parts ha d'al·legar dret estranger perquè aquest ve determinat imperativament per la norma de conflicte i, per tant, és el jutge que en aplicació d'aquesta norma imperativa indicarà quin és el dret a aplicar. Les parts a les que els interessi aquest dret són les obligades a provar-lo, sinó se'ls desestimarà la demanda. Per tant, el jutge pot imposar la prova d'una llei estrangera a les parts, però no cal que col·labori en la seva prova. Recolzant aquesta postura s'esmenten les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15-09-1998 i de 6-04-2000 ja comentades<sup>638</sup> Alguns defensors d'aquesta teoria l'exceptuarien en només en alguns casos entre els que estan els processos matrimonials on llavors el jutge sí que hauria d'intervenir per suplir la deficiència de prova de les parts<sup>639</sup>

Entenc que aquesta postura en els nous temps que corren és massa rigorista i que la imperativitat de la norma de conflicte no implica en cap cas la definitiva aplicació a la realitat del dret estranger, perquè el propi sistema de Dret Internacional Privat preveu mecanismes d'excepció com la vulneració de l'ordre públic.

L'al·legació del dret estranger l'han de fer les parts, però el jutge pot intervenir d'ofici en la seva prova. Aquest sistema mixt força adequat és utilitzat per altres ordenaments jurídics, mentre que hi ha d'altres que traslladen tota l'aplicació del dret estranger al jutges que l'ha aplicar d'ofici, ja que el dret estranger es continua considerant dret, malgrat que sigui dictat per un altre estat. Això, evidentment, afavoreix l'aplicació del dret estranger sigui quina sigui la capacitat probatòria de les parts i evita

---

<sup>636</sup> PÉREZ VOITURIEZ, ANTONIO: *La nueva ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del derecho extranjero*.

<sup>637</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Problemas para probar Derecho extranjero de procedimientos judiciales españoles*. Iuris, núm.98 – abril 2005.

<sup>638</sup> Cal recordar les sentències de 15-09-1998 en el cas de Be. (explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995) AZ 1998/1564 i en el cas del matrimoni de xinesos 1998/1948. La sentència de 6-04-2000 Az 2000/1088.

<sup>639</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Problemas para probar Derecho extranjero de procedimientos judiciales españoles*. Iuris, núm.98 – abril 2005.

desigualtats en el cas de parts que puguin acreditar per disposar de més mitjans el dret forà, davant d'altres que no han pogut accedir a aquesta prova per manca de mitjans, però també ho deixa tot a la interpretació del jutge. Per tant, aquest sistema d'aplicació exclusiva del d'ofici del dret estranger hauria d'anar lligat amb un bon sistema de coneixement de la llei estrangera per part dels jutges a través de convenis internacionals tendents a facilitar aquest coneixement o per l'emissió d'informes i dictàmens facilitats per la pròpia administració de justícia als que les parts també tinguessin accés. Però fins i tot en casos com aquest el coneixement de les parts sobre el dret estranger a l'hora de plantejar la demanda ha de ser clar i necessari per tal de formular adequadament les seves posicions i demandes.

La nova normativa continguda en la LEC 1/2000 segueix aquest sistema mixt de la prova del dret estranger i tot i mantenint la necessitat d'activitat probatòria de les parts introdueix la participació activa del jutge no limitada a una complementarietat i això és així perquè la nova LEC introdueix aquesta idea amb caràcter general per a tota la prova i no només per a la prova del dret estranger que en aquest sentit no té cap normativa especial.

Això vol dir més implicació del jutge en la prova del dret estranger, però no vol dir que les parts i els seus advocats hagin ara d'abandonar tota activitat probatòria perquè la LEC 1/2000 continua dient que les proves s'han de practicar a instància de part. Per tant, el que cal ara, per part de tots els operadors jurídics, és la necessitat de prendre's seriosament la possibilitat d'aplicació del dret estranger i no buscar l'aplicació del dret espanyol per pura comoditat, alhora que aquesta prova s'ha de fer de manera oberta i flexible i amb voluntat innovadora aprofitant tots els mitjans de prova possibles, fins i tot els nous mitjans tècnics als que la nova LEC dóna cabuda.

Alguna jurisprudència recent, sembla que s'ha començat a prendre seriosament aquesta capacitat i reclama una major implicació dels jutges. La sentència més paradigmàtica en aquest sentit és la de l'Audiència Provincial de Girona de 7-06-2004<sup>640</sup> que retorna les actuacions a primera instància per a què es realitzi aquesta intervenció jurisdiccional en la prova del dret estranger. A més aquesta mateixa sentència introdueix criteris realistes i valora per exemple l'ajut que necessita la part que al·lega el dret estranger perquè litiga d'ofici i perquè malgrat això ja ha aportat un principi de prova.

*Ahora bien, sentado lo anterior, cabe decir que la consecuencia de todo ello viene a ser una desestimación de demanda que, por ello mismo, va a dejar imprejuizadas cuestiones afectantes a los menores, así como a la propia recurrente ( Sra. Beatriz ), comportando a su vez el fin de las medidas provisionales en su día acordadas, con los posibles perjuicios que de ello puedan derivarse partiendo, entre otros extremos, que el hoy apelado fue condenado en sentencia penal por violencia doméstica. De ahí que la Sala entienda que la pretensión también formulada por la apelante, relativa a que el juzgador de instancia pudo valerse también de los medios de averiguación que estimara necesarios para resolver sus dudas sobre el derecho invocado por la demandante ( ex. art. 281.2 citado ) deba ser objeto de acogimiento. En efecto, no nos encontramos ante un actor totalmente pasivo, sino que la parte aportó con su demanda copia de la normativa de divorcio aplicable en Marruecos certificada por el Consejero Social de la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid. Y debe tenerse presente aquí, a efectos de exigir una mayor o más diligente actividad de parte, que la Sra. Beatriz litiga con el beneficio de justicia gratuita, lo que limita igualmente en parte sus facultades de actuación en orden a una más correcta acreditación del derecho marroquí. Por ello, aunque formalmente pueda sostenerse, como se ha hecho en la instancia, que " no se entiende suficientemente acreditada, a los efectos de resolución del presente juicio, no tanto el contenido de la ley aplicable, como su vigencia, aplicabilidad y extensión, que no vienen certificados por ninguna autoridad conocida ", esa actuación de oficio que el precepto invocado faculta en orden a la correcta aplicación del derecho extranjero pudo, y debió, en el caso presente, extenderse a la mera confirmación de lo que era simple duda en el juzgador ( vigencia y extensión del derecho que se certificaba ), posibilitando así una auténtica tutela judicial efectiva a cuyo aseguramiento, de forma general, y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, deben tender las resoluciones judiciales. La mayor laxitud en la interpretación de la norma que, para el caso presente, se propone, viene facilitada, por lo demás, por la libertad probatoria que, aún de oficio, se establece para los procedimientos matrimoniales, atendidos los intereses que se dirimen en este tipo de procesos cuando de materias indisponibles por las partes se refiere. En concreto, cuando en el art. 752 LEC viene a establecerse, en relación a los hechos objeto de debate, que : " Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime oportunas". En definitiva, debe aquí tenderse a una interpretación no restrictiva de la normativa aplicable atendidos los intereses en juego. Es más, si, como se recoge en la sentencia de instancia, hubo una inicial insuficiencia en cuanto a la acreditación de estar vigente el derecho marroquí certificado en autos, tal vez pudo haberse concedido, incluso, un plazo a la demandante para subsanar lo que no derivaba de una inactividad de parte, sino de una mera duda surgida a la vista del*

---

<sup>640</sup> SAP GIRONA 211/2004 (AZ JUR 2004/216585). Veure també però la SAP BALEARS (SECCIÓ 5ª) 549/2002 de 9-10-2002 (AZ JUR 2003/28857). Menys determinant però es la SAP MÁLAGA 11/09/2002 NÚM 81/1999 (AZ JUR /27917).

*certificado acompañado con la demanda. Por todo ello, con mantenimiento de las medidas provisionales en su día acordadas, procede decretar la retroacción de actuaciones también interesada por la recurrente. Dado que la hoy apelada ya entró a conocer en su contestación a la demanda, para oponerse, del fondo de los pedimentos formulados de adverso, practicándose por las partes en el acto de la vista las pruebas que tuvieron a bien para defender sus respectivas posturas, se entiende innecesario la anulación de tales trámites procesales si bien, y en aras a evitarles cualquier tipo de indefensión, una vez sean practicadas las diligencias que el juzgado estime oportunas para conocer del derecho marroquí aplicable al caso, deberá otorgarse a los litigantes la posibilidad de alegar por escrito lo que tengan por conveniente sobre el resultado de dicho actuar, previo a ser dictada sentencia definitiva.*

#### **D. La incidència en la pràctica diària de la doctrina del Tribunal Constitucional en la temàtica de la prova del dret estranger.**

El Tribunal Constitucional en diverses sentències dictades des de l'any 2000 ha vingut a determinar conceptes i criteris en l'àmbit de la prova del dret estranger, diferents dels tradicionals i emparant-se en el fet que aquesta matèria afecta al dret a la tutela judicial efectiva el control del qual sí és competència del Tribunal Constitucional.

La primera d'aquestes sentències, la 10/2000 de 17 de gener de 2000, fins i tot abans de l'entrada en vigor de la LEC 1/2000, exigia que el dret a la tutela judicial efectiva comportava la necessitat d'una actitud activa del jutge o tribunal en l'averiguació i prova del dret estranger, quan aquesta hagi estat al·legat per una de les parts i aquesta part hagi actuat de manera diligent i competent en l'obtenció de la prova d'aquest dret encara que el resultat d'aquesta prova no hagi estat del tot complet i exhaustiu.

L'esmentada sentència feia referència a un supòsit de necessitat d'aplicació del dret armeni per aplicació imperativa de la norma de conflicte continguda en l'article 107 del CC. La demandant era una dona armènia resident a Bilbao i el seu marit (el demandat) era també un ciutadà armeni resident igualment a Bilbao. En la demanda inicial l'actora ja exposava la gran dificultat de provar aquest dret estranger, en aquest cas l'armeni, i demanava, en conseqüència, que de conformitat amb l'article 24 de la Constitució en no ser possible l'acreditació d'aquest dret s'apliqués dret espanyol. Més endavant en el procediment la demandant demanava una ampliació de prova consistent en un exemplar del Codi Civil Rus de 1987, llavors vigent a Armènia i una traducció simple del mateix, en concret de la secció dedicada a la dissolució del matrimoni

indicant a més que no hi havia intèrpret privat de rus a Bilbao. Aquesta prova va ser admesa i declarada pertinent, però en la sentència el jutjat de primera instància no va considerar suficient la prova. En tràmit d'apel·lació la demandant va demanar com a prova que s'oficiés al Ministeri d'Afers Exteriors de la República d'Armènia perquè enviés traducció del Codi de Justícia pels ciutadans de la URSS de 1987 i que certifiqués que aquest codi estava en vigor a la república de Armènia i sinó fos així remetés la legislació vigent aplicable. Aquesta prova va ser admesa en segona instància. Evidentment, com acostuma a passar en aquests casos, arribat el dia de la vista no s'havia rebut encara cap informació, la recurrent demana la suspensió de la vista i llavors arriba resposta de la Subdirecció General de Cooperació Jurídica Internacional dient que la comissió rogatòria s'havia extraviat i, en conseqüència, es decidia continuar endavant amb la apel·lació per dictar finalment sentència, en la que literalment es deia:

*“Esta Sala ha realizado un esfuerzo para que se cumplimentase dicha prueba. El presente procedimiento se remitió a esta Sala el 27 de Octubre de 1995 y se han puesto por esta Sala todos los medios pertinentes para su realización y a pesar de ello no ha sido posible la realización de dicha prueba. En consecuencia procede confirmar por sus propios y acertados fundamentos jurídicos la sentencia de instancia, al desconocer esta Sala las normas del derecho extranjero aplicable”.*

El cúmul de dificultats per provar el dret estranger relatades en aquest cas passen sovint en els tribunals i, per tant, cal d'entrada tenir un criteri més ampli en l'admissió dels mitjans de prova, per exemple no exigint traduccions jurades i més en casos d'impossibilitat manifesta com el present. Aquest cas també posa de manifest la necessitat de determinar aplicable el dret espanyol després d'una prova tant difícil i que, malgrat tot, s'ha intentat.

El Tribunal Constitucional en aquesta sentència no entra en tots aquests punts però sí en valorar si la actuació dels òrgans jurisdiccionals ha estat la correcta respecte del compliment del dret a la tutela judicial efectiva, després d'haver demanat fins i tot la pràctica de prova complementària per part de la demandant i no haver esperat la pràctica de la mateixa. És en aquest context en què el Tribunal Constitucional considera que a la llum de l'anterior art. 12,6 del CC el jutge o tribunal hauria hagut de practicar proves complementaris i no ho va fer, sense que expliqués el perquè i, per tant, en aquest supòsit la desestimació de la demanda suposa una vulneració del dret a la tutela judicial efectiva, afegint altres autors que la no al·legació ni motivació per part del tribunal del



fet que no acordi la pràctica de la prova sol·licitada per acreditar el dret estranger, suposaria ja per si sola una vulneració del contingut essencial de l'article 24 de la Constitució, ja que la necessitat de la fonamentació de la resolució judicial és una dels seus continguts <sup>641</sup>

Aquesta sentència del Tribunal Constitucional malgrat no determinar si la desestimació de la demanda per manca de prova del dret estranger causa indefensió sí que entenc fixa el criteri de necessitat d'implicació del jutge i tribunal en la pràctica de la prova del dret estranger per evitar una vulneració del dret a la tutela judicial efectiva i, per tant, entenc que en base a la mateixa també abona una més amplia admissió dels mitjans de prova del dret estranger sense haver-se de determinar amb els criteris fixats per la jurisprudència des de ja fa més d'un segle.

El Tribunal Constitucional ha continuat en la seva precisió de la relació entre la manca de prova i el dret a la tutela judicial efectiva en la seva sentència 155/2001 de 2 de juliol.

En aquest cas, el supòsit de fet no fa referència a una qüestió de família sinó a una qüestió laboral en relació a contractes de treball on fins i tot es discutia si era aplicable la norma de conflicte fixada al CC o l'establert per a aquest tipus de contractes al Conveni de Roma de 19-06-1980, en vigor a espanya des del 1.09.1993. El recurs d'empara es presenta per considerar que en declarar desestimada la demanda per no acreditació i prova del dret estranger s'estava vulnerant el dret a la tutela judicial efectiva de les recurrents. A més, es donava el cas que qui havia invocat el dret estranger era l'advocat de l'estat en oposar-se a les pretensions de les recurrents sense portar-lo ni provar-lo i fent recaure tota la càrrega de la prova en la part que no l'havia al·legat. Malgrat això, la part demandant havia aportat als autos copia d'alguns articles de la llei laboral xinesa i la seva traducció jurada i la petició de certificació feta a l'ambaixada de la Xina a Madrid que encara no havia estat realitzada en el moment de l'aportació de la prova.

En aquesta situació la sentència del jutjat del social va decidir aplicar dret espanyol i estimar la demanda. Presentat recurs de suplicació el Tribunal Superior de Justícia estima el mateix i determina utilitzant el criteri totalment oposat que davant la manca de prova del dret estranger el que s'ha de fer és desestimar la demanda.

---

<sup>641</sup> M.V. CUARTERO RUBIO: *Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva*. Derecho Privado y Constitución núm 14. 2000. Citat també ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *La aplicación judicial del derecho Extranjero bajo la lupa constitucional*. REDI vol LIV (2002) 1.

De nou en aquesta actitud dels tribunals veiem la poca voluntat d'admetre mitjans de prova acreditatius del dret estranger més enllà dels tradicionals (traduccions jurades i dictàmens de jurisconsults). En la seva fonamentació del recurs d'empara la part recurrent si que posava de manifest aquest fet com a punt fonamental de la vulneració del dret a la tutela judicial efectiva en afirmar *“no se puede requerir que pague el coste de la traducción jurada de la totalidad de una Ley china de ciento siete artículos, ni la aportación de los informes debidamente legalizados, de dos jurisconsultos chinos que, además, acudan a nuestro país a ratificar su contenido, así como la acreditación de la jurisprudencia china existente al respecto, calificando el caso de autos como de prueba diabólica”* i per contra el Ministeri Fiscal afirmava que la impossibilitat de prova no s'ha de referir a mitjans econòmics sinó a impossibilitat física.

De nou el Tribunal Constitucional no entra en aquesta qüestió, que sí entenc que és una qüestió de vital importància ara que els litigis amb elements estrangers i la necessitat de prova de dret estranger ja no va referida només a les classes benestants sinó a tota la població. Per tant, en aquest nou context social la tesis del Ministeri Fiscal és del tot inadmissible. Portant aquest raonament a l'extrem tampoc seria necessària l'existència del dret a l'assistència jurídica gratuïta. Per altre banda, cal també tenir present que el contingut material d'aquest dret a l'assistència jurídica gratuïta no contempla de manera concreta incloure el cost econòmic de la pràctica de la prova del dret estranger. És evident, doncs, que el propi ordenament jurídic té elements per compensar la diferència de poder econòmic a l'hora d'accedir als tribunals, posant de manifest que malauradament la capacitat econòmica de les parts en un litigi és de vital importància. Per tant, mantenir la tesi del Ministeri Fiscal abocaria a la conclusió que només podrien provar el dret estranger aquells litigants que tinguessin capacitat econòmica suficient per fer-ho amb una clara vulneració del dret a la tutela judicial efectiva i, fins i tot, el principi d'igualtat.

El Tribunal Constitucional en aquesta sentència torna a posar èmfasi en el dret a la tutela judicial efectiva i la necessitat de raonament i fonamentació de les resolucions judicials per tal que respectin aquest dret. En conseqüència, estima el recurs d'empara no perquè la prova exigida hagi estat una prova diabòlica o perquè el que cal fer en aquest casos és aplicar dret espanyol, sinó perquè en mantenir la teoria de desestimació de la demanda, calia una més gran fonamentació de la resolució judicial:

*En el supuesto enjuiciado lo cierto es que el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la «ratio decidendi» de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez «a quo», sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de 10a deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige. De suerte que, en tanto que la resolución judicial recurrida se aparte de esa jurisprudencia y de la consideración que se acaba de exponer, no resulta irrazonable exigirle un plus de motivación justificativo del cambio de criterio y de la privación de un derecho por todos reconocido, extremos que aparecen tan sólo sustentados en una interpretación carente de la necesaria motivación, que no hace sino manifestar que la decisión judicial obedece a un mero voluntarismo selectivo del juzgador (por todas, SSTC 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997\58], F. 2; 69/1998, de 30 de marzo [RTC 1998\69], F. 2; 180/1998, de 17 de septiembre, F. 3; 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2; 100/1999, de 31 de mayo, F. 2; 165/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\165], F. 3; y 10/2000, de 17 de enero [RTC 2000\10], F. 2). En consecuencia hay que concluir apreciando la vulneración del derecho fundamental de las actoras a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), lo cual conduce a la estimación del presente recurso de amparo.*

Amb aquesta resolució el Tribunal Constitucional continua sense clarificar la seva postura que sembla contrària a la desestimació de la demanda per manca de prova del dret estranger, però sense acabar-ho de concretar, ja que com molt bé assenyala ÁLVAREZ GONZÁLEZ <sup>642</sup>la primera sentència es referia a un cas molt concret i la segona sentència utilitzava un argument molt genèric que és la falta de motivació.

La sentència del Tribunal Constitucional 33/2002 de 11 de febrer també en un litigi laboral, torna a admetre el recurs d'empara en desestimar la demanda per manca d'acreditació del dret estranger sense haver recorregut a la aplicació subsidiària del dret

---

<sup>642</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO: *El alcance de la reforma de la ley de enjuiciamiento civil en el derecho internacional privado: presentación general*. Anuario de Derecho Internacional Privado) EDIPr T I 2001.

espanyol, però l'argumentació del Tribunal Constitucional tampoc és molt clara en aquest sentit:

*Pues bien, trasladando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, procede declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo, en la medida en que, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia, interpusieron un óbice inexistente que impidió de forma no razonable la adopción de una resolución sobre el fondo de la pretensión. En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la «lex fori», es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero [RCL 2000\34 y 962 y RCL 2001, 1892], de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000, de 31 de enero, F. 2). En consecuencia no cabe más que concluir que ambas resoluciones judiciales lesionaron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente en amparo.*

La STC barreja els conceptes de desestimació i inadmissió de la demanda i l'únic que sembla més clar és que determina que amb aquest criteri i no el de l'aplicació de la *lex fori* el que s'està fent és negar una resposta sobre el fons de la qüestió i, en conseqüència, resulta lesionat el dret a la tutela judicial efectiva. Potser és cert que aquesta manca de precisió, com afirma ÁLVAREZ GONZÁLEZ, afavoreix l'aparició del vot particular a l'esmentada sentència per part del Magistrat Vicente Conde Martín, però també és cert que la prova del dret estranger i la manera de fer-se i les conseqüències de la mateixa tenen implicació en el dret a la tutela judicial efectiva i que una posició del tribunal era necessària i en aquest sentit celebren la sentència del Tribunal Constitucional que sense dubte podria ser millor.

El vot particular potser sí que d'una manera més coherent no fa altra cosa que mantenir des del meu punt de vista una postura rigorista de la prova del dret estranger, considerant-la una qüestió de justícia ordinària. Per això considero encertades algunes valoracions que sobre el mateix fa *ÁLVAREZ GONZÁLEZ*.

Afirma el vot particular que les qüestions relatives a l'aplicació de l'article 1.6 del CC avui 281 de la LEC 1/2000 són una qüestió de simple legalitat ordinària que correspon al Tribunal Suprem. Evidentment, podríem compartir a priori aquesta idea per quan la interpretació d'aquestes articles no és una matèria constitucional, però si filem més prim veiem que la interpretació que es faci dels mateixos, l'exigència desmesurada o no de prova i les conseqüències d'aquesta manca de prova poden provocar casos de denegació de justícia i llavors sí que estarem dins del camp d'empara del Tribunal Constitucional.

La qüestió fonamental sembla que és destriar si la manca d'acreditació del dret estranger dóna lloc a la desestimació de la demanda o a la inadmissió de la mateixa. El Tribunal Constitucional en aquest punt no clarifica i el vot particular sí que ho fa encara que no de la manera més adequada. En aquest vot particular es considera que el que és produeix és una desestimació de la demanda. Per tant, s'emet una resolució sobre el fons i, en conseqüència, malgrat que no s'estimi la petició de l'actora no hi ha vulneració del dret a la tutela judicial efectiva.

En aquest punt comparteixo la idea que quan s'està desestimant la demanda en base a la no acreditació del dret estranger el que de fet s'està fent és valorar jurídicament el comportament processal de la part, no el fons de la qüestió. Potser és difícil determinar si es tracta d'una desestimació o d'una inadmissió però el cert és que la sentència en aquest sentit no resol el fons de la qüestió plantejada. Encara que es pugui arribar a la conclusió que es pot valorar jurídicament el comportament processal de les parts sense que això sigui vulnerar el dret a la tutela judicial efectiva, el cert és que les conseqüències de desestimació de les pretensions són sovint massa dràstiques quan la prova del dret estranger s'ha intentat i el que es demana és una prova pràcticament impossible a les parts basada en principis tradicionals clarament desfasats en els nostres dies. En canvi, no se li demana al jutge o al tribunal la mateixa cura extrema en la prova del dret estranger fins i tot en casos molt difícils. El supòsit de la STC 10/2000 lluny de semblar exagerat és el que es produeix habitualment, per la qual cosa no puc compartir la idea del vot particular quan afirma *“ni parece tampoco que la prueba de esta legislación por una ciudadana inglesa pueda tener ninguna dificultad*

*especial, hasta el punto de que la práctica de esta prueba pueda situarla en una posición de indefensión”.*

Per altra banda, el supòsit de fons no es tracta d'un tema matrimonial o familiar amb normes que escapen a la disposició de les parts, sinó d'una contractació laboral amb clàusules que pacten les parts o que imposen les empreses. Per tant, no es tracta de nou d'esquivar l'aplicació de la norma de conflicte, tenint en compte a més que és una matèria on l'autonomia de la voluntat és possible. Tampoc comparteixo la idea que estableix el vot particular de què el que fa el demandat és al·legar la norma de conflicte i no el dret estranger i que, per tant, a aquest demandat no se li pot demanar la prova d'aquest dret. Si es dóna per bona aquesta idea resultaria que quan es digui que la norma de conflicte porta a la aplicació del dret estranger no s'està al·legant de fet el dret estranger i, per tant, si fos el mateix actor que fes aquest raonament tampoc se li podria imposar la càrrega de la prova d'aquest dret perquè de fet no l'al·lega sinó que al·lega la norma de conflicte aplicable. És evident, doncs, que aquest raonament portat a l'extrem condueix a l'absurditat. Per altra banda, tampoc és coherent que a l'actora se li exigeixi la prova d'un dret que considera que no és aplicable i, en canvi, a la demandada que considera que aquest dret estranger és l'aplicable no se li demani cap prova. Diferent potser la situació quan alguna de les parts o totes dues prescindixen de l'element d'estrangeria existent en el plet i fonamenten les seves pretensions únicament sobre dret espanyol sense ni tan sols plantejar-se la possibilitat de la necessitat d'aplicació d'una norma estrangera.

Comparteixo la idea de què la falta d'acreditació del dret estranger no és un fet constitutiu de la pretensió de la part. El dret estranger s'ha de provar però no és un fet. El nou redactat sobre prova del dret estranger contingut a l'article 281 de la LEC 1/2000 exclou expressament referir-se al dret estranger com a simple fet. El dret estranger pot ser desconegut per les parts i el jutge, potser que no li sigui aplicable el principi de *iura novit curia*” i per això cal provar-lo, però continua sent un dret, per la qual cosa les conseqüències de la seva no-prova no poden ser sense més la desestimació o inadmissió de la demanda en tots els casos i sense més. Si es vol podem entrar a valorar l'actitud processal de les parts i atribuir-li conseqüències jurídiques, però no derivar sempre i en tots els casos a la desestimació de la demanda.

Crec que la intervenció del tribunal Constitucional en el tema de prova del dret estranger no és desencertada donat la situació actual. No existeix cap normativa concreta i, per tant, múltiples criteris són possibles, però el cert és que aquest múltiples

critèris poden vulnerar el dret a la tutela judicial efectiva i no només per la desestimació o indamissió de la demanda sinó per les proves impossibles o molt complicades que es demanen o es poden demanar per part dels tribunals i jutges per aplicar el dret estranger, mentre els òrgans jurisdiccionals no fan cap activitat encaminada a provar-lo.

Han estat poques les sentències del TC, però si més no en el partit judicial de referència si que es podria concloure que han incidit en el sentit que els jutjats es decanten cada cop més per l'aplicació del dret espanyol en casos de no-prova del dret estranger, sigui quin sigui el supòsit de partida, al·legació o no al·legació per part de les parts i sigui quina sigui la activitat feta pels litigants en aquest sentit. Potser el canvi de postura de la Audiència Provincial de Barcelona, també ha influït en el fet que tribunals que abans desestimaven les demandes ara apliquin dret espanyol i això sense dubte ha afavorit la justícia del cas concret. Ara bé, aquestes sentències del TC no han servit per sensibilitzar als tribunals ordinaris de la necessitat de què siguin ells també els que s'impliquin en aquesta prova del dret estranger, ni a ser oberts a proves flexibles del dret estranger.<sup>643</sup>

Davant d'aquesta situació potser cal pensar les possibles conseqüències en funció dels casos i proposar una resposta legislativa que doni seguretat jurídica. En aquest sentit, cal recordar la petició formulada pel Defensor del Poble, que va motivar el canvi de redactat de l'article 107 del CC. Aquest canvi legislatiu era una bona oportunitat, però es va quedar a nivell de llei aplicable, i aquest no era, ni és l'únic problema. En la majoria de casos semblants al que va arribar al Defensor del Poble el problema de fons no era que s'hagués d'aplicar la llei nacional, sinó que aquesta llei nacional no es provava ni per aplicar-la, ni per excloure-la la seva aplicació en base a l'excepció d'ordre públic, donant lloc en molts casos a la desestimació de la demanda. La nova redacció de l'article 107 del CC no exclou definitivament el problema perquè no determina que la llei aplicable a les separacions i divorcis de estrangers residents a Espanya és el dret espanyol, sinó que introdueix una clàusula especial d'ordre públic que si *filem prim* no exclou la necessitat de prova del dret estranger per determinar precisament si aquest és realment contrari al nostre ordre públic o no. Per tant, el problema de fons continuarà, ja que en molts casos el problema continua sent les

---

<sup>643</sup> Veure SAP Castellón Sección 2ª de 7-04-2005. REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA núm. 29. Octubre –diciembre 2005, (AZ JUR 2005/132544) ED 2005/63440 ja comentada i referenciada a la nota 597. Aquesta sentència continua mantenint la desestimació de la demanda i per salvar la possible afectació del dret a la tutela judicial efectiva argumenta que no s'impedeix la presentació d'un nou plet.

exigències de prova del dret estranger i sobre aquest punt no ha incidit en absolut la reforma legislativa.

**E. La incidència en la resolució del cas concret dels diferents criteris que determinen les conseqüències de no haver-se provat el dret estranger.**

A partir de tot l'analitzat i de la posició i criteris esbossats pel Tribunal Constitucional hauríem de poder determinar quines són les conseqüències de no haver provat el dret estranger aplicable i més en els procediments de família on sovint ens trobem amb normes indisponibles per les parts i amb un marcat caràcter imperatiu.

D'entrada, les conseqüències d'aquesta manca de prova o prova defectuosa o no suficient s'han d'avaluar en cada cas, però si que podem establir uns principis més o menys generals a partir de l'anàlisi d'uns supòsits tipus com ja fan la majoria d'autors

644

**a) Diferents solucions possibles davant d'una prova defectuosa del dret estranger.**

1.- Plantejament de la demanda i/o contestació ignorant l'element d'estrangeria i, en conseqüència, fonamentant-la únicament i exclusiva en el dret espanyol.

Aquest seria el cas de B. fora del partit judicial de Mataró, en la primera demanda de divorci formulada i que va acabar amb la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15/9/1998.<sup>645</sup>

Aquest, a més, era el sistema seguit amb caràcter general ara fa uns anys per la majoria d'operadors jurídics tant advocats com jutges que ignoraven l'element d'estrangeria i, per tant, l'aplicació imperativa de la norma de conflicte continguda en l'article 107 del CC.<sup>646</sup>

La resposta majoritària durant anys per part dels tribunals de primera instància era igualment dictar sentència ignorant l'element d'estrangeria i la imperativitat de la norma de conflicte i, per tant, aplicar dret espanyol sense cap argumentació jurídica vàlida que fonamentés l'aplicació d'aquest dret.

---

<sup>644</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. AEDIPr T I 2001.

<sup>645</sup> Veure el supòsit de fet de Be. l'annex 2 ref. 1-1/1995 i la sentència Az 1998/1564.



L'Audiència de Barcelona amb el seu criteri restrictiu desestimava totes les demandes. El criteri de l'Audiència era massa estricte, però crec que en aquest cas jurídicament ajustat a dret. Si les parts i fins i tot els propis tribunals han prescindit totalment de la norma de conflicte imperativa, el raonament jurídic adequat és considerar que s'ha de desestimar la demanda, no perquè no s'hagi provat el dret estranger, sinó perquè no s'ha plantejar tan sols quin era el dret aplicable.

Ara bé, ja hem vist que aquesta resolució jurídicament correcta comportava greus problemes als subjectes del cas concret, que en la majoria de casos litigaven d'ofici. Aquest és el supòsit ja comentat de B. on l'únic perjudicat de tot aquest afer, discussions jurídiques incloses va ser un menor.<sup>647</sup>

Davant d'aquesta situació tot i compartir la idea de CARAVACA I CARRASCOSA de que la desestimació d'aquesta demanda tindria efectes de cosa jutjada limitada podent tornar-la a plantejar de manera adequada no puc compartir la idea de que la culpa és del justiciable per triar malament l'advocat. En el cas de B. i en els altres casos referits ja al partit judicial de Mataró, la majoria de litigants, litigaven amb advocat d'ofici, que no s'ha pogut escollir. Per tant, parlar de fer una millor tria de l'advocat és seguir pensant en termes ja desfasats que les persones que plantegen litigis de família amb elements d'estrangeria només són classes amb un poder adquisitiu mig-alt, quan la realitat és que molts no els queda altra possibilitat que recórrer al torn d'ofici on la tria del professional no és possible, si més no en el partit judicial objecte d'estudi.

És evident que s'ha de demanar professionalitat a l'advocat d'ofici i, fins i tot, responsabilitat si no ha fet bé la seva feina. Aquesta mala actuació professional ha de ser sancionable, perquè sinó sembla que no calgui que els professionals del dret hagin de fer bé la seva feina. És igual que s'al·legui i es provi o no dret estranger perquè el tribunal en qualsevol cas salvarà la situació i aplicarà dret espanyol. Perquè esforçar-se llavors a plantejar bé la demanda, adonar-se de l'existència d'un element d'estrangeria, conèixer el dret estranger i aportar-lo al procés? És evident que des d'aquesta perspectiva sembla que no es pugui reaccionar igual davant d'una demanda presentada incorrectament i sense una feina professional correcta i la que es presenta després d'un

---

<sup>646</sup> Veure l'apartat d'aquest treball sobre l'evolució jurisprudencial al partit judicial de Mataró.

<sup>647</sup> Aquest mateix criteri de no perjudicar a un menor es el que fa que la Audiència de Girona en sentència de 7-06-2004 (AZ JUR 2004/216585) en comptes de desestimar la demanda va retornar els autos al jutjat de primera instància per a que es provés el dret estranger i amb l'ajut jurisdiccional. En el mateix sentit la SAP BALEARS (SECCIÓ 5ª) 549/2002 de 9-10-2002 (AZ JUR 2003/28857). (totes dues sentència ja

acurat treball i aplicant tots els esforços jurídics. Ara bé, quan es desestima la demanda per aquest motiu el que s'està fent seguint la postura del Tribunal Constitucional és donar una valoració jurídica a l'actitud processals de les parts que afecta als justiciables que són els interessats en el resultat del judici però que no afecta directament als professionals que no han fet bé la seva feina. Desestimant la demanda s'està així vulnerant el dret a la tutela judicial efectiva? S'està entrant en un clar supòsit de denegació de justícia? És difícil contestar aquest interrogant. Hi ha autors que consideren clarament que en aquest supòsits no hi ha denegació de justícia, sinó mala actuació professional,<sup>648</sup> i malgrat ser cert aquest plantejament, la qüestió rau en determinar si aquesta mala actuació professional feta per un advocat al que les parts quan van d'ofici no poden escollir pot revertir precisament en negatiu respecte d'aquests justiciables. Potser la solució cal analitzar-la cas per cas però el que és evident és que l'aplicació d'un criteri jurídic molt estricte no pot suposar, per exemple, deixar un menor desemparat. Per altra banda, si el funcionament de la justícia fons més ràpid tornar a plantejar la demanda després d'una desestimació de la primera demanda per no haver tingut en compte el problema d'estrangeria, no seria problema perquè tan sols suposaria un curt període de temps abans de tenir una nova resolució judicial.

Aquestes situacions són les que han portat a l'Audiència Provincial de Barcelona i algunes altres a ser més flexibles i a resoldre les demandes plantejades, com ja havien fet abans altres resolucions judicials.

El cert és que de manera correcta jurídicament no es pot donar per bona una demanda plantejada incorrectament i, per exemple, determinar que com que no s'ha provat el dret estranger que de fet ni tan sols s'ha al·legat, s'ha d'aplicar dret espanyol o que s'aplica dret espanyol per vulneració de l'ordre públic encara que cap part ho l'hagi al·legat o que s'aplica d'ofici la llei estrangera que no ha estat provada en cap moment del procediment.

Malgrat això, no comparteixo totalment les conclusions que apunten CARAVACA i CARRASCOSA.

No es tracta que les parts demanin l'aplicació de la llei espanyol o que ho facin amb ànim de frau, la realitat és que tan sols no es plantegen ni la possibilitat de què es pugui aplicar una altra llei, sobretot en l'àmbit de molts advocats d'ofici, que així ho

---

han estat citades a la nota 640). També retorna les actuacions a primera instància encara que en un supòsit una mica diferent l'AAP MADRID (SECC 22) 17-12-2002 (AZ JUR 2003/185709).

manifesten obertament quan se'ls hi comenta que la demanda està formulada de manera errònia. Es tendeix a presentar la demanda de manera ràpida i gairebé per seguir el tràmit, o potser fins i tot amb la voluntat d'obtenir una resposta ràpida davant d'una problemàtica familiar urgent. En aquests supòsits de desinterès total ni tan sols es fa el plantejament de què actuar així pot portar a l'aplicació de la llei espanyola quan en correspondria una altra i, per tant, no hi ha cap interès de frau perseguit expressament. En tot cas potser una excessiva comoditat de tots els operadors jurídics.

És evident que amb aquest resultat categòric de desestimació de la demanda es respecta totalment el caràcter imperatiu de la norma de conflicte i que s'atribueix directament la càrrega de la prova a les parts, responent de una mala actuació del seu advocat, fins i tot en casos en què no l'han triat i no han pogut accedir a un altre professional. Aquesta conseqüència pot ser jurídicament correcta però comporta a la pràctica una aplicació correctíssima de la llei en detriment de la justícia jurídica en casos en què hi ha menors que poden quedar desemparats.

En casos en què hi ha implicat un menor que pot quedar desemparat aquesta conseqüència de desestimació de la demanda sense més no es pot admetre sinó va acompanyada d'altres mesures, com podria ser el manteniment de les mesures provisionals que s'hagin acordat fins la resolució de la segona demanda.

Potser si que la millor solució, com apunten els mateixos CARAVACA I CARRASCOSA en aquests casos, és l'aplicació d'ofici del dret estranger que l'article 282 de la LEC 1/2000 li permet, però també entenc que hi podria caber l'aplicació del dret espanyol sota l'emparament de la necessitat de protegir un menor.

Aquests autors assenyalen altres supòsits d'aplicació d'ofici del dret estranger, que fan que en els molts casos a la pràctica en els litigis de família quedi anul·lada la seva primera conclusió de desestimació de la demanda, posant de manifest la poca possibilitat de generalització d'aquesta dràstica conseqüència, sinó no va acompanyada d'elements pal·liatius per protegir als justiciables.

2.- Les parts al·leguen a la demanda i/o contestació el dret estranger però no el proven

---

<sup>648</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. AEDIPr T I 2001.

És realment estrany que si una de les parts o les dues al·lega el dret estranger, aquest no es provi en absolut. El que si es pot produir són supòsits de prova parcial i aquí la casuística pot ser molt variada.

- a) S'al·lega dret estranger i s'intenta provar però s'aporten pocs elements, que poden ser dubtosos.
- b) S'al·lega dret estranger i s'indica al jutjat que no s'ha pogut provar millor o que malgrat les gestions fetes no s'ha pogut a penes provar i se sol·licita que el jutge intervingui en la prova i demani ell sistemes i mitjans de prova al que les parts no han pogut accedir.
- c) S'al·lega dret estranger i s'indica al jutjat que no s'ha pogut provar millor però no se sol·licita cap activitat per part del jutge.

És evident que si les parts al·leguen dret estranger i no el proven, entenent com a no-prova la manca d'activitat probatòria total i la no petició de prova als òrgans jurisdiccionals en aquest sentit, potser podria haver-hi una desestimació de la demanda, i potser fins i tot amb efectes totals de cosa jutjada com apunten CARAVACA I CARRASCOSA, però evidentment no té sentit que s'al·legui dret estranger i no es provi o s'intenti provar ni que sigui mínimament. Els casos reals el que passarà és que no s'ha provat a criteri del jutge suficientment aquest dret, malgrat activitat de les parts en aquest sentit. Per tant, en aquest context és del tot inadmissible la desestimació de la demanda com a resposta, ja que admetre aquesta resposta si que seria una total denegació de justícia. Hi ha d'altres autors que comparteixen que aquesta solució tan dràstica apuntada per CARAVACA I CARRASCOSA no és admissible, ja que fins i tot seguint aquesta teoria ens trobaríem que qui per total desinterès ni s'adona de l'existència d'una norma de conflicte i, per tant, planteja la demanda i/o la contestació prescindint de tot l'element d'estrangeria tindria més empara judicial (se li permet tornar a presentar la demanda) i, en canvi, qui indica correctament la norma de conflicte i intenta provar dret estranger i no el prova resulta que se li desestima la demanda i se li denega totalment la justícia en impedir-li presentar una nova demanda.<sup>649</sup> Entenc que aquesta solució tant dràstica apuntada per CARAVACA I CARRASCOSA només podria anar referida a supòsits a la pràctica impossibles com els ja apuntats, perquè sinó

seria deixar en mans del jutge o tribunal la possibilitat de desestimació de la demanda quan ell considerés que la prova pràctica és insuficient i fins i tot abans de fer cap activitat probatòria des del jutge o tribunal per ampliar aquesta prova. Fins i tot els mateixos autors semblen arribar a apuntar que la seva conclusió aplicada de manera general seria molt dràstica malgrat la seva primera afirmació, en demanar que sota l'emparament del l'article 282 de la LEC 1/2000 el jutge intervingui en la prova del dret estranger.

Aquesta intervenció no es pot fer en l'àmbit de la compareixença prèvia pels litigis de família que es ventilen per un procediment verbal especial i on aquest tràmit no existeix (si que és una moment vàlid en altres tipus de litigis perquè el jutge indiqui mancances en la prova).

La intervenció del jutge es pot concretar en la sol·licitud de mitjans de prova complementaris als que han aportat les parts o, fins i tot, de nous que les parts no hagin aportat que és el que li permet l'article 282 de la LEC, sinó és així la nova redacció continguda en aquest article no es veuria en una aplicació diferent de la feta fins ara.

A més, la intervenció dels jutges en aquests casos és quan està més fonamentada i no en els supòsits en què les parts ni tan sols al·leguen el dret estranger, ja que si només s'afavoreix la intervenció dels jutges en la prova en el primer cas analitzat quan les parts ni tan sols detectaven l'element d'estrangeria, s'afavoriria una posició còmoda dels advocats de les parts que no es veurien obligats a plantejar-se res més

En aquest àmbit és on pren especial importància els mètodes per provar el dret estranger que s'han d'admetre de manera flexible i oberta i demanant també una col·laboració del jutge activa. Tampoc és correcte possibilitar sota l'empara de l'esmentat article 282 de la LEC 1/2000, que el jutge prengui ja una postura còmode d'entrada, com el cas del matrimoni de colombians <sup>650</sup>i desestimar la prova aportada de dret estranger i recórrer a l'aplicació fàcil del dret espanyol. Si al jutge o tribunal no li queda clar el dret estranger aportat al plet malgrat l'existència de proves sobre el mateix a la causa aportades per una o les dues parts, abans de decantar-se cap a la fàcil aplicació del dret espanyol, hauria de fer ell una activitat encaminada a corroborar aquestes proves o ampliar-les

---

<sup>649</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO: *El alcance de la reforma de la ley de enjuiciamiento civil en el derecho internacional privado: presentación general*. Anuario de Derecho Internacional Privado. AEDIPr T I 2001.

<sup>650</sup> Supòsit explicat a a l'annex 2 ref. COLOMBIA.

En l'àmbit del dret comparat davant la manca d'acreditació del dret estranger trobem possibles solucions com ara l'aplicació del dret més proper al que s'havia d'aplicar i només a falta de la determinació i prova d'aquest dret més proper és recórrer al dret del fòrum (teoria alemanya del Mutterrecht), o també es recull en alguns casos la possibilitat d'aplicar un dret uniforme que neix d'una síntesis dels drets en joc (Ersatzrecht) o, fins i tot, s'admet resoldre el cas a criteri judicial per intentar trobar una resolució ajustada al cas concret.<sup>651</sup>

En l'àmbit del dret espanyol crec que la solució possible passa per a l'aplicació del dret espanyol.

Per tant, en tots els supòsits apuntats a), b) i c), l'ideal és que el jutge fent ús de la possibilitat de l'article 282 de la LEC 1/2000 acordi la pràctica de les proves possibles i que consideri necessàries per acreditar aquest dret. Si malgrat haver acordat aquestes proves, aquestes no es poden practicar o és impossible realitzar cap prova la solució podria ser diferent en funció del cas.

En els casos a) i b) el jutge podrà aplicar el dret estranger al·legat i provat amb les mitjans de prova aportats per les parts, si el considera suficient. Si no el considera suficient hauria d'aplicar dret espanyol.

En el cas c) i no havent-se pogut practicar cap prova, cal aplicar dret espanyol.

Aquesta és la conclusió més possible per garantir una real tutela judicial efectiva i per evitar una denegació de justícia, sobretot en els afers de família. A més, aquesta postura és la que ha vingut a confirmar el Tribunal Constitucional malgrat les seva manca de criteri generalitzat.

Entenc que és en base aquesta teoria que s'ha d'aplicar dret espanyol i no perquè sigui el dret designat per el següent punt de connexió de la norma de conflicte. La norma de conflicte pot designar supòsits alternatius, però no són alternatius perquè el dret designat en primer lloc no es pugui aplicar, sinó perquè no es produeix el supòsit designat en primer lloc. Sinó fos així, la complicació seria extrema.

Agafem, per exemple, l'article 9.3 del CC. Si el primer punt de connexió és la nacionalitat comú i aquesta remet a un dret estranger, només és pot anar al següent punt de connexió si no hi ha nacionalitat comú, però no si no s'ha pogut provar el dret

---

<sup>651</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil*. Anuario de Derecho Internacional Privado. AEDIPr T I 2001.

estranger, perquè fins i tot en aquests casos si s'admetés ens podríem trobar amb el següent cas hipotètic sense sentit:

La llei aplicable és la llei d'Algèria, perquè aquest és el país de la nacionalitat comú. No s'aconsegueix provar el dret d'Algèria i llavors hem de recórrer a la llei de la residència habitual comú immediatament després de la celebració del matrimoni, que resulta que és la francesa perquè el matrimoni va residir primer allà, hauríem llavors de tornar a provar la llei francesa, quan a més el que ens diu l'article 9.3 és que aquesta llei francesa només s'aplicaria en cas que no hi hagués nacionalitat comú, però en aquest cas si que hi ha nacionalitat comú.

#### **b) Propostes a la pràctica per aconseguir una resolució de fons en el cas concret.**

Després d'estudiar totes les variables possibles a tenir en compte en el plantejament d'un litigi de família amb un element d'estrangeria podem arribar en la majoria de casos a la següent situació. Com ja hem vist en la majoria dels casos analitzats es produeix la ruptura matrimonial i familiar entre dos cònjuges de la mateixa nacionalitat, residents de manera estable a Espanya, amb fills menors molts d'ells nascuts ja aquí. L'anàlisi ràpida en aquests supòsits típics ens porta a la conclusió que els tribunals competents són els espanyols i dintre d'aquests els que correspongui per les normes de competència territorial interna, que la llei aplicable si la demanda és contenciosa serà la llei de la nacionalitat comú per aplicació de la nova redacció de l'article 107 del CC i que només en cas que aquesta llei no reconegui la separació i/o el divorci o ho faci de manera discriminatòria i contrària a l'ordre públic i tenint com a mínim un dels cònjuges residència a Espanya, es podria aplicar dret espanyol.

Per tant davant d'aquesta situació en el cas de ruptura matrimonial entre dos magribins hauríem d'aplicar la llei nacional per determinar si és possible la separació o el divorci. Les lleis dels tres països analitzats sí que recullen el divorci i, en canvi, desconeixen la separació matrimonial. La idea o percepció general és que en tractar-se de lleis d'inspiració islàmica, aquestes per definició seran discriminatòries i contràries a l'ordre públic. Segurament, ha estat així tradicionalment i ho continua essent en la majoria de casos. En aquesta situació podem entendre que cal aplicar dret espanyol i plantejar la demanda en base a aquest argument.

Ara bé, aquesta discriminació generalitzada de la llei estrangera pot ser atacada per l'altra part, en base a diferents elements.

En el cas de Tunísia, si més no sobre el paper, la desigualtat home/dona no és tant patent. Perviu, potser, en l'aplicació pràctica d'aquest dret però no amb el text legal i llavors ens podríem trobar en la circumstància que hauríem de provar quina és la pràctica que es fa d'aquest dret per considerar-lo contrari a l'ordre públic.

En el cas del Marroc la nova reforma de la Mudawana promet reduir les diferències existents fins ara. Caldrà veure quina és l'aplicació del text definitiu d'aquesta reforma, però potser desapareixerà la gran discriminació de principi que es produïa abans d'aquesta reforma i que ja he analitzat. El text legal així ho afavoreix.<sup>652</sup> Davant d'aquestes situacions i de la dificultat de prova de la llei estrangera ens podem veure en la necessitat de plantejar una demanda per donar resposta a una situació de ruptura matrimonial i/o familiar sense la seguretat de quina serà la resposta judicial, per molt bé que plantegem la nostra demanda i per molt bé que fonamentem la nostra postura jurídica. En aquests casos ens podem trobar que plantegem la demanda en base a dret estranger i que aquest no quedi suficientment provat a criteri del tribunal o jutjat i llavors es recorri a l'aplicació del dret espanyol. O ens podem trobar que plantegem la demanda en base a dret espanyol perquè considerem que al dret estranger marroquí, tunisià o algerià li és aplicable la clàusula concreta d'ordre públic continguda en l'article 107 del CC, però el jutge o tribunal no ho consideri així i determini que s'ha d'aplicar dret estranger.

En aquests casos el professional del dret hauria fet bé la seva feina i de manera rigorosa però ens trobaríem davant de diferents criteris jurídics d'una o les dues parts i el del jutge o tribunal.

Evidentment, es pot argumentar que aquesta és una situació que es pot produir en qualsevol plet, però tractant-se de temes familiars on sovint hi ha implicats menors entenc que aquesta situació crea certa inseguretat jurídica, que es pot intentar pal·liar per la resolució concreta del cas aplicant dret espanyol o dret estranger encara que sigui a criteri del jutge o tribunal i no de la part.

Aquesta solució semblaria plausible i es podria dir que el que cal és que la resolució judicial reconegui la situació de trencament matrimonial o familiar i determini, en conseqüència, els seus efectes econòmics i personals respecte dels cònjuges però també respecte dels fills per aplicació del dret que es vulgui espanyol o estranger.

---

<sup>652</sup> Veure dintre d'aquest mateix treball l'apartat dedicat a l'anàlisi de la nova Mudawana marroquina.



La resposta però no és tan senzilla perquè la petició que es formula en base a un dret o a un altre difereix en funció del dret aplicable. Si apliquem dret espanyol fins a la reforma del codi civil al juliol de 2005, en la majoria dels casos calia passar primer per la separació matrimonial. En canvi, per l'aplicació de qualsevol dels drets de família dels països magribins estudiats la petició que s'havia de formular és la de divorci perquè no coneixen la forma de separació matrimonial.

Aquesta situació només es podia solventar amb l'admissió de la demanda formulant peticions subsidiàries a la demanda de separació o divorci. En aquest sentit, malgrat que el procediment és similar en la majoria de casos s'havia entès que cal formular amb precisió si es demana separació o divorci i després ja es decidirà.

Aquesta situació a donat lloc a situacions estranyes. En el cas de G. l'any 2002 es va plantejar demanda de separació matrimonial en base a dret espanyol per considerar el dret marroquí contrari a l'ordre públic i subsidiàriament si això no s'apreciava es demanava el divorci en base dret marroquí. Es va haver d'escollir a petició del jutjat si es formulava demanda de separació o divorci so pena de no continuar endavant amb el procediment. Per coherència jurídica és va dir que entenen que el dret marroquí en aquest punt es considerava contrari a l'ordre públic, no podia sinó fonamentar la demanda en base a dret espanyol que en el cas concret només era possible en aquell moment apreciar causa de separació però no de divorci.

Arribat el dia de vista, el demandat estava en rebel·lia i el Ministeri Fiscal, seguint el seu criteri ja comentat va argumentar que no es podia considerar el dret marroquí contrari a l'ordre públic i que com que no existia separació matrimonial en aquest dret s'hauria de desestimar la demanda i que, en canvi, no s'oposaria a la petició de divorci en base al dret marroquí. El jutge a petició de la part actora va acordar llavors a la vista reconvertir el procediment de separació en divorci i va decretar el divorci per aplicació dret marroquí segons sentència ja comentada.<sup>653</sup>

Aquesta ha estat la pràctica habitual si més no en el partit judicial objecte d'estudi.

La pràctica de demandes subsidiàries ja no és tan necessària després de la reforma del codi civil espanyol de juliol de 2005, respecte de la petició principal de separació o divorci però a vegades caldrà fer igualment peticions subsidiàries en relació als seus efectes ja que davant la manca d'uns criteris més definits en la prova del dret estranger, a vegades malgrat al·legar i provar dret estranger es mantindrà sempre la

incertesa de si el jutge el considerarà suficientment provat o no. Ja hem vist que les resolucions judicials són diverses. En aquests casos caldrà adaptar també les peticions subsidiàries. No és correcte demanar el mateix segons dret espanyol o segons dret marroquí o barrejar els drets que ens dóna un i altre ordenament.

Aquest és el cas real d'una dona marroquina que plantejava divorci con el seu marit també marroquí, en base a la seva llei nacional. Existia un auto de protecció al seu favor per maltractaments. Aprofitant aquest auto demanava el divorci per sevícies i al mateix temps una indemnització al marit per aquest motiu, demanant aquests efectes per aplicació del dret marroquí i subsidiàriament pel dret espanyol. La visió de fer peticions subsidiàries és encertada, però en base al dret espanyol no existeix aquest dret a aquesta indemnització per aquest concepte en el trencament matrimonial, fora del que seria la responsabilitat civil en el procediment penal i llavors el que hauria de demanar és potser una pensió compensatòria o la indemnització prevista al codi de família de Catalunya, totes dues per altres conceptes. Aquest cas molt recent, demostra però que els professionals s'estan intentant posar al dia i defensar els casos de manera imaginativa.<sup>654</sup>

En aquest sentit, doncs, discrepo totalment de la postura mantinguda per Anna Quiñones<sup>655</sup> en què manté que es recorre a la separació per aplicació del dret espanyol única i exclusivament per un mal assessorament legal. Ja hem vist que malgrat intentar provar el dret estranger de totes formes, no hi havia cap garantia que els tribunals espanyols atorguessin un divorci per maltractaments d'acord amb la legislació estrangera aplicable, amb la possibilitat afegida d'acabar amb una desestimació de la demanda pura i simple. Una situació aquesta que fins fa poc era bastant generalitzada.

Comparteixo, en canvi, la idea de poder assimilar la separació matrimonial a la figura d'un repudi simple com a proposta, però que a la pràctica es pot salvar amb la formulació de peticions subsidiàries en el *petitum* de la demanda. Entenc que el mal assessorament legal és només aquell que prescindeix totalment de l'element d'estrangeria i fonamenta la seva demanda en base al dret espanyol sense cap argumentació legal ni fàctica.

---

<sup>653</sup> Veure el supòsit de fet de G. explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001 i la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció 6 de Mataró el 29-11-2002, ja comentada en diverses parts d'aquest treball i més extensament a la pàg. 389 a 391.

<sup>654</sup> Cas de febrer 2006 al partit judicial de Mataró. Consulta realitzada per part de l'advocat d'ofici que en nom del marit li tocava constestar la demanda.

<sup>655</sup> QUIÑONES, A.: *La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico*, en RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir): *La multiculturalidad especial referencia al Islam*. Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002.

En qualsevol cas, en aquests situacions un cop més les millors solucions són les imaginatives i obertes de mires que en l'àmbit del dret comparat s'han anat recollint com destaca la pròpia Anna Quiñones<sup>656</sup> i que en el nostre sistema sembla que siguin pràcticament impossibles sinó no van validades per una legislació específica que les determini.

Potser és cert que la imprecisió jurisdiccional crea inseguretats jurídiques, però també és cert que això és així perquè no es desprèn la voluntat fins fa poc de donar resposta a aquests casos. No es tracta tant de què els òrgans jurisdiccional no puguin formular criteris diferents als dels litigants, només faltaria, sinó que aquests criteris han semblat durant molt de temps més encaminats a desestimar demandes i treure's temes de sobre que a donar una resposta als conflictes de fons que es planteja.

La inseguretat jurídica no bé determinada per no saber si el jutge o tribunal aplicarà dret espanyol o dret estranger, determinarà separació o divorci, sinó perquè durant molt de temps el que no sabien els litigants és si el jutge donaria una resposta al seu problema, que acceptés els seus arguments o no, o simplement el que faria seria desestimar la demanda deixant a tota una família sense cap solució legal, ni bona ni dolenta als ulls del litigant, com va passar en el cas de Be.,<sup>657</sup> amb la sentència de l'Audiència Provincial de 15-09-1998, que diversos autors han comentat<sup>658</sup> sense saber la realitat de fons quina va ser i el perjudici que es va provocar al menor i la seva mare.

El plantejament de demandes amb peticions subsidiàries ha estat i és un bon criteri pràctic, sobretot si es formula petició de mesures prèvies a la demanda. En aquests casos la pràctica sempre ha estat admetre l'adopció de mesures prèvies malgrat encara que no es concreti si el que es plantejarà en el plet principal serà una demanda de separació o de divorci. D'aquesta manera els litigants en la vista de mesures poden saber quina és la postura de totes les parts ministeri fiscal inclòs respecte a la petició de separació i/o divorci per aplicació de dret espanyol o estranger, assegurant-se unes mesures prèvies urgents respecte als menors (que s'adopten gairebé sempre en base a l'article 158 del CC espanyol) que es mantindran mentre es presenti una demanda de separació o divorci en el termini establert i sabent en la majoria dels casos quina és la demanda que s'admetrà en el plet principal pel criteri del tribunal.

---

<sup>656</sup> QUIÑONES, A.: *La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico*, citat a la nota anterior i també en el seu llibre QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000.

El supòsit de fet de Be. està explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995.

<sup>658</sup> Veure nota 462.

La postura en el cas G <sup>659</sup> ha vingut a confirmar aquesta tendència:

*En lo que se refiere a la segunda causa invocada, en la petición inicial se insta la adopción de medidas previas a la separación o el divorcio en base a la aplicación de uno u otro de los derechos que se exponen en la misma, sin que el ejercicio de una u otra acción en el proceso principal y posterior al presente pueda afectar a la adopción de medidas previas a proceso matrimonial, en el que habrán de ventirlarse aquellas cuestiones.*

*Finalmente, como se expuso al inicio y anteriormente en la resolución por la que se admitió a trámite la solicitud, la presente se dicta en aras a la protección del interés de los hijos menores de los litigantes, y en aplicación de lo prevenido en el artículo 158 del Código Civil, no afectando la misma a las relaciones derivadas de la ruptura de la convivencia matrimonial para las partes, que habrán de abarcarse en el procedimiento principal, y acerca de las que no se hará pronunciamiento alguno en la presente.*

Altres resolucions en el procediment de mesures prèvies ja comentades també s'ha decantat cap a aquest criteri, que potser no és un criteri jurídic molt acurat però pot servir a la pràctica mentre esperem la nova legislació espanyola en matèria de divorci, sense haver d'entrar per part dels jutges en la valoració ja més difícil de figures foranes com l'assimilació de la separació matrimonial al repudi simple o al divorci revocable, que per altra banda en un bon assessorament legal s'han de tenir presents per resoldre alguns casos puntuals.

#### **F. Necessitat de criteris diferents o no, per a l'acreditació del dret estranger per demanar-ne la seva no aplicació per vulneració de l'ordre públic intern.**

Fins ara ens hem plantejat la necessitat de provar dret estranger per tal que el jutge espanyol el pugui aplicar a Espanya sense cap mena de dubte, però què passa quan el que es fa és demanar la no aplicació del dret estranger per existència de normes que es consideren contràries a l'ordre públic intern.

En aquest casos són molts els que consideren que el que s'està fent a la pràctica és una elecció del dret aplicable, vulnerant així de fet la imperativitat de les normes de conflictes. Es parteix de la teoria que l'excepció d'ordre públic s'ha d'admetre de manera molt restrictiva i que, per tant, quan algú està al·legant l'excepció d'ordre públic

---

<sup>659</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001 i la sentència dictada pel tribunal de Primera Instància i Instrucció 6 de Mataró de 29-11-2002 està comentada al llarg del present treball i més extensament a la pàg. 389 a 391.

el que està fent és escollir de manera encoberta el dret que vol que se li apliqui, en aquest cas el dret espanyol. En base a aquest criteri s'han desestimant demandes.

Crec que hi ha una percepció errònia de fons, però que a la pràctica tot se solucionaria amb una prova acurada del dret estranger i una anàlisi acurada d'aquest dret per part del jutge o tribunal.

Podem compartir la idea que l'excepció d'ordre públic ha de ser interpretada de manera restrictiva perquè és difícil que tot un dret sigui contrari a l'ordre públic, però no podem compartir la idea de què s'arribi a aquesta conclusió per part dels jutges i tribunals de manera també massa general i com a criteri ja après en tots els casos per evitar analitzar els casos que se li presenten de manera concreta o per treure's feina de sobre desestimant les demandes en base a aquest criteri.<sup>660</sup>

La nova redacció de l'article 107 del CC<sup>661</sup>, fa prendre importància a aquesta excepció d'ordre públic, establint una clàusula especial d'ordre públic. A la vista d'aquest article ens hem de preguntar si els mateixos jutjats i tribunals que abans desestimaven sense cura l'al·legació d'excepció d'ordre públic ara amb la mateixa poca cura admetran en caràcter general que les legislacions dels països del Magrib són contraries al nostre ordre públic perquè estableixen normes discriminatòries home i dona, sense tampoc analitzar amb cura el dret que es presenta. La resposta crec que és afirmativa i malgrat que això a la pràctica pot beneficiar a molts litigants que rebran una resposta sobre el fons de la qüestió per aplicació del dret espanyol en front de desestimacions de demanda anteriors, ens demostra molt poca tècnica jurídica de fons. Amb l'excepció genèrica d'ordre públic ja existent els tribunals podien arribar a la mateixa conclusió que en l'actualitat, només els calia fer l'esforç d'anàlisi del dret estranger que els advocats de les parts també havien de fer l'esforç de provar ni que fos indiciàriament. Ara el que es fa a la pràctica és considerar de manera general i sense anàlisis rigoroses que el dret dels països del Magrib de clara inspiració islàmica és de

---

<sup>660</sup> Veure apartat de l'evolució jurisprudencial al partit judicial de Mataró en aquest mateix treball.

<sup>661</sup> Veure apartat "L'article 107 del Cc i les seves dificultats d'aplicació abans i després de la reforma de setembre de 2003" d'aquest mateix treball i els comentaris doctrinals al respecte: CALVO CARAVACA, A-L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)*. LA LEY -Núm. 6024 de 24 mayo 2004. CALVO BABÍO, FLORA: *Divorcio, separación y nulidad-internacional- Reforma del artículo 107 del Código Civil*.- IURIS - Núm. 86 - Septiembre 2004. - ARENAS GARCÍA, RAFAEL "La nueva redacción del artículo 107 del Código Civil". REDI, vol.LVI (2004) 1. GARCÍA, M<sup>a</sup>. LUISA TRINIDAD - "La reforma del artículo 107 del Código Civil" Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Núm. 4 - -Ed. LEX NOVA S.A. Noviembre 2003.

per si contrari a l'ordre públic i permetre l'aplicació del dret espanyol. Si abans es considerava que al·legant l'excepció d'ordre públic s'estava vulnerant el principi de imperativitat de la norma de conflicte, ara al·legant de manera poc curiosa aquesta clàusula especial d'ordre públic es podria arribar a la mateixa consideració i, en canvi, amb caràcter general no hi ha aquesta percepció des de la nova redacció de l'article 107 del CC. Això també afavoreix la pròpia comoditat dels advocats de les parts que d'aquesta manera desistiran també de fer un anàlisi del dret aplicable, al·legant sense cap tipus de prova que el dret dels països magribins és contrari a l'ordre públic i demanant l'aplicació del dret espanyol que sí coneixen.

Les legislacions de Tunísia i la recent de reforma de la Mudawana (Codi de família del Marroc) posen de manifest que no necessàriament totes les legislacions d'inspiració islàmica pel fet de ser-ho són en general i en tots els casos contràries a l'ordre públic<sup>662</sup>

Després d'aquesta anàlisi es posa de manifest que de fet el punt clau en la determinació de la llei aplicable als litigis de família entre magribins és juntament amb el que pugui determinar la norma de conflicte la prova del possible dret estranger aplicable segons aquesta pròpia norma de conflicte, fins i tot en els casos en què no es vol la seva aplicació.

Per tant, quan tractem de què es determini que la llei estrangera no és aplicable per vulneració de l'ordre públic espanyol aquesta llei estrangera s'haurà de provar en igualtat de condicions que quan es vulgui provar per a la seva aplicació.

La sentència del cas de F<sup>663</sup> introduïa una valoració diferent de la prova i una exigència menor quan es tractava de provar un dret per determinar que no és aplicable. El text recordem que en aquest punt deia:

*Por todo lo anteriormente expuesto, se ha de concluir que la legislación aplicable al supuesto que nos ocupa, esto es la legislación marroquí, choca y es contraria al orden público por lo que resulta inaplicable sin que sea necesaria, a nuestro juicio, mayor acreditación del derecho marroquí que la realizada por la parte actora, al no tratarse tanto de su aplicación como de su no aplicación, lo que nos excusa de nuestra posibilidad de haber obtenido una mayor confirmación de su aplicabilidad por los instrumentos de averiguación a que se refiere el artículo 12 último apartado del CC.*

---

<sup>662</sup> Ja he vist i valorat la nova reforma de la Mudawana marroquina i la legislació de Tunísia en aquest mateix treball (veure l'apartat d'anàlisi d'aquestes normatives).

<sup>663</sup> El supòsit de fet de F. està explicat a l'annex 2 ref. 3-2/1998.

Entenc que la sentència era jurídicament correcta perquè constata la vulneració de l'ordre públic per criteris discriminatoris de la legislació marroquina, però com sempre el punt bàsic era la prova d'aquest dret per arribar a aquesta conclusió. En aquest sentit, la sentència introduïa un criteri pràctic però no molt rigorós: donat que el que es demanava és la no aplicació, l'acreditació feta per una de les parts a partir de fotocòpies dels textos legals traduïts i algun comentari doctrinal ja publicat i fotocopiats, ja era suficient.

Crec que per ser jurídicament correcte aquesta teoria sens dubte molt pràctica en l'exercici diari tant de jutges com d'advocats cal polir-la més.

És evident que com que no volem aplicar el dret estranger en aquests casos la prova no ha d'anar encaminada a determinar sense cap mena de dubte pel tribunal com s'ha de fer l'aplicació correcta d'aquest dret. Ara bé, el que sí s'ha de fer és deixar acreditat sense cap mena de dubte per part del jutge o tribunal que aquest dret estranger no es pot aplicar perquè és contrari a l'ordre públic.

En aquest cas caldrà, doncs, provar també aquest dret a través dels mateixos mitjans utilitzats per quan volem que el dret estranger s'apliqui i, en conseqüència, introduint també els criteris de flexibilitat i obertura ja apuntats.

La convicció, en aquest cas, dels òrgans jurisdiccionals no ha de ser com aplicar aquest dret estranger, sinó que aquest dret estranger és contrari al nostre ordre públic perquè és discriminatori o no permet la separació o el divorci en igualtat de condicions (clàusula especial continguda en el nou redactat de l'article 107 CC).

Si el jutge no arriba a aquesta convicció determinarà que el dret estranger és aplicable i llavors haurà de valorar de nou si el creu suficientment provat per aplicar-lo o no i entrar llavors en les conseqüències generals de la no acreditació del dret estranger que ja apuntava.

#### **G. L'experiència concreta en la pràctica del partit judicial de Mataró en matèria de prova de dret estranger en l'àmbit dels litigis de família.**

Si quan parlaven de la determinació de la llei aplicable podíem establir unes certes fases de l'evolució jurisprudencial en l'àmbit si més no del partit judicial objecte d'aquest estudi, quan parlem de prova del dret estranger les resolucions són encara més variades i es fa difícil establir una fases d'evolució dels criteris. En tot cas sí que es podria establir una certa connexió entre les fases més o menys estrictes en la

determinació de la llei aplicable i el fet de demanar una prova més o menys estricta del dret estranger, encara que hi algunes solucions que tenen molt poca consistència o fonament jurídic.

En la primera fase d'aplicació sense més del dret espanyol, més enllà de la sentència de 1998 en el cas de F. que recollia aquella peculiar teoria sobre la prova del dret estranger quan es demana la no aplicació d'aquest, no hi ha pràcticament cap resolució judicial digne de destacar en l'àmbit de la prova del dret estranger.

Amb caràcter general en aquells mateixos anys i encara que no circumscrits només als litigis de família hi ha nombrosa jurisprudència encara centrada en determinar que el dret estranger és una qüestió de fet i que cal al·legació i prova del mateix per part de les parts litigants, mantenint en aquest punt tret d'algunes excepcions els principis tradicionals.<sup>664</sup>

En aquesta primera fase l'Audiència Provincial de Barcelona mantenint una postura molt rigorosa i tancada passa pel mateix sedàs els supòsits de no al·legació i prova del dret estranger per les parts als d'al·legació de l'excepció d'ordre públic, fixant el criteri del tot incorrecte de què l'al·legació de l'excepció d'ordre públic amaga sempre una elecció del dret aplicable contrari a la imperativitat de la norma de conflicte.<sup>665</sup>

En l'àmbit d'al·legació de la no aplicació del dret marroquí per excepció d'ordre públic l'Audiència de Barcelona durant aquest període va continuar mantenint un criteri molt tancat encara que en alguns moments fins i tot poc sostenible. En la sentència de 6/04/2000<sup>666</sup> considera suficient l'aportació del Codi d'Estatut personal del Marroc per determinar que aquest dret no és contrari a l'ordre públic, quan la mateixa Audiència en aquell mateix període i amb caràcter general continuava demanant una prova estricta del dret estranger.<sup>667</sup>

Amb caràcter general a tot Espanya les postures eren variades. Així, trobem sentències com les de l'Audiència Provincial de Madrid de 28-09-2000<sup>668</sup> que en el seu

---

<sup>664</sup> Cal recordar les sentències apuntades en la nota.

<sup>665</sup> Recordem que el cas de la SAP de 15-9-1998 (AZ 1998/1948) en relació al matrimoni de xinesos segueix el mateix raonament que la SAP de la mateixa data en el cas de Be. (explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995.) (AZ 1998/1564), tot i que en el primer cas s'havia al·legat excepció d'ordre públic i en el segon no.

<sup>666</sup> SAP Barcelona 06-04-2000 AZ AC 2000/1088, citada i comentada a CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: La Sala de lo social contraataca*. AEDIPr. 2002.

<sup>667</sup> Així, la SAP Barcelona 12-11-1999 AZ 1999/2350 en el cas d'un matrimoni d'anglesos i SAP Barcelona 16/9/1998).

<sup>668</sup> SAP MADRID 28-09-2000. Az 2000/1656.



fonament jurídic tercer exclou la desestimació de la demanda per pur formulisme quan el dret estranger ha arribat a mans del jutge encara que no l'hagin aportat les parts.

*Siendo competentes los órganos judiciales españoles para conocer de la litis de divorcio hoy sometida a la consideración de la Sala, pues ambos cónyuges, aun de nacionalidad iraní, tienen su residencia habitual en nuestro país, lo que determina la proyección al caso de lo prevenido en el artículo 22-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), y habiendo de acomodarse la tramitación de aquélla a lo establecido en las Leyes procesales españolas (artículo 8º 2 del Código Civil) surge la problemática de si las pretensiones articuladas han de ser analizadas y resueltas a la luz de la Ley sustantiva nacional común de los litigantes o, por el contrario y como sostiene la apelante, conforme al Código Civil español.*

*Tal cuestión tiene su respuesta en las normas de conflicto contenidas en este último texto legal, y en concreto en su artículo 9º que, con carácter general, previene que la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá su capacidad y estado civil, entre otros aspectos. En lo que concierne específicamente a la separación y el divorcio, dicho precepto remite al 107, conforme al cual regirá la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Sin embargo el artículo 12-3 del mismo texto legal previene, con carácter general, que en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.*

*TERCERO Bajo tales condicionantes, y dado que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad iraní, se imponía, en principio, en el caso la resolución del divorcio solicitado por la actora conforme a la legalidad sustantiva de su país de origen, incumbiendo a las partes la acreditación de su contenido y vigencia, conforme a lo que dispone el artículo 12-6 del Código Civil.*

*Y en tal sentido procedió el Organo «a quo», cuando, mediante providencia de 26 de junio de 1998, requirió a las partes para que aportaran a las actuaciones su Ley nacional, lo que fue reiterado por la de 23 de septiembre del mismo año. Ante tal requerimiento, por la representación de la demandante se presentó, en 9 de octubre, escrito en el que manifestaba no haber podido obtener la documentación requerida, a pesar de haberlo intentado en el Colegio de Abogados y en la propia Embajada de Irán.*

*Ello acaba por condicionar la sentencia hoy apelada, que deniega el divorcio interesado por la actora, al ignorarse el contenido de la legislación en principio aplicable, lo que, a mayor abundamiento, excluía la posible aplicación subsidiaria del Código Civil patrio, por no poderse afirmar que aquélla fuese contraria al orden público.*

*Llegados a este punto, debe recordarse que, aunque el artículo 12-6 del citado Código establece, como antes se dijo, que quien «invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española», el propio precepto citado añade, a continuación, que para la aplicación de ese derecho «el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Al respecto, el Tribunal Constitucional, en base al artículo 24 de nuestra Carta Magna (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), habla de «la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español», para añadir que «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...» (STC de 17 de enero de 2000 [RTC 2000, 10]).*

*El Tribunal Supremo, por su parte, proclama que «si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable» (Sentencia de 3 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1638]).*

*Ello ha conllevado la actividad investigadora de oficio desarrollada por esta Sala, con superación del discutible formalismo (por estricta sujeción al inciso inicial del párrafo segundo del número 6 del artículo 12 del Código Civil, con ignorancia de lo prevenido en el inciso final) al que se acomodó la final resolución del Órgano «a quo», ante la no aportación por las partes de la legislación nacional que, en principio, debía informar la resolución de fondo de la problemática suscitada.*

La sentència de l'Audiència Provincial de Biscàia de 7-2-2000 que considera acreditat el dret marroquí amb el certificat del Consolat del Marroc i el Codi de l'Estatut Personal del Marroc parcialment traduït.

La sentència de l'Audiència Provincial de Màlaga de 12-04-2000 <sup>669</sup>, en canvi, constata que només s'ha aportat la llei argentina als autos sense saber si és per fotocòpies o certificats i sense fer referència a cap dictamen d'experts resol el cas aplicant la llei estrangera, en aquest cas l'argentina, segons el text de la llei que consta en autos i que el tribunal interpreta segons el seu criteri arribant a la consideració que no hi ha causa de divorci d'acord amb la llei argentina.

En la segona fase de supòsits de desestimació de la demanda, veiem que pràcticament la jurisprudència menor començava a fer seva la tesis de l'Audiència

---

<sup>669</sup> AZ AC 2000/2259

Provincial de Barcelona del tot restrictiva i, per tant, també apliquen el seu criteri igualment restrictiu a l'acreditació i prova del dret estranger.

En aquest sentit, ja no cal tornar a insistir en les sentències de la Audiència Provincial de Barcelona ja referenciades que desestimaven la demanda per manca de prova de 15-09-1998 (nota referència) però si que destacaré especialment aquelles que no es limiten a desestimar la demanda per manca de prova sinó que introdueixen altres elements que suposen un anàlisi de la prova aportada. Aquest és el cas de la sentència de 6-04-2000<sup>670</sup>, que considera que el text facilitat pel Consolat del Marroc a Barcelona no és suficient per aplicar-lo però si per arribar a la conclusió que no és contrari a l'ordre públic:

*El argumento no puede ser acogido por cuanto la actora recurrente identifica y confunde la conducta del demandado Ab Dellah, con el Derecho Matrimonial vigente en el Reino de Marruecos cuando es obvio no ser así, como se induce del texto de la legislación aportada por el Consulado General de ese país en Barcelona, debidamente traducida, obrante a folios 155 a 230; ya que el proceder del demandado resulta contrario a lo que dispone el Libro II, en sus siete capítulos, del Derecho Matrimonial Marroquí (Disolución del matrimonio y sus efectos); en especial sobre Repudiación y Divorcio, con cauces institucionales y de defensa de los cónyuges, donde se prevean requisitos formales, garantías y reconocimiento de derechos de uno y otro esposo que intenten disolver el matrimonio (arts. 44 a 52 bis y 61 a 71, y concordantes); regulación que si bien es distinta a la seguida por nuestro Código Civil y Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981, 1700 y ApNDL 2355), no por eso puede ser tildada sin más, como contraria al orden público constitucional, ni contraria al orden público del art. 12-3º del CC, entendido según STS de 5 de abril de 1966 (análoga a RJ 1979, 4499), como principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada; principio que como dijo la sentencia 1 julio 1994 de la Audiencia Provincial de Madrid debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados o dar eficacia a sentencias no dictadas por nuestros Tribunales, lo cual supondría evidente infracción del art. 107 CC, donde predomina la aplicación del Derecho material propio de los cónyuges cuando siendo extranjeros tienen la misma nacionalidad. Por tanto, como la ley marroquí no ha sido actuada en el presente procedimiento, según la norma de conflicto o conexión, es claro no cabe dar entrada al Derecho Español (según regla subsidiaria art. 107 CC), y aplicar a súbditos marroquíes una institución, como la separación legal, desconocida por su propio país, por tal razón el fallo desestimatorio de*

---

<sup>670</sup> AZ AC 2000/1088

*la pretensión actora ha de ser confirmado, sin perjuicio de hacer valer el derecho propio aplicable por razón de la nacionalidad común de Nadia y de Ab Dellah ante los Organos Jurisdiccionales Españoles como autorizan los arts. 21.3 y 22 de la LOPJ 6/1985, de 1 julio (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375).*

Per altra banda, sí que cal fer un petit apunt de les sentències dels jutjats de primera instància de Mataró.

Així, la sentència del jutjat de primera instància 4 en el cas de S.<sup>671</sup> respecte l'acreditació i prova del dret estranger es fa un considerable embolic i sense més argumentacions i més anàlisi, malgrat haver aportat la demandant força documentació, resol les mesures prèvies sol·licitades a l'empara de l'article 158 CC per protegir als menors al·legant:

*El artículo 12 del código civil, impone a la parte que ejercita la acción, la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero, por los medios de prueba admitidos por la ley española, y si bien es cierto que el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, tal actividad ha de ser realizada en la instancia, tanto en lo que se refiere a la concreción de la norma concreta aplicable y su vigencia, como al juicio de equivalencia de instituciones con las recogidas en el ordenamiento español, o la ponderación de la sujeción de la norma extranjera al orden público, otorgando a las partes la posibilidad de alegar y probar sobre los anteriores extremos. Conforme a las normas invocadas y acreditadas por la solicitante. Código del Estatuto Personal, no cabe la adopción de medidas provisionales previas a la petición de disolución del vínculo matrimonial, de forma similar a lo previsto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular que el cónyuge que se proponga a interponer demanda de divorcio, nulidad o separación matrimonial, podrá solicitar ante el Tribunal de su domicilio la adopción de las medidas y efectos a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil. En consecuencia, la adopción de medidas al amparo de dichos artículos resulta improcedente, sin que el derecho marroquí, en su conjunto, pueda ser considerado contrario al orden público español, como se pretende en la solicitud, cuando el propio Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones sentencias dictadas por tribunales de dicho país en materia matrimonial.*

Ja es pot comprovar que intenta fer seva la tesi de l'Audiència Provincial i no analitza la prova aportada, de la que tan sols comenta que hi ha el Codi d'Estatut Personal del Marroc per després afirmar que no queda acreditat que es puguin demanar les mesures de l'article 771 de la LEC 1/2000 en relació al 102 i 103 del CC, afirmant

que el dret marroquí en el seu conjunt no resulti contrari a l'ordre públic. Les incongruències són patents:

La part demandant aportava força documentació amb la demanda acreditativa del dret marroquí al seu entendre. El jutge hauria hagut primer de determinar si aquesta documentació era suficient per deixar acreditat el dret estranger i, en canvi, no diu res al respecte.

Sembla sobreentendre's que la documentació aportada la considera suficient per determinar que no és contrària a l'ordre públic i, per tant, llavors hauria de determinar un cop més que el dret marroquí s'ha de provar i si s'ha provat suficientment per aplicar-lo, però no fa res d'això i sembla donar a entendre que considera acreditat que el dret marroquí no permet l'adopció de les mesures provisionals de l'article 771 de la LEC 1/2000. En què quedem doncs?

La confusió en aquest temes es repeteix en altres jutjats de primera instància del mateix partit judicial de Mataró. Alguns resolen les mesures prèvies a l'empara de l'article 158 del CC sense qüestionar-se gaire cosa més. Així, trobem l'auto de mesures prèvies a la demanda de 28-05-2002 del Jutjat mixt 6 de Mataró. D'altres apliquen el dret estranger, considerant provat el mateix per la documental aportada i considerant provada igualment l'existència de causa de divorci invocada per l'esposa, així la sentència de 29-11-2002 del Jutjat mixt 6 de Mataró<sup>672</sup>

D'altres encara desestimen la demanda per aplicació del criteri de la Audiència Provincial tornant a barrejar conceptes. Així, la sentència del jutjat de primera instància 2 de Mataró de 5-12-2001<sup>673</sup> Aquesta sentència desestima la demanda per no acreditació del dret estranger, però després d'acord amb el mateix dret estranger que no considera acreditat, manifesta que no es pot accedir a la separació sol·licitada en base al dret espanyol per considerar el dret marroquí contrari a l'ordre públic, perquè el dret marroquí considera només la separació i no el divorci. en què quedem doncs? És evident que aquesta argumentació és semblant a la de la Sentència de l'Audiència Provincial de 6-04-2000, però encara més confusa perquè per un cantó desestima per manca de prova del dret estranger i per l'altra precisament en base a la prova del dret estranger que hi ha als autos afirma:

---

<sup>671</sup> El supòsit de fet de S. està explicat a l'annex 2 ref. 13-5/2001.

<sup>672</sup> Veure el supòsit de fet de G. explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001 i la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció 6 de Mataró el 29-11-2002, ja comentada en diverses parts d'aquest treball i més extensament a la pàg. 389 a 391.

*Sin embargo, de lo actuado en el procedimiento se debe concluir en la desestimación de la demanda, no sólo por falta de prueba del derecho marroquí, sino también por la inexistencia en el referido ordenamiento de norma sustantiva que permita la acción instada por los consortes. Así de la única documental aportada al respecto por la parte actora que contempla la disolución del matrimonio según el Derecho marroquí, no estando prevista la separación, en cuanto la misma no supone disolución del vínculo, en todo caso la demanda debe ser desestimada; ni siquiera aún cuando se intentara o mantuviera una equiparación respecto al instituto de la “separación” en nuestro ordenamiento jurídico, y los supuestos de divorcio revocable, según la legislación marroquí, (equiparación en todo caso que no ha sido acreditada por las partes), se podría llegar a la estimación de la demanda, pues del relato de hechos realizado en la demanda y del resultado de la prueba obrante en autos no aparece acreditada la existencia de ninguno de los supuestos contemplados como tales en la legislación marroquí.*

En la tercera fase de més obertura de l’Audiència Provincial de Barcelona i, en conseqüència, dels jutjats de primera instància també cal tenir molt present la sentència del TC que va donar total validesa a la teoria de necessitat d’aplicació del dret espanyol en cas de manca de prova del dret estranger.

Així, la sentència de 18-06-2002 que en el cas de R. i revocant l’anterior sentència del jutjat de primera instància 2 de Mataró de 5-12-2001 declarava provat el dret estranger per la documentació aportada per la part actora i en virtut del canvi de criteri operat estimava la demanda de separació.

En igual sentit la sentència de 30-04-2002<sup>674</sup> que malgrat no haver-se al·legat ni provat el dret estranger s’estimava la demanda de separació instada.

En aquest període també es produeix la sentència en el cas del colombians ja comentada<sup>675</sup> que acaba aplicant dret espanyol malgrat la prova del dret estranger aportat.

En l’àmbit de la Audiència Provincial de Barcelona continua amb la seva visió més oberta i procliu a l’admissió de les demandes i resoldre el fons del tema, però que continua igualment amb criteris poc precisos sobre la prova del dret estranger.

Així, la sentència de 30-09-2003 de l’Audiència Provincial de Barcelona simplement es diu: “*este tribunal tiene conocimiento del derecho marroquí, obrando en*

---

<sup>673</sup> El supòsit de fet està extensament explicat a l’annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>674</sup> QUIÑONES, A.: *La disolución del matrimonio: especial referència al repudio islámico*, en RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir): *La multiculturalidad especial referencia al Islam*. Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002

<sup>675</sup> Supòsit de fet explicat a l’annex 2 ref. COLOMBIA.

*el rollo ejemplar del Código de Estatuto Personal y de Sucesiones del Reino de Marruecos, lo que permite efectuar aplicación al supuesto que nos ocupa de la legislación nacional de los litigantes”.*

Pel que fa als criteris d'altres Audiències Provincials tenim també criteris variats.

Així, la sentència de l'Audiència d'Astúries de 14-01-2002 declara provat el dret aportat per la conformitat de les dues parts en l'existència i vigència del mateix i la corroboració feta per l'ambaixada d'Algèria i decreta el divorci en base a aquesta llei d'Algèria:

*“Ahora bien la existencia, vigencia y aplicación al supuesto enjuiciado del C. de familia argelino de 9-6-1984 aprobado por la Ley 84-11 no ha sido cuestionado en la instancia por la parte demandada quien en la contestación a la demanda así lo reconoce y cuya existencia, vigencia y contenido ha sido corroborado por la Embajada de Argelia en Madrid al adjuntar el texto de la Ley argelina vigente en materia de divorcio, que fue traducida. En consecuencia se reputa acreditado el contenido normativo existencia y vigencia del derecho extranjero en el supuesto enjuiciado”.*

Destaca aquesta sentència en contraposició a la dictada en el cas dels Colombians on les dues parts també estaven d'acord en l'existència i vigència del dret colombià i existia prova aportada a través del consolat ni que fos indirectament i, en canvi, es considera no acreditat el dret estranger i aplica dret espanyol.

Més curiosa resulta la sentència de l'Audiència Provincial de Múrcia de 12-05-2003:

*En el presente caso ninguna de las partes ha invocado el derecho sustantivo de Marruecos, constituido por el Código de Estatuto Personal (la Moudawana), de 1993, donde no está regulada la separación, sino el repudio y el divorcio, no habiéndose probado tampoco dicho ordenamiento, por lo que no es posible su aplicación. En estos supuestos se plantea el problema de cuál debe ser la solución jurídica que han de dar los Tribunales españoles, si desestimar la demanda por la falta de invocación y acreditación del derecho aplicable (en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 [RJ 2001\6477] y 25 de mayo de 2001 [RJ 2001\8698]) o si han de resolver recurriendo a los restantes sistemas de conexión, que nos llevan al derecho español sustantivo (el Código civil). En esta última dirección doctrinal es especialmente relevante la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001, de 2 de julio (RTC 2001\155), conforme la cual, ante la falta de acreditación del derecho extranjero aplicable al caso, que debía haber hecho el que lo invoca, debe aplicarse el español antes que optar por desestimar la demanda. Sin embargo, tal solución parece estar en contradicción con el carácter de orden público de las normas de conflicto (art. 12.1 del Código civil), y dejar a la voluntad de las partes el derecho sustantivo aplicable. En todo caso, en el presente*

*supuesto la esposa ha manifestado a lo largo del proceso el carácter limitador de sus derechos básicos que implicaría para ella la aplicación de su derecho nacional, con lo que está invocando la excepción de orden público internacional español (art. 12.3 del Código civil) al vulnerar su derecho nacional aplicable principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como la no discriminación por razón de sexo, lo que excluye su aplicación por los Tribunales españoles, que han de atender a las normas de conexión subsidiarias del mismo art. 107.1 del Código civil (ley de la residencia habitual común de los cónyuges) y, en otro caso, a la Lex fori, que también es la española. Además, esta postura aparece justificada por razones de economía procesal, pues en el caso de desestimar el recurso por no haber sido fundado según el derecho marroquí, la recurrente podría volver a plantear su pretensión basándose en tal derecho, que al ser considerado contrario al orden público internacional español, daría lugar a que, finalmente, se aplicara el derecho material español, llegando a la misma solución con retrasos injustificados, dada la naturaleza de los derechos discutidos y la existencia de menores afectados.*

La curiositat d'aquesta sentència es concreta en la conclusió final d'entrada, ja que malgrat que cap de les parts no ha al·legat ni provat el dret marroquí considera que per economia processal ha d'estimar la demanda perquè en el cas que es considerés provat aquest seria contrari a l'ordre públic i, per tant, si desestimés la demanda s'hauria de presentar una de nova que tindria el mateix resultat. Fins ara no havien vist que s'hagués utilitzat un argument tant pràctic com l'economia processal per determinar la llei aplicable i, en conseqüència, l'estimació o no de la demanda.

Però aquesta sentència també és curiosa pel que fa al tema de la prova del dret estranger. Cal recordar que cap de les dues parts ha al·legat ni provat el dret marroquí, però entén la sentència que per aplicació de la doctrina establerta en la STC 155/2001 de 2 de juliol s'hauria d'aplicar dret espanyol, descartant després tot seguit aquesta possibilitat per considerar així que es vulneraria llavors el caràcter imperatiu de la norma de conflicte. Fins aquí l'argumentació de la sentència ja resulta una mica confusa i contradictòria, però podríem concloure a la vista de l'anàlisi jurisprudencial fet que aquesta és una mica la tònica general. La mateixa sentència acaba de confondre totalment quan després d'aquesta argumentació i sense cap prova del dret estranger determina que malgrat que no s'ha provat res de res del dret estranger ni tan sols s'ha al·legat considera provat que aquest dret estranger, en aquest cas marroquí, és contrari a l'ordre públic perquè la demandant ha declarat al llarg de tot el procés que la normativa de la seva llei nacional li vulnera tots els drets bàsics. Llavors determina el tribunal que per aplicació dels criteris subsidiaris de l'article 107 CC, residència habitual dels cònjuges o *lex fori* la legislació a aplicar és l'espanyola. Reafirmant aquest criteri amb la seva teoria basada en l'economia processal.



Aquest sentència pot ser molt ajustada a la resolució del cas concret, però la fonamentació jurídica és el tot confusa. Centrant-nos en la qüestió de la prova del dret estranger és de destacar que sense cap prova aportada per les parts sobre aquest, ni que en consti cap altra realitzada a instància judicial en tot el procediment, el tribunal determini que el dret estranger és el contingut a la Mudawana (Codi d'Estatut Personal del Marroc) de 1993 que aquest no recull la separació matrimonial sinó tan sols el repudi i el divorci i que el mateix és contrari a l'ordre públic. És evident que a aquesta conclusió sense prova només es pot arribar pel coneixement personal que el tribunal té d'aquest dret. Si és així, hauria de dir-ho expressament i mantenir-se en la idea que en no ser el dret una qüestió només de fet es mantindria encara que atenuat el principi de *iura novit curia* i que, a més, a l'empara de l'article 281 i 282 de la LEC 1/2000 la prova del dret és possible per tots els mitjans de prova incloent una participació activa del jutge que en aquest cas es concreta pel seu coneixement personal, podent a més afegir alguna referència concreta de les fonts que li permeten al tribunal al seu coneixement personal del dret estranger. En canvi, d'aquesta actitud sembla que doni per bones les al·legacions d'una sola de les parts que manifesten la vulneració de drets que suposa la seva llei personal sense cap prova. Aquesta argumentació creiem que fins i tot podria causar indefensió a l'altra part a la que s'està argumentant un dret no provat que, evidentment, hauria de conèixer mínimament, ni que fos el justificable per raó de la seva nacionalitat, però que ja hem vist que no sempre és així. El jurídicament més correcte davant la inactivitat probatòria de les dues parts potser el millor hauria estat desestimar la demanda, criteri no aconsellable a la pràctica davant l'existència de menors que podrien quedar desemparats. Per tant, en aquest supòsit per salvar la justícia del cas concret i mantenir certa coherència jurídica potser el millor hauria estat admetre la demanda per aplicació del dret espanyol en no haver-se provat el dret estranger, havent-se de valorar si més no el caràcter innovador de la sentència i la introducció del concepte clar d'economia processal.

La sentència de l'Audiència Provincial de Castelló de 21 de gener de 2004, es dedica a fer una anàlisi gairebé històrica dels requisits per a la prova del dret estranger,<sup>676</sup> quan en realitat no tenia gran importància donat que per aplicació de la norma de conflicte en ser de nacionalitats diferents (espanyol el marit i iraniana l'esposa) la llei aplicable era l'espanyola. Entenc que la sentència entra en el tema perquè les parts al·leguen que es van casar segons la normativa alcorànica i de fet el que feia l'esposa en base a la mateixa es reclamar la dot. La qüestió posa de manifest el rerefons cultural però no hauria de suscitar cap discussió al voltant del dret estranger que davant nacionalitats diferents i a manca de capitulacions matrimonials expresses.

Després de fer aquest repàs històric sobre els criteris tradicionals, la sentència assumeix aquesta posició clàssica i determina no provat el dret estranger davant la manca dels requisits que s'han anat demandant des de concepcions molt tradicionals.

---

<sup>676</sup> Ja comentada a la pàg. 463-467.

*Y es claro que en el presente caso no se han cumplido tales exigencias, pues como prueba de la vigencia, alcance y contenido del derecho extranjero que se invoca sólo se ha traído una comunicación de la Embajada Iraní relativa a la validez de los matrimonios celebrados en dicha embajada y una breve referencia a los preceptos reguladores de la dote, junto con una traducción de los mismos (folios 44 al 52). Podrá estar la Autoridad iraní habilitada para declarar la validez de tales matrimonios con arreglo a su propia legislación, pero no para aventurar que la tengan en España.*

*Por lo tanto, no es de aplicación por este tribunal el Derecho Civil iraní que se invoca.*

En els darrers temps, després de les STC potser podem considerar que la jurisprudència en general s'està decantant cap a la postura d'aplicar dret espanyol en cas de manca de prova del dret estranger, però no és un costum del tot generalitzat<sup>677</sup>. A més, algunes d'aquestes mateixes sentències que es decanten finalment per a l'aplicació del dret espanyol posen de manifest que cada tribunals té criteris diferents sobre què admetre com a prova del dret estranger i què no. Per tant, el millor consell a la pràctica diària, consisteix si és possible en conèixer el criteri del jutge i en cas contrari preparar totes les opcions possibles per aconseguir el resultat més adequat al justiciable. S'ha de seguir un criteri coherent jurídicament però sense oblidar els interessos dels litigants. El bon assessorament ha d'anar encaminat en aquestes qüestions encara que a nivell doctrinal es puguin tenir posicions més definides.

---

<sup>677</sup> Veure de nou, a títol d'exemple, SAP Castellón Sección 2º de 7-04-2005. REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA núm 29. Octubre –diciembre 2005 (AZ JUR 2005/132544) ED 2005/63440, citada i comentada a la nota 597. En l'àmbit social ja s'havia posat de manifest la discrepància amb la postura del TC. Veure STS (sala social) 25-05-2001 (AZ RJ 2001/8698) i l'article de CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: La Sala de lo social contraataca*. AEDIPr. 2002.

## **V.- PROBLEMÀTIQUES BÀSIQUES QUE ES PRODUEIXEN EN L'EXECUCIÓ RECÍPROCA DE SENTÈNCIES EN MATÈRIA DE DRET DE FAMÍLIA**

Un cop tenim una sentència en que es reculli la separació o el divorci, l'important és que aquesta desplegui els seus efectes. És evident que una sentència dictada pels òrgans jurisdiccionals espanyols, un cop ferma tindrà plens efectes a Espanya i es podrà demanar la seva execució forçosa respecte d'aquells punts que no es compleixin. En els casos de les sentències de separació i/o divorci espanyoles tenen dos efectes bàsics: el primer el declarar la separació o el divorci amb el conseqüent efecte sobre l'estat civil de les persones i en conseqüència el possibilitar la seva inscripció al Registre Civil on consta inscrit aquest matrimoni. El segon conjunt de resolucions que fixen les sentències de separació o divorci és el de determinar els efectes que el mateix té sobre els fills ja siguin de relació paternofilials i/o alimentàries i també altres efectes econòmics o patrimonials respecte dels cònjuges.

Per tant en l'àmbit de les sentències de separació o divorci que al seu torn tenen efectes econòmics executables, es produeix la doble necessitat la de reconeixement, però també la de l'execució.

### **1.- Necessitat de delimitació de conceptes.**

#### **A. Els efectes constitutius i la inscripció registral.**

Quan es dicta una sentència de separació o divorci entre ciutadans magribins residents a Espanya per part dels tribunals espanyols el primer problema que es planteja és que aquesta declaració constitutiva de la separació o divorci no té registre civil espanyol on inscriure's perquè en la majoria de vegades els matrimonis s'han celebrat al país d'origen i com que els contraents són estrangers aquest matrimoni no ha tingut accés als Registre Civil espanyol. Aquesta dificultat ha portat en una apreciació errònia a desestimar la demanda o, fins i tot, a declarar la incompetència del tribunal perquè la sentència resultant no es podria inscriure en el Registre Civil espanyol i tampoc tindria

efectes al país d'origen, barrejant els concepte de llei aplicable i el d'execució i competència judicial.<sup>678</sup>

En alguns casos hi ha hagut algunes posicions imaginatives per parts dels jutjats. Així, hi ha casos que en la sentència el que es disposa és que si hi ha fills menors nascuts a Espanya, la sentència sobre la separació o divorci dels pares s'inscriu com una anotació al marge de la inscripció de naixement dels fills. Aquest ha estat el cas de F., Be. i Am.<sup>679</sup> En aquest últim cas, a més, la sentència determinava que s'enviés ofici al Consolat Marroquí a Barcelona perquè prenguessin nota d'aquest divorci.

Respecte els efectes d'aquestes sentències espanyoles declarant la separació o divorci al país d'origen també hi ha idees prefixades que porten a conclusions errònies per part dels tribunals i, fins i tot, per part d'alguns autors<sup>680</sup>. Sovint s'afirma que les sentències espanyoles no tenen cap mena d'efecte als països d'origen dels litigants sobretot si s'han dictat en base al dret espanyol. Això potser va ser així, però ja no era aquesta la situació des del conveni entre Espanya i Marroc de 30-05-1997 i després més recentment amb el conveni amb Tunísia. Per tant, aquesta no pot ser una conclusió general, ni argument o motiu per desestimar demandes o declinar la competència o per aplicar dret estranger clarament contrari a l'ordre públic.

El cas d'Am.<sup>681</sup> desmenteix aquesta conclusió, perquè finalment va obtenir el reconeixement del seu divorci al Marroc, si bé després d'un procediment llarg, difícil i en el que va haver de canviar d'advocat tres vegades al país d'origen. Recordem que la sentència dictada a Espanya havia aplicat dret espanyol, després d'haver reconvertit el procediment inicialment contenciós en un procediment de mutu acord. Més difícil, és cert, ho tindran les sentències espanyoles que només reconeixin la separació matrimonial.

---

<sup>678</sup> Així, la sentència dictada en el cas R. (explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999) pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Mataró (antic mixt 2) autos 375/1999 el 5-12-2001 que al·legava fent seves altres resolucions anteriors el següent: "*ya que debe alegarse y probarse por la parte demandante el derecho vigente sobre la materia en el Reino de Marruecos, sin cuyo requisito en enjuiciamiento de la acción ejercitada no resulta posible, puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público, y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni ser subsanada por el tribunal español su falta de alegación mediante el mecanismo de la aplicación de la ley española, toda vez que, en tal caso, la sentencia que se dictase, carecería de efectos jurídicos en el país en el que consta inscrito el matrimonio de los litigantes*".

<sup>679</sup> Els supòsits de fet de cada una d'elles estan explicats a l'annex 2 ref. 3-2/1999, ref. 1-1/1995 i ref. 4-1-1999, respectivament.

<sup>680</sup> Així, per exemple, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero*. REDI vol LVI (2004) I, quan parla de la legislació estrangera i de la impossibilitat de la dona d'iniciar procediment de divorci al Marroc, ja comentat a la nota 194.

En el mateix sentit, la sentència esmentada a la nota anterior.

<sup>681</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999.

Per altra banda els altres efectes que recullen les sentències espanyols de separació i/o divorci és evident que tenen plena aplicació a Espanya. Per tant, si la família magribina és resident a Espanya li interessa tenir una resolució que sigui fàcilment executable aquí en matèria de guarda i custòdia, regim de visites, pensions alimentàries, compensatòries, etc...

És evident que una sentència marroquina i també tunisiana per aplicació dels convenis bilaterals existents pot ser reconeguda i aplicable a Espanya i, per tant, si en la mateixa es fixa guarda i custòdia de fills, pensions econòmiques, etc... aquestes es podran executar a Espanya per aplicació del procediment previst entre els dos països. Més complicat pot resultar el reconeixement de l'efecte constitutiu d'aquesta sentència. La dissolució del matrimoni celebrat a l'estranger i inscrit a l'estranger, no sembla que hagi de tenir transcendència registral a Espanya, però el reconeixement d'aquesta resolució judicial constitutiva no només és l'accés al registre, sinó en molts casos el valor de prova per determinar, per exemple, un cop a Espanya que el matrimoni ja s'ha dissolt per a multitud d'efectes, des de el dret o no a residència per reagrupament familiar, fins a la voluntat de tornar-se a casar, passant per l'acreditació del vincle o no a efectes de prestacions, ajuts, subsidis o prestacions.

En aquesta línia la DGRN i la doctrina han anat distingint al llarg del temps entre el divorci decretat a l'estranger on algun membre és espanyol i en el cas que no ho siguin, demanant la necessitat de reconeixement previ per produir efectes a Espanya només respecte d'aquelles resolucions de divorci que afecten als espanyols o a matrimonis d'estrangers inscrits a Espanya, però no sent necessari quan afecta a estrangers el matrimoni dels quals no s'ha celebrat tampoc a Espanya.<sup>682</sup> Aquesta distinció s'ha d'entendre sempre respecte dels efectes constitutius sobre l'estat civil de les persones i el seu accés al Registre.

---

<sup>682</sup> En un primer moment la DGRN mantenia una interpretació literal de l'article 107.II del CC demanant sempre l'exequàtur de tota resolució estrangera de separació o de divorci (resolucions de 2-11-1981, 26-08-1982, 5-10-1990, 23-12-1981 i 30-03-1982). Després va matitzar aquesta postura demanant només aquest exequàtur respecte de les sentències que afecten a espanyols o a un matrimoni d'estrangers inscrit a Espanya. En el cas dels espanyols, cal fins i tot quan el matrimoni celebrat a l'estranger que s'ha dissolt no va tenir accés al Registre espanyol. En aquests casos caldrà inscriure primer el matrimoni, després obtenir el reconeixement del divorci, per a instar la seva inscripció al registre i procedir després a inscriure el segon matrimoni que hagués pogut celebrar aquest espanyol. Cita extreta de CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Competencia judicial internacional*. Temas de Derecho Internacional (2002)- V LEX IN309. ([www.vlex.com](http://www.vlex.com)), en l'apartat: *Divorcio internacional, separación matrimonial internacional y nulidad matrimonial internacional*.

La supressió de l'apartat segon de l'article 107 no ha canviat aquestes orientacions doctrinals i jutisprudencials sobretot si es té en compte que com hem vist aquestes aportacions havien tendit a limitar la interpretació literal d'aquest article.<sup>683</sup>

## **B. L'efecte de cosa jutjada i l'execució dels efectes paternofilials o patrimonials d'una sentència de divorci i/o separació matrimonial.**

L'efecte de cosa jutjada d'una sentència estrangera és potser un dels efectes més importants després de l'efecte constitutiu ja que atorgar aquest efecte a una sentència estrangera implica que el jutge espanyol està vinculat per aquesta decisió i que, per tant, no podrà decidir de manera diferent sobre la mateixa i encara més no podria tornar-se a plantejar un procediment a Espanya sobre la mateixa qüestió. En aquest sentit, i per atorgar efecte de cosa jutjada, sembla clar que caldrà tramitar i aconseguir l'exequàtur a Espanya de la resolució estrangera<sup>684</sup>. Jurisprudencialment, malgrat que aquesta és la tendència<sup>685</sup>, també s'ha dotat aquest efecte de cosa jutjada a sentències estrangeres sense passar pel procediment d'exequàtur. En aquest sentit, trobem una sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 12-04-2000<sup>686</sup>, que sense molts requisits formals entén que existeix un procediment a l'estranger:

*En cuanto a la pretensión relativa a la fijación, por parte de los Tribunales españoles, de una cantidad en concepto de alimentos en favor del hijo común a cargo del demandado-apelante, estima el Fiscal que ello no resulta posible en la actualidad, toda vez que la cuestión se resolvió ya por el competente Tribunal de Ksar El Kebir (o Alcazarquivir). En concreto, obra en el Rollo la traducción jurada del acta de pago efectuada, por cuenta del demandado-apelante, acreditativa de que un representante suyo consignó ante el Tribunal la pensión alimenticia de su hijo, relativa al periodo comprendido entre el 1-09-1998 y el 30-06-1999. SEPTIMO.- Por tanto, el Fiscal entiende que la existencia de la obligación de prestación de alimentos a cargo del demandado-apelante en favor de su hijo fue resuelta por un tribunal extranjero competente en el momento de la sentencia de divorcio; y que en la propia resolución se fijó la cuantía de tal prestación. OCTAVO.- Obviamente, de la*

<sup>683</sup> ARENAS GARCIA, R.: *La nueva redacción del artículo 107 del Código Civil*. R.E.D.I vol LVI (2004) 1.

<sup>684</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Competencia judicial internacional*. Temas de Derecho Internacional (2002)- V LEX IN309 ([www.vlex.com](http://www.vlex.com)), en l'apartat: *Divorcio internacional, separación matrimonial internacional y nulidad matrimonial internacional*.

<sup>685</sup> Així, les SAP Barcelona rollo 668/2002 de 25-11-2002 (JUR 2003/61807), SAP Múrcia nº 166/2003 de 12-05-2003 (AC 2003/1676) SAP Barcelona de 30-09-2003 (AC 2003/1861). SAP Màlaga nº 384/2004 de 31-03-2004 (VLEX PDIJ051 [www.vlex.com](http://www.vlex.com)).

<sup>686</sup> SAP Girona 189/2000 SEC 1 12-04-2000 (AZ JUR 2000/191393)

*misma documentación se evidencia que han existido importantes retrasos en el cumplimiento de la obligación; y asimismo, la fecha de la consignación debe considerarse "sospechosa" al hallarse comprendida entre la citación del demandado y la fecha del juicio verbal. NOVENO.- Pero ello, no puede soslayar la cuestión de que existe una precedente resolución sobre la misma materia que es objeto de este proceso, cuya resolución fué dictada por un tribunal competente, aun cuando la excepción no hubiera sido planteada en el momento adecuado."*

També existeix una altra sentència de la mateixa Audiència Provincial de Girona de 15-09-2003<sup>687</sup>, que demostra el meu entendre la gran confusió que hi ha en tots aquests casos:

*El hecho de que al demandado se le haya admitido aportación documental una vez transcurrido el periodo probatorio en primera instancia, obedece a las dificultades de emplazamiento, que habían propiciado su situación de rebeldía al ignorarse su domicilio. Una vez averiguado éste y conocida por el demandado la pendencia del proceso, compareció, alegó y aportó prueba documental, lo cual fue admitido por providencia de 18 de octubre de 2002 (fol. 72 de los autos), dando traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, sin que dicha providencia de admisión fuera recurrida, ni cuestionada la comparecencia del demandado, por lo que alegar ahora defectos procesales al respecto, resulta extemporaneo e inaceptable.*

*Otro tanto ha de decirse en cuanto a la alegación de que la Sentencia extranjera no es firme, o que fue dictada en rebeldía de Sra. Margarita, pues no se deduce que la misma no sea firme del documento obrante al folio 69 de los autos, donde consta incluso que el aquí demandado ha depositado las sumas impuestas en la Sentencia extranjera en la Caja del Tribunal de 1ª Instancia de Nador, lo que evidencia el carácter ejecutivo de dicha resolución.*

*Y si la Sra. Margarita permaneció o no en rebeldía en el procedimiento de divorcio ante los Tribunales de Marruecos, y si esa rebeldía fue voluntaria o no, es algo que no costa en autos, ni tiene relevancia en el presente proceso, donde se demuestra que siendo los litigantes de nacionalidad marroquí, ha recaído una Sentencia del Reino de Marruecos que les afecta en tanto acuerda su divorcio y se pronuncia sobre los alimentos para la hija común, régimen de visitas, guarda y custodia e incluso retribuciones económicas a la madre a cargo del demandado (esto último no objeto de la presente litis), por lo que no compete a esta jurisdicción española, acordar medidas ya fijadas en dicha resolución con respecto a la hija común conforme a la legislación aplicable a los litigantes por su nacionalidad común, ni es admisible la alegación de que se trata de medidas*

---

<sup>687</sup> SAP Girona nº 335/2003 de 15-09-2003 (AC 2003/2313). Veure comentari d'aquesta sentència a "Ley aplicable a la separación y divorcio" de MOYA ESCUDERO, M. en el AEDIPr 2005. (pàg. 878-882).

*provisionales, cuando de la demanda se desprende claramente que no es así, y no es momento procesal para modificar el petitum.*

En el cas que es jutjava no es tractava de determinar si els tribunals espanyols eren competents o no. Si la residència habitual dels litigants era a Espanya, o com a mínim la darrera residència habitual comú del matrimoni era aquí, és evident que els tribunals espanyols en són competents. El que li correspondria al jutjat era determinar si podria prosperar l'excepció de cosa jutjada, que era el que estava al·legant el demandat i en aquest sentit la sentència és del tot incorrecta. El primer que caldria analitzar era els requisits formals de la sentència que s'aporta i, en segon lloc, determinar si aquesta sentència estrangera pot tenir efectes immediats a Espanya sense necessitat de procediment d'exequàtur en al·legar-se el seu efecte de cosa jutjada. En aquest sentit, entenc que si calia sobretot l'anàlisi d'aquesta sentència estrangera a la llum del Conveni Hispano-marroquí de 30-05-1997, que la sentència ni tan sols esmenta.

La comprovació no sols de la rebel·lia d'una de les parts sinó el moment d'interposició de la demanda al Marroc és clau per determinar si aquesta sentència marroquina es pot admetre a Espanya o no. Si no es té aquesta cura en aquests aspectes, és quan es fomenta el *forum shopping* i el turisme divorcista perquè es permet que una persona demandada a Espanya intenti no ser emplaçada i corre al país estranger per obtenir una sentència més ràpida i més ajustada als seus interessos produint indefensió a l'altra part i en la majoria dels casos també als fills menors del matrimoni i que en alguns casos es poden recollir resolucions que siguin totalment contràries a l'ordre públic. A més, en aquests casos no cal oblidar els diferents efectes que produeix una sentència ja comentats el pròpiament constitutiu i l'executiu (amb efectes patrimonials i sobre els fills). Les parts poden estar d'acord amb el divorci i el seu efecte constitutiu però no amb els efectes patrimonials o paternofilials que se'n deriven.

Reconèixer efectes de cosa jutjada a una sentència estrangera sobre separació o divorci també s'ha d'entendre que s'estén respecte dels efectes patrimonials i paternofilials que la mateixa estableix, que només es podrien canviar a través d'un nou procediment de modificació d'aquests efectes però no a través un altre procediment sobre separació o divorci que ja s'ha seguit i sobre el que ja hi ha una sentència estrangera amb efecte de cosa jutjada.<sup>688</sup>

---

<sup>688</sup> Aquest sembla que és el mateix sentit que li dóna ATS de LA RIOJA de 25-04-2003 (AZ JUR 2003/150981) en què malgrat no parlar de cosa jutjada desestima la inadequació de procediment perquè ja



Quan la sentència estrangera de separació o divorci estableix uns efectes econòmics com la prestació de pensions alimentàries, compensatòries etc. i també uns pronunciaments sobre guarda i custòdia, règim de visites i altres relacionades amb les relacions paternofilials i es vol que aquests efectes es compleixin en el territori de l'estat que no ha dictat la sentència, per exemple a efectes d'embargaments, caldrà evidentment un procediment d'exequàtur perquè es puguin executar aquests efectes i mesures.

### **C. La sentència estrangera com a document públic.**

Hi ha un sector doctrinal que entén que una sentència estrangera encara que no s'hagi seguit un procediment d'exequàtur té el valor de document públic i, per tant, de prova.<sup>689</sup> Quan estem davant d'una sentència de separació o divorci entenc que aquesta no es pot valorar com a prova respecte dels seus efectes o relacions paternofilial, que a més en molts casos caldrà que tinguin un efecte executiu directe que ha de permetre, per exemple, executar les pensions alimentàries o compensatòries que fixa la mateixa i també un possible regim de visites. Per tant, és evident que en aquests casos malgrat haver-se celebrat el matrimoni a l'estranger i existir una sentència de divorci a l'estranger aquesta pot necessitar produir efectes executius a Espanya més enllà dels constituïts i per aquests altres efectes caldrà seguir i obtenir el corresponent procediment d'exequàtur.

Ara bé, la sentència estrangera es podria considerar com a document públic estranger sempre i quan compleixi els requisits de validesa exigits per la LEC i llavors

---

hi ha sentència al Marroc: *Constan a los folios 47 y siguientes, resolución dictada por Tribunal de Marruecos, relativa al divorcio acordado entre doña Ana María y don Serafín, en la que se dispone respecto a la pensión alimenticia a favor del hijo menor en que se fijaba la cantidad de 750 dhs, mensualmente, o sea la cantidad de 2.250 dhs, por trimestre. Por lo tanto, acierta el Juez de instancia al estimar la excepción indicada de inadecuación de procedimiento, pues el procedimiento a seguir no es el fijado en la demanda, sin que proceda dar lugar a la ejecución de una sentencia o título extranjero, conforme al art. 523 y concordantes, de modo que una vez obtenido el exequatur o reconocimiento a efectos procesales de la sentencia extranjera, tiene que llevarse a cabo su ejecución conforme a dicho precepto, sin perjuicio de que pueda existir un convenio en el que se disponga otra forma o procedimiento de ejecución, de modo que reconocida fuerza ejecutiva en nuestro país respecto de dicha resolución, no resulta procedente el procedimiento señalado en la demanda, sino que una vez obtenido el pertinente reconocimiento, teniendo en cuenta en su caso las disposiciones que puedan existir en concreto sobre la relación de cooperación en materia civil entre España y Marruecos, debe procederse a la ejecución de la resolución de referencia de conformidad con el régimen establecido en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, se mantiene el auto impugnado, que se admite y da por reproducido en al presente con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.*

<sup>689</sup> Veure DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO A. *Sobre la necesidad de exequàtur para la inscripción de las sentencias extranjeras de divorcio*. AEDIPr 2001.

admetre el seu valor probatori en judici, quan aquesta sentència és per donar uns efectes o altres en funció de l'estat civil de les persones, no per evitar un procediment de divorci instat a Espanya si aquest no s'ha buscat de manera fraudulenta. Així ho ha admès el TS en diverses ocasions, però en casos en què el que estava en conflicte no era un nou procediment de divorci instat a Espanya, sinó en altres procediments on afectava, per exemple, el fet d'estar divorciat o no.<sup>690</sup> Seria el cas, per exemple, de provar el divorci o separació a efectes de la sol·licitud de nacionalitat o per a l'obtenció d'ajuts o prestacions. També a l'inversa, per determinar el dret o no a una autorització de residència per a reagrupament familiar.<sup>691</sup> En aquests casos el compliment dels requisits fixats a la LEC per donar-li valor de document estranger serien suficients i només caldria recórrer al procediment d'exequàtur en casos realment dubtosos i l'organisme davant del que es presenten no és un òrgan jurisdiccional. Entenc que la generalització d'aquesta postura a les sentències de separació o divorci en qualsevol cas i per a qualsevol efecte, per tot el que anteriorment he exposat, no és possible.

Aquestes precisions són molt importants i no només en el moment de presentar un procediment d'exequàtur a Espanya d'una sentència provinent d'un país del Magrib, sinó sobretot i més sovint quan aquesta resolució estrangera s'al·lega per oposar-se a un procediment obert a Espanya a instància de l'altre cònjuge. És sobretot en aquests casos on caldrà exigir uns requisits mínims per dotar d'efectes a les sentències estrangers, perquè sovint és en aquests casos i no en els propis procediments d'exequàtur quan es produeix més el frau, en la recerca de la resolució judicial més favorable als interessos de cada part.

---

<sup>690</sup> Així, per exemple, en l'auto de TS de 20-04-1983 que va admetre com a prova una sentència estrangera de divorci per realitzar una declaració d'hereus abintestat. Existeixen també altres supòsits com la STS de 7-03-1973 o la STS de 14 .05-2001. AGUILAR BENÍTEZ. M i ALTRES: *Lecciones de Derecho Processal Civil Internacional*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2002. En el mateix sentit de CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Competencia judicial internacional*, dins de *Temas de Derecho Internacional (2002)*- V LEX IN309 (www.vlex.com) i les resolucions que cita SAT Catalunya (sala 1º) 23-12-1988, DGRB 1.06-1989, 10-06-1989, ATS 22-01-1992, afegint que es tracta també del sistema seguit a Itàlia a l'article 65 de la LDIPr. Igualment la SAP MURCIA 2-7-1993 (AZ AC 1993/1591) on es pretenia acreditar el fet de la separació matrimonial: *Estos preceptos hacen referencia a los requisitos necesarios para ejecutar en España sentencias dictadas en el extranjero, lo que es cuestión distinta a la aquí planteada, donde se pretende acreditar un hecho (la sentencia previa de separación) a través de un documento extranjero, lo que no es más que una manifestación del denominado efecto probatorio que puede producir en nuestro país una sentencia extranjera, sin necesidad de su reconocimiento y ejecución por los trámites de los arts. 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

<sup>691</sup> Veure per exemple en aquest sentit la STS 25-01-2006 (AZ RJ 2006/4338), on es reconeix l'efecte de divorci d'una resolució marroquí per a concedir el visat de reagrupament familiar a la segona esposa, que s'havia denegat per no haver reconegut la validesa d'aquest trencament, sense necessitat d'exequàtur.

És en aquest punt on cal situar també la necessitat de reconeixament previ o no d'aquestes resolucions estrangeres i on cal tenir present la possibilitat o no d'utilitzar la via del reconeixament incidental, al meu parer sempre més àgil i pràctic sempre que es procuri no admetre situacions fraudulentas. No cal duplicar procediments ni abaocar a les parts a llargs plets, sempre que aquest reconeixament es faci a partir d'elements i proves contrastables i fidedignes, no a través de simples pressumpcions o documents no gaire clars.<sup>692</sup>

Sovint hi ha la idea entre els mateixos immigrants que la justícia espanyola beneficiarà més la dona i que la justícia magribina li donarà més fàcilment la raó a l'home. La realitat recolza a aquesta idea. La pràctica judicial en els països magribins bé marcada per sobre del que diguin els textos legals, per la idiosincràsia dels propis jutges, encara molt vinculats a concepcions ancorades en la tradició, però també per un munt de corrupteles i suborns, que els propis governs coneixen i que fins i tot intenten reduir amb diferents plans i projectes, de moment sense gaire èxit. En aquesta situació els textos legals sobre el paper poden ser més o menys similars a la nostra legislació, però amb això no n'hi ha prou. En molts casos les legislacions deixen molt poder de decisió als jutges que són els que han de valorar, per exemple, els perjudicis soferts per les dones o els abusos realitzats pels homes tant a l'hora de permetre matrimonis poligàmics com de decretar el divorci i aquests jutges encara en molt casos mantenen idees discriminatoris per a la dona.<sup>693</sup> Per altra banda, a aquest fet més o menys comprensible s'hi afegeix la gran corrupció existent als països d'origen, reconeguda pels propis magribins amb expressions com *“ya sabes. Allí si pagas tienes lo que quieres”* i que els exemples pràctics han posat de manifest en diverses ocasions al llarg

---

<sup>692</sup> En aquest sentit es força interessant la SAP de Barcelona de 31-03-2004 (AZ AC 2003/1109) en el marc d'un litigi on el que es pretenia era el reconeixement d'una sentència francesa en matèria d'aliments dictada abans de que entrés en vigor el Conveni de Brussel·les de 1968. L'AP de Barcelona manté que inclòs en els casos en que s'apliqui el dret autònom a manca de conveni o norma supranacional no cal l'exequàtur de la sentència estrangera per a admetre la seva validesa, manifestant que aquest només serà vàlid en el cas de que el que es pretengui sigui executar-la. Proposta aquesta interessant, pràctica i vàlida valorada per la pròpia doctrina. Veure nota de ARENAS GARCÍA, R. Sobre la mateixa al AEDIPr 2004.

<sup>693</sup> Aquesta preocupació està al darrera de les mesures de formació de jutges i operadors jurídics que s'impulsen al Marroc juntament amb la recent reforma de la Mudawana i que acompanyen els plans i instruments per a la seva aplicació, conscients que juntament amb el canvi legislatiu cal un canvi de pensament i d'actuació dels òrgans judicials encarregats d'aplicar-lo. En el cas de Tunísia, amb una legislació sobre el paper molt avançada des de fa anys es produeixen resolucions com les de les sentències referenciades a CHERIF CHAMARI, A.: *La femme et la loi en Tunisie* (Col·lecció “Femmes Magreb” dirigida per Fatima Mernissi. Editions Le fenec 1991), ja citada a en la nota 447, en les quals s'afirma que els cops i ferides lleus a l'esposa no són causa suficientment greu per determinar el divorci, malgrat que en el text es reculli expressament com a causa de divorci els perjudicis que un cònjuge infringeix a l'altre.

del present treball<sup>694</sup>. Per altra banda, sovint els procediments en aquests països potser per aquest mateix mal funcionament o corrupteles són més ràpids que els procediments seguits a Espanya. A vegades els podríem anomenar judicis llampec, sense unes veritables garanties processals. Situació que ha intentat pal·liar la recent Mudawana marroquina establint clarament un períodes de reflexió o d'intent formal de conciliació per evitar els procediments ultraràpids. Aquesta mesura, juntament amb una certa acceleració amb l'adopció de mesures urgents prèvies a la demanda de divorci o separació per part dels tribunals espanyols sobretot quan s'ha partit d'una denúncia per maltractaments en l'àmbit de la llar potser comença a donar els seus fruits i fa que cada vegada més homes establerts a Espanya, demanin la interposició aquí de procediments de divorci desistint de viatjar al Marroc.<sup>695</sup> Malgrat aquest indici de canvi de tendència, el costum habitual és i ha estat que els marits tendeixin a intentar el divorci de mutu acord als Consultats perquè saben que la dona allà tindrà menys capacitat de reacció o fins i tot es decideixin a viatjar als països d'origen per aconseguir de manera ràpida resolucions judicials favorables que després pretenen oposar a les reclamacions de les seves esposes formulades en els tribunals espanyols. Aquesta pràctica denunciada sovint per associacions de dones immigrants<sup>696</sup>, era ja habitual des de fa molts anys en altres països europeus on s'ha intentat pal·liar sense molt d'èxit amb mesures dictades en els països d'acollida i mitjançant convenis bilaterals, encaminades sobretot a detectar les actuacions fraudulent<sup>697</sup>. Les dones per la seva banda prefereixen presentar la demanda al país de residència perquè aquí se senten més protegides davant els desavantatges cada vegada més pràctics que legals que troben al seu país d'origen. Es bo conèixer l'existència d'aquestes tendències però no és indicada la postura que manifesta que les dones només plantegen demandes a Espanya per evitar en frau de llei aplicar la seva legislació del país d'origen. En aquest sentit, s'ha de deixar ben clar que els tribunals espanyols en la majoria dels casos són legalment competents, que no es pot obligar a una persona instal·lada aquí des de fa temps a seguir un procediment a

---

<sup>694</sup> Veure el cas d'A. explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998 i el de G. ref. 12-472001.

<sup>695</sup> En el meu exercici diari des de l'any 2004 (després de l'aprovació de la nova Mudawana i de les reformes en matèria de protecció a la víctima de violència domèstica) he notat un increment de consultes d'homes marroquins que volen iniciar el procediment de divorci a Espanya, manifestant alguns d'ells que ara al Marroc ja no va ràpid i que així s'estalvien el viatge i el cost judicial allà (veure en cas de MB.).

<sup>696</sup> Hi ha hagut moltes més queixes de dones immigrants magribines a França, però a títol d'exemple es pot veure per exemple a la pàgina web del group d'information et soutien des immigrés [www.gisti.org](http://www.gisti.org)

<sup>697</sup> En aplicació dels convenis bilaterals entre França i el Marroc i França i Algèria la jurisprudència ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre l'existència de suposats fraus de jurisdicció. Aquest és el cas de moltes sentències entre les que citem les següents: Cour de cassation de 24-11-1993, 15-06-1994, en

distància i que si tota la seva vida social, familiar, laboral està a Espanya el millor des d'un punt de vista de tutela judicial efectiva és que obtingui una resolució judicial que sigui directament i fàcilment executable a Espanya i que li permeti reclamar, per exemple, les pensions impagades i, fins i tot, embargar un sou que l'obligat al pagament rep d'un empresa espanyola o fer complir un règim de visites. Això no és frau de cap mena. Per altra banda, la majoria de les dones dels casos analitzats el que volen és una solució, sigui quina sigui la llei que li apliquin i sí que desconfien del seu sistema judicial i sí que tenen idees preconcebudes de la seva legislació encertades o no però en cap cas aquestes idees de fons han d'impossibilitar l'enjudiciament d'aquests litigis per la possible o no execució posterior de les sentències espanyoles.

També discrepo dels autors que determinen que la facilitat en el reconeixement a Espanya de sentències estrangeres, en no controlar-se la llei aplicable i en no existir una competència judicial internacional exclusiva, aboqui necessàriament al *forum shopping* o el turisme divorcista que tan sols apliquen les classes benestants. El cas dels magribins ens posa de manifest que aquests viatges al país d'origen de molts marits no només els fan els de les classes més benestants i, per altra banda, donat la gran mobilitat de les persones i les famílies és possible que realment hi hagin diferents països amb punts de contacte sòlids amb el litigi familiar. L'únic element a controlar és el frau i aquest no s'acaba amb l'elecció de la llei aplicable perquè ja hem vist que en el cas dels magribins sovint el que es busca no és tant el text literal de la llei al seu país d'origen sinó les facilitats i corruptes que allà troben. La millor manera de lluitar contra el frau i contra el *forum shopping* és l'establiment a tots els països de normes de procediment estrictes en les notificacions emplaçaments i de control de la corrupció junt amb la comprovació de la realitat dels furs de competència que al·leguen.

Tot plegat fa que ens haguem de plantejar les possibilitats reals i no prefixades de reconeixement i execució de les sentències de separació i divorci dels països magribins a Espanya i a la inversa, abans de formular conjectures al respecte i determinar aspectes de competència judicial o llei aplicable en base aquesta suposada execució o no execució posterior de la hipotètica sentència.

En l'àmbit de l'execució de sentències judicials conflueixen els diferents règims de reconeixement i execució de sentències estrangeres. Existeix un règim convencional determinat per l'existència de convenis bilaterals amb El Marroc i Tunísia. També

---

relació amb el Conveni amb Algèria de 27-08-1964 i les sentències de la Cour de cassation de 04-05-1994, 01-06-1994 i 31-01-1995, en relació al Conveni amb el Marroc de 10-08-1981.

caldrà aplicar el règim autònom del dret espanyol davant la manca de conveni com és el cas d'Algèria i també entraran en joc els reglaments comunitaris quan es pretengui reconèixer i executar sentències que afectin a magribins però que s'hagin dictat en els diferents estats membres i es pretengui reconèixer o executar a Espanya i a la inversa.

Des d'aquesta perspectiva, doncs, el cas dels magribins ens permet analitzar els diferents règims exposats i treure'n conseqüències.

## **2.- Viabilitat pràctica d'execució recíproca de sentències en matèria de família d'acord amb els convenis amb Marroc de 30-05-1997.**

Dintre dels convenis bilaterals amb el Marroc, tenim dos convenis que per la seva matèria afecten al reconeixement i execució de sentències en l'àmbit del dret de família. Un d'ells és un conveni general en matèria de cooperació judicial, entre el que queden incloses les sentències en matèria de família. L'altre conveni és un instrument específic respecte de matèries de drets de custòdia, dret de visita i devolució de menors. Tots dos daten de 30-05-1997 i van entrar en vigor el 1-07-1999. Per tant, no s'han complert ni tan sols deu anys de la seva vigència. Malgrat això, aquests anys d'aplicació han permès configurar una pràctica judicial si més no en el cas espanyol com després veurem, respecte del conveni general de cooperació judicial. L'altra conveni donada la seva limitació a la nacionalitat de les parts ha tingut poca incidència pràctica, com després també veurem.

Malgrat la existència d'aquests convenis la idea general que encara es té aquí a Espanya és que una sentència espanyola que decreti la separació o el divorci no es reconeixerà ni s'executarà al Marroc i, per tant, ja hem vist que diverses de les sentències esgrimien aquest argument per desestimar la demanda.<sup>698</sup>

El sistema no és fàcil i no es pot aplicar a tots els casos però existeixen possibilitats de fer reconèixer la sentència espanyola de separació o divorci al Marroc. El cas ja comentat de Am.<sup>699</sup> és un exemple, però també hi ha constància d'un altre cas de referència comentat per un advocat marroquí amb el que es contacta arran del cas de

---

<sup>698</sup> En aquests sentit a títol d'exemple cal recordar la SAP Barcelona de 15-09-1998 (Az AC 1998/1948), dictada en el cas de Be. Explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995 i per exemple la sentència del jutjat de primera instància de Mataró núm. 2 dictada el 5-12-2001 en els autos 375/1999 en el cas de R. explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999 i comentada a la pàg. 387 a 389.

<sup>699</sup> El supòsit de fet d'Am. està explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999.

Be.<sup>700</sup> La nova Mudawana avala aquesta possibilitat estenent-la amb caràcter general a tots els casos<sup>701</sup> i no només respecte d'aquells divorcis que es produeix amb els països que el Marroc hagin signat algun conveni bilateral especialment pensat a aquest efecte.

L'existència de dos convenis que convergeixen en qüestions que afecte a matèries que es ventilaran en un procediment matrimonial contribueix a la dispersió. Una sentència de divorci o de separació dictada a Espanya ha de contenir necessàriament resolucions sobre el propi divorci i/o separació i sobre la guarda i custòdia dels fills, el règim de visites, els aliments a aquests i les pensions compensatòries o indemnitzatòries entre els cònjuges. Malgrat la unitat de tractament en un sol procediment, la dispersió en el cas d'internacionalització de la relació familiar continua en el moment de l'execució o reconeixement de la resolució judicial més enllà de les fronteres espanyoles i també a la inversa quan el que es pretengui és el reconeixement d'una sentència Espanya. En el cas del Marroc l'existència d'aquests dos convenis amb resolucions diferents perpetua la dispersió. Per una banda, tenim un instrument convencional pel reconeixement de resolucions en matèria de dret de custòdia i visites i per l'altra igualment un conveni bilateral més generalista que afectaria a la resta de resolucions.

#### **A. L'execució de les resolucions sobre dret de custòdia i visites.**

El conveni sobre drets de visita, dret de custòdia i devolució de menors, conté disposicions sobre la devolució immediata del menor quan ja s'ha produït una substracció.<sup>702</sup> El tractament per separat i en un text normatiu concret és acceptable i perfectament compaginable respecte del conveni bilateral més generalista. La redacció d'aquest conveni en el seu article 7 a) limita molt l'aplicació pràctica d'aquest conveni als supòsits de trencament familiars entre magribins que estem analitzant. Aquest article permet posar en marxa el procediment de devolució immediat, només quan aquest desplaçament s'hagués fet sense tenir en compte una resolució judicial dictada en judici contradictori i de caràcter executiu de l'estat requirent i que en el moment de la sol·licitud de devolució del menor, aquest tingués la residència habitual a l'estat

---

<sup>700</sup> En exposar la situació de Be. (explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995) davant la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15-09-1998 que ja hem comentat diverses vegades, l'advocat que Be. tenia al Marroc explica que el reconeixement de sentències espanyoles al Marroc depèn dels jutges. Ell havia portat dos casos: un, els tribunals li va desestimar, i l'altre, que va anar a un altre tribunal, li van admetre.

<sup>701</sup> Veure l'article 128 del nou text legal de la Mudawana aprovat el 2004.

requerent, i aquest menor i els seus pares tinguessin únicament la nacionalitat de l'estat requerent. En el supòsit habitual, com per exemple el cas de N. <sup>703</sup>, tots els litigants, menor i pares són nacionals marroquins amb residència habitual a Espanya i, per tant, no tenen la nacionalitat de l'estat requerent que és Espanya. En tots aquests supòsits el procediment de devolució immediata no es podrà posar en marxa. És difícil trobar en la pràctica habitual algun cas en què el menor i els seus pares siguin únicament espanyols i, en canvi, hi hagi hagut un trasllat il·lícit del menor al Marroc. <sup>704</sup>

Aquest conveni també recull un procediment per a l'organització o protecció de l'exercici del dret de visita a través de l'actuació d'autoritats centrals (article 13), que podran recórrer a la jurisdicció competent perquè dugui a terme actuacions encaminades a permetre aquest dret de visita o demanar que aquesta jurisdicció adopti resolucions en la matèria sinó existeixen prèviament o també quan s'hagi denegat el reconeixement o execució de la resolució sobre dret de visites que ja existia.

Fins aquí aquestes previsions són lògiques i no entren en contradicció amb el conveni entre els dos mateixos estats amb caràcter més general.

El problema ve pel fet que aquest conveni recull disposicions concretes sobre el reconeixement i execució de les matèries contingudes en el mateix, és a dir, dret de custòdia, règim de visites, establint el propi conveni en l'article 12, que en el cas que en una resolució que es pretengui reconèixer i executar hi hagi diverses disposicions només es podran reconèixer i executar en virtut d'aquest conveni les relatives al dret de custòdia i visites, quedant la resta sotmeses a la normativa existent en la matèria.

És evident que això passarà sovint en una sentència de divorci i a la vista dels requisits pel reconeixement d'aquest conveni i les generals es poden produir més d'un conflicte.

L'article 11 sembla permetre el reconeixement i execució amb caràcter general d'aquestes resolucions tret dels supòsits que enumera el propi article i que es poden classificar en tres motius:

El respecte dels drets de defensa de les parts i la comprovació de la competència lligada igualment al dret de defensa.

---

<sup>702</sup> Procediment a través del sistema d'Autoritats Centrals, que són els respectius Ministeris de Justícia. (articles 3 a 10 de l'esmentat conveni).

<sup>703</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

<sup>704</sup> En aquest mateix sentit crític MOYA ESCUDERA, M. i ZEKRI, H.: *Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos*. REDI vol XLIX (1997).



Es poden denegar el reconeixement i execució de les resolucions que hagin estat dictades en absència del demandat, si l'acte amb el que s'obre el procediment no ha estat degudament notificat al demandat en el termini necessari perquè es pugui defensar, tret que aquesta notificació no s'hagi pogut dur a terme perquè sigui el propi demandat qui ha ocultat el lloc on es trobava. (article 11.a))

Igualment, perquè no es denegui el reconeixement i execució de les resolucions, cal que quan la resolució hagi estat dictada en absència del demandat l'autoritat que l'ha dictat ha de ser la competent per ser la del lloc de la residència habitual comú dels pares del menor o en defecte d'aquest primer criteri de connexió, sigui l'autoritat competent per ser la de la residència habitual del demandat (article 11 b))

#### Incompatibilitat de resolucions.

No es reconeixerà ni executarà tampoc una resolució que sigui incompatible amb una resolució relativa a la custòdia que hagi adquirit ja força executiva a l'estat requerit abans del desplaçament del menor. (article 11 c))

#### El transcurs del temps.

No es reconeixerà ni executarà cap resolució que se sol·liciti sis mesos després del moment en què es va produir el desplaçament del menor, si es comprova que el menor ja s'ha integrat en el nou medi. (article 11 d))

No hi ha, doncs, cap limitació en el reconeixement lligat a la nacionalitat de les parts com es feia a l'article 7 respecte del procediment de devolució immediata. Per tant, mentre es tracti d'una resolució que afecti a un menor de 16 anys<sup>705</sup> no emancipat de nacionalitat marroquina o espanyola les resolucions judicials

---

<sup>705</sup> Aquesta delimitació d'edat abans dels 18 anys ja ha estat discutida per alguns autors, que alhora posen de manifest la seva descoordinació amb l'edat que es contempla en el Conveni de la Haia de 19-10-1996, que el Marroc sí ha ratificat. En aquest sentit SABIDO RODÍGUEZ, Mercedes: *Consideraciones sobre el convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997*, en CALVO CARAVACA, A.L. i IRIARTE ÁNGEL, J.L.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. COLEX 2000.

respecte al dret de custòdia del seus progenitors i les visites es reconeixeran i executaran segons les disposicions d'aquest conveni.

Els requisits formals per al reconeixement i execució d'aquests resolucions són (articles 16,18,19):

- a) La presentació de còpia de la resolució amb els requisits necessaris per a que sigui autèntica. Caldrà acompanyar una traducció de la mateixa, però està dispensada la legalització.
- b) Si la resolució ha estat dictada en absència del demandat, cal acompanyar certificat o document que acrediti que l'acte inicial del procediment va ser comunicat al demandat, en el cas que la sentència en el seu propi text no faci una menció prou clara d'aquest fet.
- c) Qualsevol document que demostrï que segon la llei de l'estat requirint la resolució és executiva.
- d) Si se sol·licita la intervenció de l'Autoritat Central de l'Estat requirint, document que habiliti a l'esmentada Autoritat Central per actuar en nom del requirint o designar a un altre representant.

## **B. Les característiques i mancances del reconeixement i execució de resolucions en matèria de família amb caràcter general.**

El conveni sobre cooperació judicial en l'àmbit civil, mercantil i administratiu té evidentment un abast que pretén ser general i, per tant, en el cas que ens ocupa és aplicable a les resolucions judicials dictades en els procediments de separació o divorci i també als procediments sobre reclamació d'aliments (queden excloses les qüestions sobre guarda i custòdia i dret de visites, que ja són objecte d'un conveni específic), ja que és un conveni que afecta a les resolucions judicials en matèria civil i aquestes qüestions relatives a la dissolució del matrimoni, no són cap de les matèries que n'estan expressament excloses. Fins i tot, entren dintre de l'àmbit del conveni les mesures cautelars i provisionals dictades en matèria d'aliments.

El conveni parla de força de cosa jutjada i de força executiva en els respectius estats de les resolucions judicials dictades en l'àmbit material del conveni. És a dir, un cop decretat l'efecte de cosa jutjada l'òrgan jurisdiccional de l'altre estat part hi queda

vinculat i, per tant, el que pot fer és executar aquella resolució que ja el vincula i que no li permet tornar a conèixer de nou sobre el mateix afer.

Els requisits per tal que aquests resolucions judicials tingui autoritat de cosa jutjada i procedeixi en conseqüència la seva execució forçosa o coercitiva o la seva publicitat o inscripció en un registre públic, cal que compleixin els requisits fixats a l'article 23 del Conveni :

- a) **Que la resolució emani d'un òrgan jurisdiccional competent segons les normes aplicables en el país en què hagi estat dictada.** En el cas de sentències espanyoles que es vulguin fer reconèixer i executar al Marroc caldrà que els tribunals espanyols que les han dictades siguin competents d'acord amb la normativa espanyola o comunitària ja analitzada. Per tant, havent arribat a la conclusió que en els supòsits típics de matrimoni de marroquins residents i establerts a Espanya són competents els tribunals espanyols malgrat la nacionalitat de les parts. Les sentències dictades pels tribunals de primera instància o família territorialment competents compleixen aquest primer requisit. Més dificultat tindrien aquells supòsits ja comentats en què la competència dels tribunals espanyols ja no és tan clara.

Igualment cal comprovar la competència dels tribunals marroquins si el que es pretén és el reconeixement i/o execució d'una sentència marroquina a Espanya, basant-se llavors en les normes de competència internacional del Marroc. En aquest sentit, seria perfectament competent la sentència dictada en base a la nacionalitat comú de les parts amb independència de la seva residència habitual comú i efectiva, si aquest és el punt de connexió previst per la legislació marroquina, i no es podria negar la seva execució a reconeixement a Espanya per aquest motiu. Ja veiem el conflicte habitual: sentència marroquina dictada per un tribunal marroquí competent per la nacionalitat comú de les parts davant de procediments instats a Espanya en tribunals competents per ser els de la residència habitual comú.

Per pal·liar aquesta dificultat hi ha dues possibilitats la creació de normes de competència pròpies en el mateix conveni o la determinació de normes clares en matèria de litispèndència i cosa jutjada.

La primera de les opcions no seria la més aconsellable si no es fa amb una visió global i coordinada de tot el sistema de competència judicial de cada estat,

perquè el resultat podria ser la solució buscada en el conveni amb Tunísia que no aporta una solució real i pràctica.<sup>706</sup>

**b) Les parts han estat legalment citades, representades o declarades rebels.**

En el cas dels procediments seguits davant de tribunals espanyols això és fàcilment comprovable. La qüestió serà la documentació necessària per acreditar aquest fet als tribunals marroquins i a la inversa quan el que es pretén és executar a Espanya una sentència marroquina.<sup>707</sup> En aquests casos l'accent s'ha de posar en l'aportació d'una documentació fiable, que només es pot garantir a tots els efectes amb totes les traduccions que, en aquest cas, han de ser jurades. Havent desaparegut en aquest àmbit les legalitzacions la comprovació dels documents ha de ser exhaustiva i en cas de dubte utilitzar el recurs del conveni de remetre-ho a l'autoritat central de cada estat. La supressió de les legalitzacions és una facilitat pràctica important però s'ha de garantir sempre la possibilitat de impugnació i acreditació de la veracitat del document.

**c) La resolució ha adquirit autoritat de cosa jutjada i ha arribat a ser executiva d'acord amb les lleis de l'estat en què ha estat dictada.**

En el cas de les sentències espanyoles de separació o divorci entenc que el requisit queda acomplert amb el fet que la sentència sigui ferma. No entenc acceptable determinar que no es pot executar la sentència de separació o divorci perquè els seus efectes sempre es podrien modificar amb un nou procediment. En aquests casos és evident que la sentència ha adquirit l'autoritat de cosa jutjada i no es revisa pròpiament la sentència sinó que s'inicia un nou procediment diferent, en base bàsicament a un canvi de circumstàncies. En qualsevol cas, i malgrat mantenir un criteri tan estricte com sense sentit, d'acord amb el paràgraf segon de l'article 26 del propi conveni que permet l'execució o el reconeixement parcial, aquest argument es podria esgrimir per no reconèixer o no executar els efectes d'aquest divorci però mai per no reconèixer ni inscriure la separació o

---

<sup>706</sup> Veure en un sentit més global les precisions sobre l'encaix dels tractats i convenis internacionals amb la normativa interna de Dret Internacional Privat a GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. *Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, Tome 287 – 2000. (pàg. 93-199).

<sup>707</sup> En aquests cas caldrà complir exactament el que demanen des del tribunal estranger. En el cas d'Am., explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999, com després exposaré es va transcriure literalment el tipus de certificat que va demanar l'advocat marroquí. En el cas de G. (explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001) es va reproduir un fet semblant.

el divorci tractant-se de resolucions constitutives, que ja no es podran modificar en un procediment posterior.

No estan en la mateixa situació exactament els divorcis revocables existents en la legislació marroquina. En aquest casos el que passa és que estem davant d'un divorci que no és definitiu. Si es pretengués executar un divorci que no queda clar si és revocable o no, el que caldria és esgrimir la teoria de l'equivalència d'institucions i, per exemple, assimilar-ho a una separació matrimonial i sobretot en base amb mateix article 26 permetre en aquest cas el reconeixement i execució dels seus efectes en qualsevol cas. En alguns casos la revocabilitat està condicionada al transcurs de *l'idda* sense que s'hagi reprès la convivència, com per exemple en el repudi revocable. En aquests cas el que caldria pròpiament és el control exacte d'aquest termini i de què no s'ha reprès la convivència.

Els criteris utilitzats pel Tribunal Suprem abans de l'entrada en vigor del present conveni havien estat negatives respecte al reconeixement de les sentències de divorci marroquines quan es tractava de divorcis revocables.<sup>708</sup>

Ara bé, la jurisprudència menor en casos de separacions instades a Espanya si que ha anat aplicant el principi d'equivalència d'institucions per decretar, per exemple, la separació matrimonial respecte de matrimonis entre magribins.<sup>709</sup>

Aquest principi d'equivalència d'institucions es podria traslladar al camp del reconeixement i execució i admetre com a separació les resolucions de divorci revocable, sense possibilitat de contraure nou matrimoni a Espanya fins que el divorci marroquí no sigui definitiu.

- d) **La resolució no conté disposicions contràries a l'ordre públic de l'estat en què se sol·liciti la execució, ni als principis del Dret Internacional que siguin aplicables al mateix.** Tampoc haurà de ser contrària a una resolució judicial dictada en aquest mateix estat i que hagi adquirit l'autoritat de cosa jutjada. Aquest és el requisit més obert i que més permet negar el reconeixement o execució de la resolució estrangera. En aquest context és on les sentències de divorci tindrà més facilitat per ser reconegudes que les sentències de separació per diversos motius. En dret marroquí no existeix la figura de la separació matrimonial. Això ja dóna a entendre que la sentència

---

<sup>708</sup> Auto del TS de 23-7-1996 (RJ 1998/2907) i de 7-7-1998 (RJ 1998/6088).

espanyola s'haurà dictat per aplicació del dret espanyol de caràcter totalment laic i allunyat, a més, de la tradició islàmica. Aquest fet ja predisposa al jutjats marroquins a denegar la resolució per considerar-la contrària a l'ordre públic del seu país. Ara bé, entenc que una postura oberta possibilitaria el reconeixement d'aquesta sentència totalment o en part per assimilació de la separació a la figura que sí existeix en dret marroquí que és divorci revocable. També seria possible admetre només l'execució d'alguns dels seus efectes respecte dels fills i dels cònjuges si aquesta malgrat haver estat dictats a l'empara del dret espanyol no són contraris a les disposicions de la Mudawana. Contrariatat que és difícil que es produeixi respecte només dels efectes de la separació dictada a Espanya per aplicació de la llei espanyola.

Ara bé, com sempre demanar un esforç jurídic d'equiparació d'institucions demanant una anàlisi més detallada que el simple nom de la figura que es pretén aplicar potser és massa demanar. Les sentències de divorci, per tant, tindran més facilitat per ser reconegudes perquè el divorci sí existeix en la legislació interna marroquina. Les dificultats aquí poden venir també per haver-se determinat el divorci en base a la llei espanyola allunyada de la tradició islàmica i considerar així que la causa aplicada i/o els efectes reconeguts són contraris a l'ordre públic. Donat el sistema tradicional de dissolució del vincle matrimonial al Marroc marcat per la llibertat de causa del marit en exercir el repudi i l'exigència de causes taxades perquè les dones puguin demanar el divorci, potser es pot compaginar malament una sentència de divorci dictada en base a la llei espanyola en un procediment instat per la dona en què el marit ha acceptat el divorci. En aquest cas, però la sentència tampoc té perquè ser contrària a l'ordre públic marroquí si queda clar que tots dos han donat el seu consentiment al divorci. L'home es pot considerar que ha exercit lliurament el seu dret i el consentiment de la dona també pot haver estat acceptat pel marit a l'estil del *khol* encara que no hagi mediat compensació o indemnització. A més, la recent reforma de la Mudawana marroquina admet el divorci consensual, havent de desaparèixer encara més aquestes reticències.<sup>710</sup>

---

<sup>709</sup> SAP Barcelona de 13-02-2002 (AZ JUR 2002/135624) i de 18-06-2002 AZ AC 2002/2176 en el cas de R. explicat a l'annex 2 ref. 6-3/1999.

<sup>710</sup> L'article 114 de la nova Mudawana determina que els cònjuges poden acordar posar fi a la seva vida conjugal amb o sense condicions, sempre que aquestes no siguin contràries al propi Codi i que es garanteixin i respecten els drets dels menors (veure l'explicació detallada en l'apartat corresponent, pàg. 342 i següents).

Contrarietat que com ja he dit és encara més difícil que es produeixi respecte només als efectes del divorci o de la separació dictada a Espanya per aplicació de la llei espanyola, malgrat que els principis fonamentals que inspiren una legislació i l'altra siguin força diversos. En aquest sentit, els efectes que es recullen en la legislació espanyola respecte de fills i dones en caràcter general no contradiuen els que recull la Mudawana per aquests mateixos, malgrat la inspiració islàmica d'aquesta darrera i més després de la recent modificació de la legislació marroquina. Només entenc que des de la seva perspectiva podrien oposar-se a l'aplicació d'aquells efectes que impossibiliten l'educació, per exemple en la religió musulmana o que són totalment enfrontats a la mateixa. Per exemple, no es podria entenc considerar contrari al seu ordre públic els efectes de la separació o divorci que atribueixen la guarda i custòdia a la mare, també musulmana, mantenint la pàtria potestat compartida, determinant un règim de visites ampli al pare i l'obligació d'aquest de prestar aliments a la dona i els fills i l'atribució del domicili familiar a la esposa i descendents. Encara que una resolució en aquest sentit el màxim de beneficiosa per la dona pugui ser totalment perjudicial als interessos del marit, no és contrària a la Mudawana recentment reformada. A més, les decisions sobre guarda i custòdia i visites es regiren pel conveni exprés a aquesta matèria on no s'ha introduït cap referència a la contrarietat amb l'ordre públic intern per denegar un reconeixement o execució.

En el cas de sentències que formalment han aplicat el dret marroquí encara que sigui amb valoracions o criteris diferents dels que utilitzarien els jutges marroquins, entenc que és impossible o molt difícil negar el reconeixement o execució a l'empara de la vulneració de l'ordre públic intern del Marroc.<sup>711</sup>

---

<sup>711</sup> En el cas de G. (explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001) la sentència que va decretar el divorci ho va fer aplicant dret marroquí i considerant que es produïa maltractaments:

*En consecuencia, siguiendo la referida doctrina y para no crear indefensión a las partes y no vulnerar el derecho a la tutela efectiva de los tribunales tal y como ha sentido el Tribunal Constitucional en Sentencias 155/2001 y 33/2002, es procedente la transformación del presente procedimiento en solicitud de disolución matrimonial por divorcio a los efectos de poder aplicar el derecho marroquí y por tanto también las medidas inherentes que correspondan. (...)*

*En el presente supuesto y de conformidad con la prueba practicada en autos y en el acto de la vista concurren elementos suficientes para aplicar el divorcio por falta de mantenimiento del artículo 53 del Estatuto Personal y el divorcio por crueldad del artículo 56 del propio texto normativo marroquí.*

Igualment, en el cas de Be. (explicat a l'annex 2 ref. 1-1/1995) en la sentència de 05-04-2002 del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Mollet es decretava el divorci per aplicació de la causa contemplada en el dret marroquí: *Partiendo de lo anterior y tras el examen conjunto de la prueba que obra en autos en lo que al proceso que nos ocupa importa, queda acreditado que los aquí litigantes son esposos y fruto de su*

El segon requisit d'aquest apartat estableix que dóna per bona la sentència de divorci que existís i fins i tot també la dictada per repudi. Per tant, si com és habitual el marit ha aconseguit una sentència favorable de forma més ràpida que l'espanyola, la dona ja no podrà fer reconèixer l'espanyola. Aquest requisit té el seu sentit perquè es pretén evitar el reconeixement de dues sentències de divorci diferents, però hauria d'anar acompanyat d'una bona regulació en matèria de litispendència i de la possibilitat també de no admetre aquesta possibilitat d'oposició quan un dels dos procediments s'ha dictat en frau, però la referència a la litispendència és minsa i poc aporta en aquest sentit.

Aquest requisit, sense més previsions, evitarà el reconeixement de dues sentències de divorci diferents en un mateix país, però al mateix temps aboca a l'existència de dues sentències de divorci diferents en els dos països perquè en principi cada una d'elles serà perfectament vàlida i executable al país on s'ha dictat.

- e) Que no es trobi pendent cap procés entre les mateixes parts i pel mateix objecte davant d'algun òrgan jurisdiccional de l'estat requerit abans d'iniciar-se l'acció davant del tribunal que hagi dictat la resolució que hagi d'executar-se.**

Aquesta és la única precisió que es conté respecte de la litispendència, però no concreta quin és el moment processal que s'entén per iniciada l'acció i això evidentment dóna lloc a molta picaresca, que aquesta precisió en aquest conveni no soluciona.

Només caldria haver concretat quin moment processal s'ha de tenir present per entendre que ja que hi ha pendent un procés abans d'iniciar-se l'acció. És a dir, si es compta des de la interposició de la demanda, des de la admissió, des de la notificació. Què passa en el casos de rebel·lia. Moltes vegades l'element clau és el moment, per determinar així quin és el tribunal que ha conegut en primer lloc i, per tant, quin s'ha d'abstenir de conèixer de l'afer.

---

*relación matrimonial nació un hijo, Hamsa, el cual actualmente convive con el padre y el núcleo familiar paterno, asimismo concurre la causa de divorcio primera que se contiene en el artículo 56 de la Mudawana marroquí, mediante la documental obrante en autos en la que constan numerosas denuncias de la actora contra el demandado acompañadas de numerosos partes médicos en los que la señora recibió asistencia médica por lesiones así como de los informes emitidos por los Servicios Sociales de Mollet del Vallès. Procede por ello decretar la extinción del vínculo matrimonial por dicha causa.*



A manca de precisió caldrà estar pendent del que vagi determinant la jurisprudència en molts casos per analogia.<sup>712</sup> En aquest sentit, també es podria tenir en compte per analogia les precisions respecte a la comunicació al demandat que ha ocultat la seva adreça que es recullen al conveni sobre custòdia i drets de visita.

### **C. Propostes a partir de la pràctica en el reconeixement i execució de les sentències marroquines en matèria de divorci a Espanya.**

El procediment a seguir perquè la resolució judicial es reconegui el fixa la llei interna de l'estat en què se sol·licita l'execució, per tant, en aquest cas per la llei processal marroquina corresponent, però el que clarament determina el conveni és que els òrgans competents són els de primera instància de cada estat, facilitant així el tràmit.

Fins a l'entrada en vigor del conveni el TS era el competent i s'havia produït certa jurisprudència en la matèria. A partir de l'entrada en vigor del conveni les resolucions del TS es dediquen a negar sistemàticament la competència del Tribunal reenviant als tribunals de primera instància competents en funció de les normes internes de competència territorial fixades a la LEC.<sup>713</sup> Destacant, a més, en aquest sentit el criteri establert per l'alt tribunal que la data a prendre en consideració no és la data de la sentència de la que es pretén l'exequàtur sinó la data de la sol·licitud d'aquest.<sup>714</sup>

Altres qüestions pràctiques a tenir en compte són els documents requerits en la sol·licitud. El conveni fixa també els documents que seran necessaris per demanar aquesta execució (article 28), consistents en una còpia de la resolució que reuneixi totes les condicions necessàries per a la seva autenticitat, un original del document de notificació de la resolució, una certificació del secretari del tribunal que faci constar que la resolució no ha estat objecte de recurs ni d'apel·lació i una copia certificada de la citació feta a la part que hagi estat condemnada en rebel·lia. És important tenir en compte la dispensa de legalització de certs documents en aquest sentit establerta a l'article 40 del Conveni. En aquest punt la comprovació de la validesa dels documents

---

<sup>712</sup> Recordem, per exemple, les sentències següents: La SAP Barcelona d'1/02/2000 Az AC 2000/142, en el cas d'una dona suïssa en una execució instada per ella mateixa. També la SAP Barcelona de 25-11-2002 Az JUR 2003/61807, que no admet l'eficàcia de la sentència estrangera en el cas d'una família de marroquins.

<sup>713</sup> Autos TS 16-3-1999 (RJ 1999/2149), 22-12-1998 (RJ 1998/10804), 24-11-1998 (RJ 1998/9485) i 13-10-1998 (RJ 1998/7670).

<sup>714</sup> Autos TS 23-11-1999 (RJ 1999/9911), 14-03-2000 (RJ 2000/1768).

és crucial. La Instrucció de la DGRN de 20-03-2006 <sup>715</sup>sobre prevenció del frau documental en matèria d'estat civil, dictada a partir de la recomanació de la CIEC de setembre de 2005, és un primer pas.

En el cas de Am. <sup>716</sup>es va aportar el testimoni de la sentència traduït. Aquest testimoni com és habitual recollia que la sentència era ferma. També es va demanar testimoni de la notificació realitzada al marit, però finalment l'advocat marroquí només va demanar el testimoni de la sentència i un certificat del secretari judicial, el text del qual el va dictar ell mateix en el que es recollia quan i com s'havia notificat al marit i que no existia cap recurs presentat contra la mateixa. La sentència de divorci de mutu acord dictada per aplicació de la llei espanyola i que recollia la guarda i custòdia de la filla a favor de la mare, la pàtria potestat compartida i una pensió d'aliments per a la filla menor, va ser reconeguda sense problemes al Marroc. Abans, dos advocats havien iniciat ja el procediment sense sortir-se'n. El primer desconeixia l'existència del Conveni i el segon no havia portat mai cap cas semblant i no sabia com plantejar-lo.

En el cas de G. <sup>717</sup> gairebé dos anys després de la sentència de divorci, que va solucionar de manera ràpida el problema familiar a aquí a Espanya on residia ella i les filles, va decidir iniciar els tràmits per fer reconèixer aquesta sentència al Marroc. Primer va tenir alguns problemes perquè, recordem que el procediment s'havia iniciat sol·licitant la separació i de manera subsidiària el divorci. El procediment es va reconvertir a divorci i la sentència final va acordar el divorci, però en la referència judicial (on al marge s'indica el tipus de procediment i el número d'autos) continuava posant separació matrimonial i li deien que no era una sentència de divorcio. La traducció va aclarir que sí ho era i llavors el problema va venir pel certificat. Es va haver de demanar també dos vegades el certificat perquè sembla que la redacció que en feia el secretari judicial no era la que volien al Marroc.

A la inversa, és a dir, al reconeixement a Espanya de sentències marroquines, cal recordar el cas d'A. <sup>718</sup> que pròpiament el que pretenia era paralitzar el procediment espanyol al·legant litispèndencia i la segona part del cas de N. <sup>719</sup>

---

<sup>715</sup> Instrucció de la DGRN de 20-03-2006 (BOE 24-04-2006).

<sup>716</sup> El supòsit de fet d'Am. està explicat a l'annex 2 ref. 4-1/1999.

<sup>717</sup> El supòsit de fet de G. està explicat a l'annex 2 ref. 12-4/2001.

<sup>718</sup> El supòsit de fet d'A. està explicat a l'annex 2 ref. 2-1/1998.

<sup>719</sup> El supòsit de fet de N. està explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001.

*Supòsit de fet:* després de dos anys sense saber res d'ell<sup>720</sup> el marit és localitzat pel jutjat del penal per respondre de l'acusació presentada en la seva contra per la substracció dels fills menors.

*Quan compareix en judici aporta una còpia de la traducció del que suposadament és una sentència de divorci marroquí, dictada ja en l'any 2004 en vigor la nova Mudawana.*

*Petició formulada:* de fet no formula cap petició respecte de la sentència aportada ja que es veu en el marc d'un procediment penal i no civil. Cal però preveure quines conseqüències pot tenir aquesta sentència si l'arriba a al·legar en el plet civil que està precisament aturat per la seva incompareixença.

En aquest cas, si comparegués ara al·legant en el judici instat a Espanya, existència de cosa jutjada caldria tenir present a part dels requisits formals i materials que fixa el conveni cal apreciar altres elements.

N. va presentar demanda de mesures prèvies l'any 2002. El seu marit va ser emplaçat va demanar advocat d'ofici, se li va concedir i va desaparèixer. No va venir ni a la vista. No es pot permetre ara donar validesa a una resolució que es produeix després d'interposada la primera demanda a Espanya a la que el marit voluntàriament no ha volgut ser-hi present.

La actuació de la pròpia N. dificulta però les coses. Amb problemes d'idioma, li resulta molt difícil entendre's amb l'advocat d'ofici que té a Espanya. Quan li arriba la petició de divorci del marit del Marroc, sense consultar al seu advocat a Espanya accepta el divorci. Podrà tenir-se en compte aquesta acceptació del divorci per la dona per admetre la validesa en termes exactes de la sentència marroquina a Espanya?

Seguint a bona part de la doctrina, entenc que cal valorar només la voluntat de la dona de dissoldre el matrimoni, però això no implica necessàriament la conformitat amb els seus efectes en els termes de la sentència marroquina. En aquests casos s'hauria de permetre el reconeixement de la sentència que dissolt el matrimoni però s'hauria de permetre la modificació dels seus efectes o la seva adequació. El problema en aquest cas seria estrictament processal. Es pot fer en el mateix procediment de reconeixement a través d'un incident o caldria remetre a les parts un cop reconeguda aquesta sentència a un nou procediment per a la modificació dels seus efectes. O encara més complicat. Si el que s'està demanant aquí és un divorci i s'al·lega per el demandat com a excepció

---

<sup>720</sup> Aquesta explicació és una continuació del supòsit de fet explicat a l'annex 2 ref. 10-2/2001 en el cas de N.

l'existència d'una sentència de divorci al Marroc i s'aporta aquesta el procediment és aquesta vàlida i ja impedeix la sentència espanyola.

El tema, doncs, és complex. Partint de l'exemple de N. intentaré proposar solucions.

En primer lloc, cal analitzar si l'actuació del marit ha estat fraudulenta o no i tenir present quan s'han iniciat els dos procediments. En el cas de N. ella va iniciar el procediment a Espanya amb la interposició de mesures prèvies urgents a les que el marit va ser citat i va comparèixer demanant advocat d'ofici. El procediment de mesures va acabar amb un auto que recollia mesures respecte sobretot els fills i es va interposar en el termini corresponent la demanda de plet principal, que va estar molt de temps aturada per l'actitud del marit que no va tornar a contactar amb l'advocat d'ofici designat ni en va designar un altre malgrat els requeriments del tribunal.

Abans de la vista del plet principal de divorci, però després d'interposada la demanda del plet principal, el marit va iniciar un procediment de divorci al Marroc. Allà N. va donar el seu consentiment al divorci però no als seus efectes, ja que el marit no li havia tornat els fills, ni li pagava cap prestació econòmica.

En el procediment seguit Espanya el marit pot al·legar el divorci com a excepció. Si admetéssim que prosperés aquesta excepció caldria el compliment de diversos requisits:

**1.-** L'aportació de la sentència de divorci marroquí mitjançant document original i amb traducció jurada i amb el segells dels tribunal d'origen, amb certificació expressa de la seva fermesa i de les notificacions practicades a cada un dels cònjuges. No és possible admetre un document sols en àrab, una còpia o un fax encara que estigui traduït. Aquests són requisits que fixa el conveni (article 28.1.2 i 3) i que el jutge o tribunal ha de verificar i no admetre qualsevol document. En aquest punt sí cal un control rigorós i estricte perquè la seva admissió o no pot comportar greus conseqüències a un dels litigants i causar-li indefensió si no s'han pres les mesures corresponents. En aquest sentit, la jurisprudència també s'ha anat pronunciant encara que no sigui per aplicació del conveni hispano-marroquí i aquestes postures s'hauran de tenir com a referència.<sup>721</sup>

**2.-** Caldria la comprovació que aquesta sentència de divorci no s'ha buscat fraudulentament per evitar els efectes del divorci més desfavorables als seus interessos

---

<sup>721</sup>Per exemple, cal tenir present ATS 20/05/2003 Az JUR 2003/46150, ATS 9/12/2003 Az JUR 2004/21880 i ATS 28/09/2004 Az JUR 2004/276434.

que la sentència de divorci que es dictaria a Espanya, en un procediment iniciat i del que en té perfecte coneixement. Per això caldria la comprovació del procediment que s'ha instat primer, les notificacions que s'han practicat a les dues parts en els dos procediments i si aquestes han comparegut o no en els dos procediments o han estat declarades rebels.

Aquesta necessitat encara que de manera àmplia també s'apunta en el conveni (article 23.5 i 28.4) i el que caldria és que en la seva aplicació ser molt rigorosos i estrictes en la comprovació de l'actuació dels dos litigants i les dates de les notificacions les corresponents actuacions processals, així com la voluntat d'ocultació del seu domicili del demandat.

El fet que el procediments judicials a Espanya no es demoressin en el temps, juntament amb els canvis legislatius als països d'origen que fan necessària la presència i audiència de les dones en l'exercici dels seus drets, han de ser la millor manera per lluitar contra el frau.

Ja hem vist que cada vegada més els home també plantegen litigis a Espanya però quan la resolució aquí es demora innecessàriament en el temps, es desesperen i plantegen de nou litigi al país d'origen amb la consegüent duplicitat de procediments que això pot comportar.

Aquest és el cas de J., que cansat d'esperar i desesperat decideix presentar demanda de divorci al Marroc mentre encara espera la resolució del judici de divorci instat a Espanya.

***Supòsit de fet.** J és un home resident a Espanya des de ja fa més de cinc anys. Es va casar al Marroc. La seva dona va venir en reagrupament familiar. Van tenir un nen que en el moment de la separació té 3 anys.*

*Ha pensat moltes vegades a divorciar-se perquè la parella no va bé. Finalment, però, pren la iniciativa la dona. Un cop separats no li deixa veure el nen, sobre el que no hi ha règim de visites.*

*Es presenten demandes creuades dels dos cònjuges. Els jutjats tarden mesos en decidir l'acumulació i la competència del tribunal. En aquest esta de coses, presenta demanda de divorci al Marroc, un cop ell mateix ja ha presentat la demanda a Espanya, encara sense resposta.*

***Petició formulada:** Divorci per aplicació de la llei marroquina després de la reforma de 2004 que s'acompanya. Al mateix temps la dona presenta demanda verbal pels aliments de la menor i la guarda i custòdia. El seu advocat d'ofici, diu*

*que no ha presentat divorci perquè el seu matrimoni no és vàlid, ja que estan casats al Marroc i pel ritus alcorànic. Set mesos després de la presentació de les demandes, encara no s'ha celebrat cap vista i els jutjats encara estan debaten a qui li correspon la competència i si es poden acumular les dues demandes.*

**3.-** Caldria comprovar les al·legacions de les dues parts en els dos procediments i les conformitats que hagin pogut prestar en els dos procediments.

Si se'l permetés aplicar com a excepció la sentència de divorci complint aquests requisits i sense haver d'iniciar amb caràcter previ o paral·lel un procediment per al seu reconeixement, s'hauria de permetre igualment en el mateix procediment si l'altra part manifesta estar d'acord amb el divorci però no als seus efectes ja que ha buscat la competència del tribunal espanyol sense frau, canviar o modelar els efectes de la sentència estrangera amb els que no està d'acord en aquest mateix procediment.

Entenc que per donar plena validesa a aquests efectes caldria seguir el procediment d'execuàtur en el tribunal competent segons el propi conveni bilateral i en aquest procés específic apreciar tots aquests requisits i admetre o no l'execuàtur en funció de l'apreciació que es fes de tots ells.

L'economia processal, en canvi, ens sembla abocar a que es pogués conèixer en el mateix procediment de divorci o separació ja instat a Espanya, però no en el sentit de donar ja validesa a la sentència marroquina que s'al·lega per evitar la resolució espanyola sinó en la possibilitat de discutir-ho tot en el mateix procediment sempre i quan el tribunal competent per resoldre l'execuàtur sigui el competent per a la determinació de la separació o divorci. La manera processal seria obrir un incident i paraitzar el procediment principal( no les mesures urgents) fins a la resolució del mateix.

Si es fes així un cop resolt i concedit l'execuàtur en un procediment on les parts s'hagin pogut pronunciar i al·legar el que els convingui, el procediment principal de separació o divorci i les mesures urgents o coetànies que s'haguessin pogut acordar quedarien sense efecte i el que correspondria és ja fer executar el que contingui a la sentència estrangera.

Si, per exemple, s'acordés una execució parcial dels efectes constitutius de la separació o el divorci però no respecte els efectes patrimonials o paternofilials es podria continuar el procediment instant a Espanya només respecte de les qüestions en les que

no existís sentència estrangera o sobre les que no s'hagués acordat l'exequàtur, aplicant sobre aquestes qüestions les normes de competència judicial i de llei aplicable que els correspongués per raó de la seva matèria concreta i ja no vinculats per la llei aplicable al divorci o a la separació sobre les que ja hi ha sentència estrangera reconeguda. Potser aquest sistema és una complicació processal, però degut a la lentitud de la justícia és el més indicat pel justiciable, que en un sol procediment ho pot resoldre tot.

El que no es pot fer és donar immediata validesa a la sentència estrangera als efectes de desestimar el procediment instat a Espanya sense que aquesta sentència estrangera hagi passat pel corresponent procediment d'exequàtur, d'una o altra manera.

Tampoc és adequat del tot el criteri majoritari seguit en l'actualitat que és dictar igualment sentència de separació o divorci a Espanya perquè malgrat tenir coneixement de la sentència estrangera aquesta no ha obtingut el corresponent exequàtur. Aquesta postura en un primer moment pot resultar correcte però a la pràctica pot abocar a l'existència de dues sentències diferents i irreconciliables en els dos països. Situació que no és necessàriament dolenta però que es podria evitar amb el procediment descrit.

A més de seguir-se el procediment descrit es permetria en el mateix incident o amb posterioritat en el plet principal aturat de moment adequar els efectes de la sentència estrangera, per exemple al nivell de vida en el sentit expressat ja per alguns autors i sense necessitat de nou procediment.<sup>722</sup>

La modificació dels efectes de la sentència ja reconeguda en aquest procediment sí que s'hauria de produir en un nou procediment on s'haurien de determinar els tribunals competents i la llei aplicable en funció de les matèries dels efectes que es vulguin canviar. Aquesta modificació d'efectes un cop reconeguda íntegrament la sentència estrangera només seria possible ja com en el cas d'una sentència espanyola per modificació de les circumstàncies i no per altres consideracions que s'haurien ja vist en el procediment esmentat.

Entenc que el procediment descrit serveix igualment pels casos de sentències que afecten al dret de família però que no són pròpiament de separació o divorci. Aquest seria el cas, per exemple, de sentències en matèria d'aliments entre parents quan afectin a fills i cònjuges o en matèria de responsabilitat parental.

En aquests casos, però, abans d'acordar obrir l'incident d'exequàtur, caldria comprovar la identitat de peticions de la demanada principal que s'hagi interposat a

---

<sup>722</sup> Veure ZEKRI, H.: *El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes*. REDI vol LVI (2004) I.

Espanya i les contingudes en la sentència marroquina. De manera que si, per exemple, en la demanda de separació o divorci a Espanya ja no es demana aliments és indiferent el que pugui dir una sentència marroquina a aquest efecte i ja no caldria obrir l'incident.

### 3.- Anàlisi del Conveni bilateral amb Tunísia de 24-09-2001: facilitat o empitjorament de les condicions per a l'execució recíproca de les sentències en matèria de família?

El conveni amb Tunísia data de 24-09-2001, però no va ser ratificat fins el 28-10-2002 i no ha entrat en vigor fins el 1 de març de 2003. Aquest fet, juntament amb el reduït nombre de persones de nacionalitat tunisiana residents a Espanya en comparació als marroquins, fa que no hi hagi gairebé experiència de la seva aplicació a cap dels dos països.

D'entrada, aquest conveni potser sembla més complet que el signat amb el Marroc, però entenc que és menys pràctic. Aquesta més amplitud o concreció es demostra com ja hem analitzat en el fet que recull disposicions expresses sobre assistència jurídica gratuïta i sobre competència judicial. A més, recull un apartat de definicions per concretar que s'ha d'entendre per cada terme utilitzat i així determina que per "resolució" s'entendrà tota resolució judicial sigui quina sigui la denominació que rebi, per "tribunal d'origen" s'entendrà el tribunal que dicti en un dels estats contractants, la resolució de la que es demani el seu reconeixement i execució en l'altre estat contractant i s'entendrà que és "l'estat requerit", l'estat al que se sol·liciti el reconeixement o execució de la resolució judicial per part del tribunal d'origen.

Les sentències sobre separació o divorci entren dins de l'àmbit material d'aplicació del conveni, ja que abasta la matèria civil i no estan entre les matèries especialment excloses. També entra dintre de l'àmbit del conveni les resolucions sobre mesures cautelars i provisionals dictades en matèria d'aliments, igual que passava en el cas del Marroc, però també aquelles sobre embargs preventius que s'hagin pogut acordar en el marc d'un procediment familiar, precisió aquesta darrera no recollida en el Conveni amb el Marroc.



Els requisits que fixa aquest conveni per procedir al reconeixement i execució de les sentències és similar que al Marroc però havent fet més precisions i també introduint algunes disposicions que trobàvem a faltar en l'altra.

L'article 17 estableix que les resolucions dictades per òrgans jurisdiccionals amb seu Espanya seran reconegudes de ple dret a Tunísia i, evidentment, també a la inversa si es compleixen els següents requisits:

- a) **Que la resolució emani d'un òrgan jurisdiccional competent de conformitat amb l'establert a l'article 19 del present conveni.** En una bona tècnica jurídica s'intenta fixar normes competencials concretes pels dos estats, però el punt 19 d) recull unes normes de competència totalment diferents a les recollides amb caràcter general en la normativa de competència judicial internacional espanyola i, a més, molt restrictives que pràcticament només permetrien el reconeixement recíproc de sentències que afectin a matrimonis mixtes (espanyol/a-tunisià/ana) o que afectin a nacionals de tercers països i amb limitacions en tots dos casos.<sup>723</sup>

Per tant a la vista d'aquestes normes sobre competència judicial ja comentades no li veig l'aplicació pràctica d'aquest conveni en l'àmbit familiar i matrimonial que, en canvi, sí té el seu homòleg amb el Marroc.

Es podria aplicar respecte a procediments per reclamació d'aliments (article 19.k), però quan aquests aliments es determinen en el marc d'un procediment familiar (separació o divorci), ens aboca llavors al reconeixement parcial (article 22). Aquesta situació pel fet d'establir normes de competència diferent, fomenta la parcel·lació dels litigis de família que no existeix quan no apareix cap element d'estrangeria. Però, a més, aboca al no reconeixement del divorci o separació i només a les prestacions alimentàries que es derivin, sense establir res respecte de les relacions paternofilials.

- b) **Que la part vençuda en judici hagi comparegut o hagi estat citada regularment.** El problema d'aquest requisit és que l'àmbit familiar és difícil parlar de vençuts i guanyadors pròpiament. Haurem d'entendre que el vençut serà aquell que hagi vist desestimades totes les seves pretensions. Però a la

---

<sup>723</sup> Cal recordar les normes de competència que estableix el Conveni Bilateral amb Tunísia en el seu article 19 i que ja hem comentat a la pàg. 115 a 116.

pràctica en la majoria de casos no hi ha una oposició frontal a tots els aspectes, sinó només respecte d'alguns generalment de caràcter econòmic, per la qual cosa serà aquell al que no se li estimi aquestes peticions discordants amb la part demandant. Però, qui és el vençut si la discussió rau en què un cònjuge demana 300 euros de pensió alimentària pel fill, l'altre en demana pagar 150 i el jutge determina 250?

Per tant, crec que el més coherent seria assegurar-se que no només el vençut sinó les dues parts litigants han comparegut o han estat citades regularment.

c) **Que la resolució ja no pugui ser objecte de recurs ordinari conforme a la llei de l'estat en què va ser dictada i sigui executòria en aquest estat.** En aquest sentit, es concreta més i a efectes dels litigis de família és més indicat perquè desapareix la referència a l'autoritat de cosa jutjada amb la possible problemàtica respecte a les modificacions dels efectes de la separació o divorci. Aquesta millor redacció segurament és fruit de un certa especialització d'aquest conveni a diferència del conveni amb el Marroc ja que en aquest conveni s'ha fet especial referència als litigis de família encara que de manera no del tot encertada. Especialització que no es nota prou però en altres aspectes.

d) **Que la resolució no sigui contrària a l'ordre públic de l'estat en què s'invoqui o als principis de dret públic aplicables a aquests estat.** Aquí també apareix la mateixa problemàtica respecte a la resolucions de separació matrimonial, però agreujada, ja que donat que l'aplicació d'aquest conveni sembla pràcticament impossible respecte de resolucions referides a un matrimoni entre cònjuges els dos de nacionalitat tunisiana, resulta que l'article 107 del CC ens aboca a l'aplicació del dret espanyol i, per tant, fins que no hi ha hagut la modificació del Codi Civil en matèria de divorci, en la majoria dels casos s'havia d'anar a la separació matrimonial. Evidentment, sempre queda la possibilitat de retardar demanar l'execució i esperar a tenir la sentència de divorci. Dificultat que desapareix amb la nova llei del divorci.

Existeix una gran dificultat per no dir pràctica impossibilitat d'aplicar aquest conveni a dos nacionals tunisians. Només es podrà aplicar a matrimonis mixtes d'acord amb les normes de competència descrites. A la vista d'aquesta situació

no veig gaire admissible que se li denegui l'execució per vulneració de l'ordre públic pel fet de basar-se la resolució en llei espanyola i allunyada de la legislació islàmica quan un dels dos cònjuges no és nacional tunisià i, per tant, potser ni tan sols de religió islàmica. L'article 18 sembla però abonar aquesta interpretació en tornar a fer una excepció respecte a les matèries de dret de família, mentre que en caràcter general es prohibeix denegar el reconeixement i l'execució pel sol fet que s'apliqui una llei diferent de la que determini les normes de Dret Internacional Privat de l'estat requerit.

Si tan gelosos estan de la seva idiosincràsia en matèria de dret de família i no es vol possibilitar l'accés de resolucions estrangeres amb aplicació de lleis estrangeres sobre els propis nacionals en aquesta matèria, no entenc quin sentit fer un conveni bilateral amb els costos i esforços que implica.

- e) **Que la resolució no s'oposi a una resolució judicial dictada en l'estat requerit i que tingui en ell autoritat de cosa jutjada.** La previsió és similar a la continguda en el conveni amb el Marroc, sense introduir més especificacions.
  
- f) **Que abans de la presentació de la demanda davant de l'òrgan jurisdiccional que hagi dictat la resolució que se sol·licita executar no s'hagi incoat davant de cap altre òrgan jurisdiccional de l'estat requerit cap procediment entre les mateixes parts sobre els mateixos fets i amb el mateix motiu.** Aquesta és l'única referència a la listispendència, però que no acaba de determinar res concret a no ser que es posi en relació amb l'apartat posterior, que tampoc fa cap mena de concreció. La concreció en aquest punt, ja que estem en un instrument convencional que permet fer-ho, seria el més adequat, però es queda a mig camí.
  
- g) **Que la resolució no sigui fruit de maniobres fraudulent.** El fet de recollir aquesta precisió és un punt clau contra el frau, que es produeix força sovint com ja he comentat. Ara bé, en aquests casos el fonamental és la prova. A vegades el que es té són sols indicis i en aquest sentit seria molt important precisions sobre el moment en què s'entén iniciat un procediment i/o sobre la notificació ben realitzada que són els elements que ens ajudaran a precisar al

frau juntament amb la valoració també d'on rau el centre econòmic i social de la vida de la família.

- h) **Quan les parts convinguin sotmetre a la jurisdicció del tribunal d'origen tot litigi sorgit o que pugui sorgir amb motiu d'una relació jurídica determinada.** Bona previsió, però difícilment aplicable als procediments matrimonials a no ser que per analogia es pugui admetre que hi ha acord entre les parts en el cas de submissió tàcita, encara que sigui un concepte totalment diferent. Però a més aquesta possibilitat, que es podria donar en un procediment de mutu acord amb signatura de conveni regulador, lliga molt difícilment amb les normes de competència recollides en el mateix conveni en matèria de separació o divorci.

La poca presència de tunisians establerts a Espanya i la data recent d'aquest conveni fa que encara no es pugui trobar un jurisprudència sobre l'aplicació del mateix, que ens ha de permetre veure si hi ha alguna aplicació pràctica d'aquest conveni que aparentment costa de trobar.

En el cas dels tres Autos del TS localitzats abans de l'entrada en vigor d'aquest conveni, si es produïssin ara el TS s'hauria de declarar incompetent. Es tracta de tres casos de matrimonis mixtes. En el primer d'ells<sup>724</sup> l'espòs era espanyol i la dona d'Estats Units, però es van casar a Tunísia i vivien allà en el moment de presentar la demanda de divorci. En demanar l'exequàtur el marit continuava resident a Tunísia. El TS, en aquest cas, aplica per determinar la competència l'article 22 de la LOPJ que no donarien competència als tribunals espanyols, però admet la competència del tribunal de Tunísia per considerar que hi ha prou connexions amb aquest país.

En el segon i tercer cas<sup>725</sup> l'esposa era espanyola i el marit de Tunísia, residien a Tunísia en el moment de presentar el divorci i s'havien casat allà. L'argumentació de la competència per part del TS en aquests casos és la mateixa que en la sentència anterior. A la vista del conveni, malgrat la complicada redacció de l'article 19.d) sembla que la conclusió és que la sentència de Tunísia s'hauria dictat per tribunal competent en ser els tribunals de Tunísia (tribunals de l'estat d'origen) els de l'últim domicili conjugal i, a

---

<sup>724</sup> ATS de 29-2-2000 (RJ 2000/772).

<sup>725</sup> ATS de 27-3-2001 (JUR 2001/128316) i 26-03-2002 (JUR 2002/91491).

més, continuava un dels cònjuges residint en aquest estat en el moment entenc del procediment de divorci.

Per tant en aquests casos la resolució emanaria d'un òrgan competent i el resultat final seria el mateix al que s'arribava sense el conveni.

Pel que fa a la resta de requisits a comprovar, les tres resolucions del TS comentades reconeixien en un cas que el demandat havia tingut coneixement del procediment en l'estat d'origen, que en l'altra s'havia instat de mutu acord i en l'altra era la demandada en l'estat d'origen qui demanava l'exequàtur i constava, a més, aquest fet d'haver estat demandada.

A la vista del conveni la comprovació d'aquest fet hauria de ser més rigorosa, caldria comprovar que haguessin comparegut a judici o haguessin estat citats regularment. Encara que aquí com ja hem comentat el conveni demana aquests requisits respecte de la part vençuda en el judici, difícil d'apreciar en un mutu acord. Per tant, entenc que els requisits s'han de demanar respecte dels dos litigants.

No es pronuncien cap de les dues sentències sobre l'adequació de la resolució de l'estat d'origen a l'ordre públic espanyol i, en canvi, el conveni exigiria aquesta comprovació.

Caldria la comprovació de la no existència de sentència espanyola que s'oposés a la sentència que de la qual es pretén l'exequàtur. Cap de les tres resolucions del TS fan aquesta comprovació perquè en cap dels casos constava segurament cap sentència espanyola, en ser els dos cònjuges, inclòs l'espanyol, residents a l'estranger. La mateixa argumentació cal afegir respecte de les previsions de litispendència i maniobres fraudulentas contingudes en el conveni.

Aquest previsions contingudes en el conveni tampoc els hi veig aplicació pràctica amb el supòsit clàssic que passa, per exemple, entre marroquins. Seria el cas de dos tunisians residents a Espanya. Un d'ells presenta demanda de divorci a Espanya i l'altre, amb maniobres fraudulentas o no, a Tunísia. Donat que segons el conveni als tribunals espanyols no seran competents a l'hora de demanar l'execució de la sentència espanyola a Tunísia (els dos cònjuges són nacionals de l'estat requerit, que és Tunísia, per la qual cosa els tribunals de l'estat d'origen que és Espanya no podran ser competents i per als efectes de conveni la sentència espanyola mai es podria executar a Tunísia) i que els tribunals de Tunísia respecte de l'execució de la sentència de divorci sí seran competents i aquesta sentència si seria executable a Espanya (els tribunals de l'estat d'origen que és Tunísia seran competents perquè els dos cònjuges són tunisians i,

per tant, no tenen la nacionalitat de l'esta requerit, que és Espanya). L'ús o no de maniobres fraudulentas, o l'existència de litispèndència o cosa jutjada és indifent, perquè ja no es complirà el primer requisit., que és la competència en base als criteris de l'article 19 del Conveni.

A la vista d'aquesta anàlisi crec que és bastant evident que poca aportació pràctica farà el conveni, encara que potser sí és encertat pensar en matrimonis mixtes com a supòsit del fet del mateix, ja que els tres autos del TS localitzats es referien a aquest tipus de matrimoni.

#### 4.- Les possibilitats d'execució recíproca de les sentències en matèria de família amb Algèria davant la manca de conveni bilateral.

Quan no hi ha règim convencional aplicable cal recórrer al règim autònom per a la determinació del reconeixement o execució de les sentències estrangeres. Aquest és el cas de les sentències algerianes perquè Espanya i Algèria no han signat cap conveni a l'efecte fins fa ben poc.

En aquest sentit, els dos sistemes possibles són el de la reciprocitat i el de condicions. L'anàlisi la concreto en aquest cas al reconeixement a Espanya de sentències algerianes que és on existeix certa jurisprudència.

Malgrat no existir conveni amb Algèria s'han produït reconeixement de sentències d'aquest país per part del tribunal Suprem, que ha pres el criteri de no apreciar la reciprocitat negativa i entrar a la valorar els diferents requisits o condicions. Així s'aprecia en les quatre sentències que es comenten a continuació per bé que aquest examen o anàlisi serveix en un cas per concedir l'exequàtur i en els altres per denegar-lo.<sup>726</sup> El recent canvi de competència per a la tramitació del procediment d'exequàtur del Tribunal Suprem cap els tribunals de primera instància fa que en el futur siguin els tribunals d'instància qui hauran d'anar aplicant els requisits per denegar o no l'exequàtur i en aquest sentit ben segur que la doctrina marcada pel Tribunal Suprem al llarg dels anys respecte dels requisits de fons serà una referència i sobretot en els casos en què no hi ha conveni ni legislació comunitària aplicable.

---

<sup>726</sup> Admeten l'exequàtur ATS de 1-2-2005 (JUR 2005/88433). Denegant-lo ATS de 20-5-2003 (JUR 2003/146150), ATS de 9-12-2003 (JUR 2004/21880) i ATS de 28-09-2004 (JUT 2004/276434).

En l'anàlisi dels supòsits de reconeixement i execució sense conveni, seguiré els requisits que demana la legislació i els que ha anat fixant la jurisprudència tenint en compte criteris utilitzats en sentències amb altres països magribins abans de la signatura de conveni.

El raonament general del Tribunal Suprem en tots els casos en què no hi ha conveni exprés és que no havent-se acreditat la reciprocitat negativa i davant la manca de conveni es procedeix a l'anàlisi de les condicions que fixa la llei per concedir o no l'exequàtur. No demana, per tant, la prova de la reciprocitat positiva per admetre l'exequàtur.

#### **a) La imprescindible fermesa de la resolució.**

La fermesa de la resolució és necessària no perquè sigui cap dels requisits que fixa la LEC de 1881 a partir de l'article 954, sinó perquè és el pressupòsit que es deriva del propi article 951 de la mateixa LEC de 1881.

La manca de fermesa de la resolució que no la fa executable, evidentment l'impedeix de tenir efectes ni en el propi estat ni fora.

Requisit de fermesa o irrecorribilitat que mancava en dos dels autos esmentats<sup>727</sup>, ja que no s'havia aportat cap document en aquest sentit. En aquests casos, de fet el problema bàsic, no era només que no constés la irrecorribilitat de la resolució, sinó que es dubtava de la seva pròpia autenticitat davant la manca de documentació acreditativa suficientment legalitzada de les resolucions de les que es pretenia l'exequàtur.

---

<sup>727</sup> ATS de 20-05-2003 (JUR 2003/146150): *En el presente procedimiento la parte solicitante del exequatur, pese a los reiterados requerimientos de esta Sala, no ha aportado debidamente legalizada o apostillada la resolución cuyo reconocimiento pretendía, ni tampoco ha aportado documento alguno acreditativo de la irrecorribilidad de la misma. Así las cosas, e incumbiendo la prueba de la autenticidad de la ejecutoria extranjera a quien pretende el reconocimiento así como el de su firmeza, procede denegar el exequatur interesado* i ATS de 28-09-2004 (JUT 2004/276434): *En el presente procedimiento, la parte solicitante del exequátur pese a los requerimientos de esta Sala, no ha aportado debidamente legalizada o apostillada la resolución cuyo reconocimiento pretendía, ni ha acompañado documento alguno acreditativo de la irrecorribilidad de la misma, ni, tampoco, alegado ni probado causa alguna que le hubiera impedido la obtención de la documentación precisa para la acreditación de tales presupuestos necesarios para la homologación pretendida. Así las cosas, e incumbiendo la prueba de la autenticidad de la ejecutoria extranjera a quien pretende el reconocimiento así como la de su firmeza, procede denegar el exequátur interesado*

## **b) La valoració del requisit de l'acció personal i regles de competència en l'àmbit de les sentències de separació o divorci.**

Les resolucions del TS analitzades es limiten a considerar complert el requisit de l'article 954.2 de la LEC 1/2000 en tenir en compte el caràcter personal de l'acció de divorci.<sup>728</sup> Caràcter personal que entenc ha de ser igualment predicable respecte de la resta d'accions possibles en l'àmbit del dret de família.

De fet, aquesta previsió d'acció personal s'entén per part de la doctrina que el que pretén és evitar l'exequàtur de decisions estrangeres sobre drets reals sobre bens immobles ubicats a Espanya sobre els que per aplicació de l'article 22 de la LOPJ i reglaments comunitaris la competència dels tribunals espanyols és exclusiva.<sup>729</sup>

En aquest sentit, entenc que les previsions que poden contenir-se en una sentència de divorci sobre l'ús del domicili conjugal encara que aquest es trobi a Espanya haurien de ser admeses igualment perquè en aquest casos entenc que no estariem davant d'un dret real pur i dur i perquè no hi ha una competència entenc delimitada a la determinació de l'ús que no implica propietat o titularitat.<sup>730</sup>

Evidentment, aquesta globalitat de tractament i el caràcter personal de l'acció ja no abastaria aquells procediments realitzats a part del procediment matrimonial pròpiament tal per a determinació de qüestions de drets reals sobre el patrimoni dels membres de la família.

## **c) La rebeldia i la protecció de les garanties processals: necessitat de criteris restrictius o flexibles.**

Aquests és un dels requisits que intenta protegir el dret de defensa de les parts. La jurisprudència del TS i també el Tribunal Constitucional han diferenciat per aquest motiu respecte de les declaracions de rebel·lia d'alguna de les parts si aquesta rebel·lia és voluntària o forçosa, admetent l'exequàtur quan es tracta d'una rebel·lia voluntària i denegant-lo quan la rebel·lia ha estat forçosa i la part no ha tingut oportunitat de

---

<sup>728</sup> ATS de 26-03-2002 (JUR 2002/91491), respecte a una sentència de Tunísia, ATS de 27-03-2001 (JUR 2001/128316) i ATS 01-02-2005 (JUR 2005/88433), totes dues referides a sentències d'Algèria.

<sup>729</sup> AGUILAR BENÍTEZ. M I ALTRES: *Lecciones de Derecho Processal Civil Internacional*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2002.

<sup>730</sup> Sobre aquesta consideració especial de l'ús del domicili conjugal veure per exemple RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*. Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional. Editorial Comares. Granada 2002.pàg. 206-208.



defensar-se.<sup>731</sup> Per aquest motiu el TS ha entès habitualment que la simple citació per edictes sense que s'hagi intentat la citació personal no és vàlida per permetre l'exequàtur perquè aquest sistema no garanteix pròpiament el coneixement del plet per part del demandat i, per tant, la seva possibilitat de defensar-se. En aquest sentit, la jurisprudència del TS amb caràcter general ha estat constant.<sup>732</sup> També en el cas concret de l'exequàtur de sentències de divorci encara que sigui referits a altres supòsits. Aquest és el cas de l'ATS de 8 de febrer de 2005<sup>733</sup> en el que es demanava l'exequàtur de la sentència de divorci del tribunal de primera instància de París de 11-03-1997. Exequàtur que tenint en compte la data de la sentència es realitza a l'empara del conveni bilateral amb França. Aquesta resolució recull literalment *“queda acreditado que el demandado no tenia domicilio ni residencia ni lugar de trabajo conocidos, no aparecía en la lista alfabética de los abonados al telefono de la ciudad de París. La búsqueda no ha dado resultado por lo que conforme al art. 659 el Código de Procedimiento Civil francés, se le dirigió carta certificada con acuse de recibo y a la vez carta simple a la última dirección conocida, junto con copia de dicho atestado a efectos de notificación. Por todo ello no puede afirmarse que haya quedado acreditada ni su citación y ni su emplazamiento personal en dicho juicio, circunstancias éstas que impiden calificar su rebeldía como de conveniencia, única modalidad de rebeldía que no supondría óbice para el otorgamiento del reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por los Tribunales franceses.”*

Per aquest motiu, denegava l'exequàtur. Aquesta postura del TS és impecable per salvar els drets de defensa de les parts, però portada a tal extrem pot comportar indefensió. En la pràctica diària és habitual trobar-se que un dels cònjuges desapareix durant anys, sense preocupar-se de fills, ni de l'altre, que aconsegueix refer la seva vida.<sup>734</sup> Trobo que en aquestes circumstàncies obligar a la part sol·licitant del divorci a una tasca de detectiu desmesurada i costosa li pot provocar un greu indefensió perquè la lliga personalment a una altra persona de la que no es pot desfer, ni recorrent als tribunals i que l'impedeix, per exemple, tornar-se a casar, o que li crea una inseguretats

---

<sup>731</sup> En aquest sentit s'ha pronunciat la doctrina. GONZÁLEZ CAMPOS, REMIRO BROTONS, CORTÉS DOMINGUÉZ. Citats a: SANCIÑENA. ASURMENDI, C.: *El Reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*. Editorial Marcial Pons. Madrid 1999. També la jurisprudència ATS de 23-06-1998. ATS 8-10-1996 i la STC de 15-04-1986., que també estan citats a la mateixa obra.

<sup>732</sup> ATS 8/9/1998 (AZ RJ 1998/6846), ATS 26-10-1999 (AZ RJ 1999/7796), ATS 16-05-2000 (AZ RJ 2000/3578), ATS 18/09/2001 (AZ JUR 2001/264069) i ATS 08-02-2005 (AZ JUR 2005/95350)

<sup>733</sup> AZ JUR 2005/95350

<sup>734</sup> Aquesta situació l'he viscut personalment en molts casos defensats on normalment el marit ha desaparegut durant anys. En el cas d'un matrimoni entre espanyols que vaig portar, el pare va desaparèixer sense deixar rastre quan el fill tenia dos anys. No es va preocupar mai d'ell. Quan el nen ja en tenia 15 la mare volia tornar-se a casar i necessitava el divorci, però no sabia res del seu marit. Així ho va manifestar ella al jutjat, que va acordar la seva recerca. Finalment el van localitzar, però no va venir a judici. La sentència final se li va notificar per edictes. En els casos de N. i G. les sentències es van acabar notificant per edictes, però en el moment de la demanda els marits havien estat emplaçats personalment.

constant respecte del dret de custòdia dels fills, pensant que el cònjuge desaparegut por reaparèixer en qualsevol moment.

Per tant la millor manera pera garantir el dret de tots, seria valorar tots els fets i circumstancies del divorci, exigint si cal de nou la prova aportada al plet de divorci per valorar de nou la rebel·lia i admetre així l'exequàtur o no.

Aquesta matisació és adequada i entenc que és el mateix criteri que hi ha al darrera de la postura del TS de permetre l'exequàtur malgrat com s'hagi produït el procediment de divorci en rebel·lia si és el demandat qui demana l'exequàtur<sup>735</sup>

Les resolucions estudiades i que admeten l'exequàtur fan referència al control d'aquests drets de defensa i en la única que acaba admeten l'exequàtur d'una resolució algeriana, es constata que el procediment seguit al país d'origen havia estat de mutu acord.<sup>736</sup>

Una part de la doctrina entén que dintre d'aquest requisit encara que no es digui clarament hi va implícit el control de la competència del tribunal d'origen. De fet, tots els autos del TS estudiats fan una referència a la competència del tribunal d'origen, no tant com un altre requisit a complir, ni tampoc en la comprovació pròpiament tal de la competència, sinó per comprovar que la mateixa no s'hagi buscat de manera fraudulenta. El criteri del TS en aquests casos és que partint de la manca de competències exclusives en matèria de divorci ni separació a favor dels tribunals espanyols, es comprova que els punts de connexió amb els tribunals d'origen siguin suficients.<sup>737</sup> La jurisprudència, per tant, també ha exigít aquest requisit i l'ha condicionat sobretot el control del frau i de les competències exorbitants. En principi la comprovació era més de control de la competència de manera clàssica per la bilateralització dels criteris de competència judicials espanyols, però en els darrers anys el que es tendeix a fer com ja he posat de manifest és més aviat un control dels punts de connexió amb l'estat estranger d'on prové la resolució judicial per tal de excloure la possibilitat de frau.<sup>738</sup>

---

<sup>735</sup> ATS de 17-05-2005 (AZ JUR 2005/150613) on es referencien altres sentències en el mateix sentit.

<sup>736</sup> ATS 01-02-2005 (JUR 2005/88433).

<sup>737</sup> Així, ATS 01-02-2005 (JUR 2005/88433) respecte a una sentència d'Algèria, pero també en el cas de l'ATS 27-03-2001 (JUR 2001/128316) i ATS 27-03-2002 (JUR 2002/91491) respecte de Tunísia.

<sup>738</sup> Els mateixos criteris que els assenyalats en els autos comentats respecte de sentències de divorci de països magribins s'observa, per exemple, en l'ATS de 23-03-1999 (AZ RJ 1999/2416 ), respecte d'una sentència de Mèxic. La comprovació d'aquests punts de connexió està al darrera dels ATS de 8-02-2000 i 14-03-2000.

#### **d) Necessitat de controlar la licitud de la obligació i l'ordre públic.**

Tot i que l'article 954.3 de la LEC de 1881 diu literalment que la resolució reculli una obligació lícita a Espanya i no parla pròpiament de contrarietat amb l'ordre públic, és evident que aquest requisit inclou aquesta comprovació.

La postura tradicional del TS ha estat de ser molt restrictiu en l'admissió de l'excepció d'ordre públic. En el cas de sentències dictades per tribunals d'Algèria respecte de procediments de divorci o altres qüestions de família és evident que la comprovació del respecte a l'ordre públic s'imposa, ja que a priori aquestes matèries dictades per un tribunal d'Algèria ho hauran fet per aplicació de la seva llei nacional i en conseqüència d'inspiració islàmica.

Les resolucions ja comentades del TS no entren gaire en aquesta qüestió, tan en el cas de sentències de Algèria com de Tunísia, però cal tenir present en primer lloc que en tots els casos es tracta de matrimonis mixtos i que en el cas de la sentència d'Algèria va ser dictada en un procediment de mutu acord.

Una part de la doctrina i la jurisprudència diu que en aquests casos la comprovació de l'ordre públic també implica la comprovació del respecte dels drets de defensa i, per tant, també permetria el control de la competència judicial en virtut d'aquest apartat.<sup>739</sup>

La legislació d'Algèria en matèria de família, tot i la recent reforma (a diferència de la reforma marroquina) sembla que perviu encara moltes formules de discriminació de la dona i en aquest sentit i tenint en compte que l'ordre públic també ha de respectar els principis constitucionals s'imposa un control exhaustiu de les sentències d'aquell país que es volen reconèixer o executar.

En aquest sentit, es poden tenir present però els criteris que durant temps havia utilitzat el TS respecte de la sentències marroquines.

#### **e) Els controls imprescindibles: la autenticitat i altres requisits formals.**

L'article 954.4 de la LEC recull el que seria el control de la legalitat formal del document que es pretén executar.

---

<sup>739</sup> AGUILAR BENÍTEZ, M. i ALTRES: *Lecciones de Derecho Processal Civil Internacional*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2002.

El Tribunal ha de comprovar aquesta autenticitat, ja sigui d'ofici o a instància de part i en aquest sentit i a manca de conveni exprés caldrà la legalització o apostilla si és que l'estat en qüestió és part del Conveni de la Haia de 5-10-1961.

La traducció s'imposa per normativa processal general i per aplicació concreta a l'exequàtur de la previsió continguda a l'article 956 de la LEC de 1881. Cap d'aquests articles recull cap precisió respecte a la traducció. S'ha de recórrer, per tant, a les normes processals generals respecte a la traducció de documents no redactats en cap de les llengües oficials. Aquesta remissió s'entén que ara es fa respecte a l'article 144 de la LEC 1/2000. Aquest article com tampoc ho feia l'anterior LEC de 1881 no exigeix que la traducció hagi de ser jurada. Ara bé, quan es tracta de què una decisió estrangera produeixi efectes a Espanya a vegades fins i tot quan pot haver-hi un procediment en marxa entre les mateixes parts al nostre país el requisit de l'autenticitat és vital i quan es tracta d'un idioma estranger, entenc que la traducció hauria de ser jurada o com a mínim realitzada per un traductor habilitat per algun organisme públic. Aquesta necessitat encara es fa més present quan estem davant d'un idioma tant diferent del nostre com és l'àrab.

Aquest requisit formal és fonamental i gairebé el pressupost sense el qual no es pot analitzar la resta de requisits de la resolució d'exequàtur. Si no es té clara la autenticitat ja no cal entrar a analitzar la resta de requisits.

De fet, fonamenten la denegació de l'exequàtur en la manca d'autenticitat del títol, ja que en dos casos ATS de 20-5-2003 (JUR 2003/146150) i ATS de 28-09-2004 (JUR 2004/276434) no s'ha aportat legalitzat ni apostillat<sup>740</sup> i en el tercer ATS de 9-12-2003 (JUR 2004/21880), només s'ha adjuntat una traducció. A més, en cap cas s'acompanyava de certificació que acredités la irrecuribilitat de la resolució.

En el cas de la no aportació del document i només de la traducció el que dicta el TS és pròpiament una inadmissió a tràmit, deixant oberta la porta a un nou procediment.<sup>741</sup>

---

<sup>740</sup> Veure el text de les resolucions a la nota 635

<sup>741</sup> *El incumplimiento por la parte solicitante del exequátur de dicha exigencia formal, pues a su escrito de demanda sólo acompañó la traducción de la resolución objeto de reconocimiento, acarrea, de conformidad con lo dispuesto en el art. 269.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con su art. 266.5º, la inadmisión a trámite de la presente solicitud de reconocimiento, y,*

## **f) La desaparició de l'exigència del control de la llei aplicable.**

Aquest és un altre requisit que no consta enumerat en l'esmentat article 954 de la LEC 1881, però que el TS l'havia exigit i tradicionalment s'havia recollit en alguns convenis bilaterals sobretot en relació a qüestions d'estat civil i capacitat de les persones, encara que limitat amb la clàusula de l'exigència de resultat. El més recent d'aquests convenis data de 1987 i, per tant, en 18 anys les concepcions han canviat bastant i, a més, també ha canviat la legislació espanyola que abans de 1981 no admetia el divorci.<sup>742</sup>

La doctrina del TS havia estat especialment dura en l'exigència d'aquest requisit i no admetia l'exequàtur d'una sentència estrangera de divorci respecte de dos nacionals espanyols que s'havien divorciat segons la *lex fori*.<sup>743</sup> Entenc que aquesta postura estava marcada encara per la impossibilitat de divorci a Espanya i la possibilitat que evidentment la competència del tribunal estranger s'hagués buscat en frau de llei. Alguns autos del TS eren molt taxatius i impossibilitaven qualsevol reconeixement en base al control de la llei aplicable. Després de la llei de divorci de 7-07-1981 el TS va continuar mantenint aquesta postura però introduint ja clarament en les seves argumentacions el motiu del frau com a motiu per refusar l'exequàtur. L'evolució de l'aplicació de la llei del divorci i el canvi de la societat espanyola en aquests anys va anar propiciant un canvi de postura del TS:

Així, la postura posterior del TS i fins a l'actualitat s'ha centrat únicament al control del frau en la recerca de la competència dels tribunals estrangers sense fer control pròpiament de la llei aplicable. Això és el que es pot veure a les sentències analitzades respecte de sentència provinents de Tunísia i Algèria en què el TS admet que hi ha punts de connexió suficients amb el tribunal estranger per tal de determinar que la recerca de la seva competència no ha estat fraudulenta.

---

*consiguientemente, su archivo, sin perjuicio que, una vez se acompañe a la demanda el documento omitido, se forme nuevo rollo de Sala para la correspondiente tramitación del procedimiento.*

<sup>742</sup> Així, per exemple, els convenis bilaterals amb Alemanya 14-11-1983, Àustria de 17-02-1984, França de 28-05-1969, Itàlia de 22-05-1973 i Txecoslovàquia de 4-05-1987. Aquesta clàusula rarament apareix a altres convenis més recents.

<sup>743</sup> ATS 14-07-1982, ATS 5-10-1982, ATS 23-09-1982, ATS 1-12-1982, ATS 10-12-1982., ATS 27-05-1985,. A partir de 1985 aquesta postura es va anar flexibilitzant. Resolucions citades a: SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *El Reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*. Editorial Marcial Pons. Madrid 1999.

**g) La comprovació necessària dels respectius processos oberts: la no contradicció de la sentència estrangera amb una sentència espanyola o amb un procés obert a Espanya sobre el mateix.**

Aquest requisit pretén garantir la seguretat jurídica i entenc que, a més, ajuda a evitar el frau i malgrat que no és cap dels continguts en l'article 954 de la LEC 1881, es pot deduir implícitament i, fins i tot, es pot enquibir en una interpretació àmplia de l'ordre públic. Així ho ha fet la jurisprudència al llarg dels anys.

De fet, aquest requisit implica la formulació en certa manera d'uns requisits i un règim per a la litispèndia internacional encara que no sigui pròpiament tal. En primer lloc, perquè no cal que hi hagi identitat d'objecte, de causa i de parts entre les decisions o entre les decisions que es pretenen reconèixer i el procés pendent al nostre país. Per denegar el reconeixement és suficient que les dues sentències siguin irreconciliables o existeixi el risc d'aquesta irreconciliabletat. Així, l'ATS de 28-04-1998 denega el reconeixement de la sentència estrangera de divorci perquè hi ha un procediment de separació entre els mateixos esposos a Espanya.<sup>744</sup>

Per altra banda, el criteri jurisprudencial ha prescindit fins ara del principi *prior tempore potior iure*, ja que no té en compte ni les dates en què es van dictar les sentències i les dates d'inici del procediment. Aquest criteri erroni ha propiciat i propicia el recurs al frau que l'exigència d'irreconciliabletat de decisions semblava voler evitar. Donat que n'hi ha prou amb que hi hagi aquesta irreconciliabletat encara que en els dos procediments en marxa no hi hagi sentència, podria donar-se el cas que havent obtingut una sentència desfavorable a l'estranger es busqués el procediment a Espanya sobre el mateix afer per evitar precisament el reconeixement i execució d'aquesta sentència desfavorable. La manca de criteris temporals entenc que manca de tota lògica i, a més, contradiu el criteri que es recull normalment en els convenis internacionals que ha signat Espanya. En aquest sentit, diversos autors<sup>745</sup> ja han senyalat la necessitat d'arbitrar un mecanisme de solució de situacions de litispèndia internacional basades en el moment d'inici dels respectius procediments, determinant, per exemple, que es denegarà l'exequàtur si el procediment estranger es va iniciar després de l'espanyol i a la inversa, admetre l'exequàtur quan el procediment

---

<sup>744</sup> ATS 28-04-1998. Extret del llibre: AGUILAR BENÍTEZ, M. i ALTRES: *Lecciones de Derecho Processal Civil Internacional*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2002.

estranger es va iniciar abans que l'espanyol. Ara bé, aquestes normes s'haurien de complementar amb la precisió del moment en què es considera en què s'inicia un procediment i l'altre i en el que totes dues parts en tenen coneixement per evitar precisament el frau, sinó la norma es quedaria a mig camí.

## **5.- El canvi de situació respecte de les resolucions algerianes a partir del Conveni bilateral 24-02-2005.**

El recent conveni entre Espanya i Algèria segurament farà canviar la situació descrita en l'apartat anterior perquè ara hi haurà un document convencional al que referir-se, a l'hora de denegar o no el reconeixement i execució de les resolucions algerianes a Espanya, i evidentment també les espanyoles a Algèria.

Es tracta d'un conveni en l'àmbit civil i mercantil del que no queden excloses les matèries de dret de família, per tant serà aplicable a les sentències i resolucions que es dictin en els litigis familiars.

Els requisits pel reconeixement i execució d'aquest conveni són evidentment similars als anteriors. Per tant em limitaré a les aportacions més destacades.

### **a) La necessitat de l'efecte de cosa jutjada,.**

La referència a l'efecte de cosa jutjada es concreta en valorar el concepte segons la llei de l'estat en que hagi estat dictada.

### **b) La litispendència.**

La referència a la litispendència continua sent similar, però es concreta en demanar que per a permetre el reconeixement i/o execució, cal que no s'hagi presentat cap demanda davant de la jurisdicció de l'estat requerit entre les mateixes parts i el mateix objecte abans de que es presenti la sol·licitud davant de la jurisdicció que hagi de dictar la resolució de la que es demana el reconeixement o l'execució. Continua però sense concretar els moments de presentació i sol·licitud i, per tant la picaresca és igualment possible

### **c) L'excepció d'orde públic i el control de la llei aplicable.**

---

<sup>745</sup> AGUILAR BENÍTEZ, M i ALTRES: *Lecciones de Derecho Processal Civil Internacional*. Pàg. 227. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2002, recull aquesta possibilitat amparant-se en propostes d'altres autors com CALVO CARAVACA, A. L. i CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.

Es recull l'excepció d'ordre públic, si bé amb una redacció que pot provocar malentesos, ja que diu que la resolució no pot ser contrària a l'ordre públic de l'estat en que s'invoca. Quin és aquest estat? No seria més fàcil parlar l'estat requerit i requerit?

En matèria de dret de família trobem encara un requisit més i és que quan la resolució afecti a l'estat de les persones, com pot passar amb una sentència de separació o divorci, per a poder-la reconèixer o executar no només cal comprovar l'excepció d'ordre públic sinó la llei aplicable. Si la resolució s'ha dictat aplicant una llei diferent a la que s'aplicaria si s'haguessin aplicat les normes de Dret Internacional Privat de l'Estat requerit, es podrà denegar el reconeixement i execució, a no ser que el resultat hagués estat equivalent al resultant d'aplicar aquestes normes de l'estat requerit.

La complexitat afegida és doncs més que considerable i en l'àmbit de família pot portar a més d'un conflicte si la llei aplicada és la de l'estat de residència (Espanya) i no la llei nacional dels cònjuges (que seria la d'Algèria com a estat requerit). Aquest supòsit pot passar fàcilment en l'actualitat en un divorci de mutu acord instat d'acord amb la legislació espanyol per aplicació del nou article 107 CC o també en els casos d'aplicació de dret espanyol davant la manca de prova del dret estranger. És cert que la legislació algeriana també permet el divorci consensual, i per tant en aquest cas el resultat entenc serà equivalent, i fora d'una interpretació molt estricte difícilment es podria denegar el seu reconeixement i execució. Però què passaria amb un divorci instat per la dona, al que el marit s'hi oposa i que s'acaba resolent per aplicació de la llei espanyola davant la manca de prova del dret estranger i no contempla la sentència cap de les causes de divorci previstes a la legislació algeriana?. Entenc que es podria denegar l'execució i reconeixement. Més fàcil ho tindria en una sentència que tot i aplicar la llei espanyola i sense aplicar formalment cap causa (ja que la ara la llei espanyola ho permet) es determinessin provats maltractaments.

Aquests raonaments poden induir a més d'un a pensar doncs que no serveix de res dictar sentències de divorci a Espanya que després no es reconeixeran a Algèria. Aquesta postura com ja he dit entenc que no és vàlida a la pràctica si els litigants estan instal·lats de manera permanent a Espanya. El que cal és fer convenis que no limitin possibilitats sinó que les ampliïn.



Potser aquesta precisió en el conveni no pretén empitjorar la situació sinó simplement donar elements per a valorar, per part de jutges i tribunals dels dos estats part, l'excepció d'ordre públic lligant-la a les pròpies normes de conflicte, amb la ben intencionada idea de no permetre l'arbitrarietat i la inseguretat jurídica, però aquesta opció no soluciona tots els elements ni serveix per a totes les situacions i sovint complicarà més que ajudarà.

**d) El procediment a seguir.**

En aquest punt és on el conveni és més ambigu i ni tant sols fixa quin serà l'òrgan competent. L'article 20 remet simplement a la legislació de l'estat requerit, establint tan sols l'article 18 la documentació que és necessària.

En el cas espanyol la situació serà fàcil i propera al justiciable després d'haver-se reformat la LOPJ i haver-se traspassat la competència als tribunals de primera instància, però a la inversa s'haurà de seguir el procediment intern sigui qui sigui, i encara que sigui costós.

## **6.- Les sentències de països membres de la Unió Europea en matèria de família que afecten a magribins: aplicació del sistema previst als reglaments comunitaris.**

Com ja hem vist, hi ha casos en què malgrat l'origen magribí dels dos cònjuges es produeixen litigis familiars amb connexions en dos Estats membres de la Unió Europea.

En aquests casos quan la resolució judicial provingui d'un país membre o es pretengui reconèixer i executar una sentència espanyola en un altre país membre s'haurà d'aplicar el Reglament comunitari en vigor i per tant estarà en joc tota la interpretació doctrinal i jurisprudencial existent en aquest àmbit.

Aquests casos ja hem vist que es produïen a la pràctica, com en el cas de Sa. i M.<sup>746</sup> (dos marroquins que havien residit entre Espanya, França i Bèlgica) i el cas de Ra. i Ab.<sup>747</sup> (un marroquí i una marroquina ja nacionalitzada espanyola). En el primer cas no van arribar als tribunals, però en el segon el procediment s'havia instat a Espanya lloc de celebració del matrimoni i domicili de la demandada, però el darrer domicili conjugal havia estat Alemanya. El primer s'havia produït abans de l'entrada en vigor de

---

<sup>746</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 7-1/2000.

qualsevol dels dos reglaments comunitaris. El segon s'havia produït després de l'entrada en vigor del Reglament 1347/2000.

Caldrà tenir present també l'àmbit d'aplicació material de cada conveni i el règim transitori, perquè en alguns casos s'haurà de recórrer als convenis bilaterals previs als Reglaments o a altres instruments legals.<sup>748</sup>

Des d'aquesta perspectiva caldrà tenir present els Reglaments comunitaris en matèria de divorci, separació judicial i responsabilitat parental i el Reglament comunitari 44/2001 que s'aplicarà respecte dels aliments. L'existència de diferents instruments i la fragmentació continuen, doncs, en l'àmbit comunitari.

### **A. Requisits i característiques bàsiques dels Reglaments 1347/2000 i 2202/2003.**

Sense pretendre una exhaustivitat de tractament, vull deixar constàncies d'aquelles principis o característiques bàsiques dels reglaments comunitaris dels que gaudiran les sentències que es dictin dintre de l'àmbit d'aplicació del Reglament encara que afectin a famílies amb nacionalitat d'algun país magribí i encara que el matrimoni s'hagués celebrat al país d'origen.

#### **a) Reconeixement immediat i força executiva directa.**

Un dels privilegis o avantatges de les sentències que provinguin dels estats membres és que seran reconegudes de manera immediata, sense cap procediment. En cap cas hi ha haurà una revisió sobre el fons.

Aquesta previsió es recollia ja reglament 1347/2000 i es torna a recollir al reglament 2201/2003 alhora que es completa.

La remissió en el reglament 1347/2000 era minsa i quedaven una mica barrejats els conceptes de reconeixement i execució. En el reglament 2201/2003 a partir de la norma general de reconeixement immediat, concreta que aquest reconeixement és totalment directe a efectes registrals, sense cap procediment. Si la sentència contempla altres pronunciaments que ha de ser executables en un altre estat membre caldrà sol·licitar aquesta executivitat.

---

<sup>747</sup> El supòsit de fet està explicat a l'annex 2 ref. 14-6/2001.

<sup>748</sup> Aquest és el cas dels ATS 24-06-2003 (Az JUR 2003/164415) i 8-02-2005 (Az JUR 2005/95350), dictats respecte de sentències franceses que disolen matrimonis celebrats al Marroc entre espanyols,

### El reconeixement directe.

Per tant, quan es tracti d'inscriure el divorci en el Registre Civil Espanyol perquè és aquí on consta el matrimoni, no cal cap procediment especial i la sentència de divorci provinent d'un dels estats parts del reglament ha de tenir accés directe al registre.

Aquest supòsit pensat per litigis comunitaris no és aliè totalment als magribins. Ja hem vist en el cas de Ra. i Ab.<sup>749</sup>, que això seria possible si el marit en compte d'optar directament per presentar el divorci a Espanya, que és on s'havia celebrat i constava inscrit el matrimoni, hagués presentat el divorci a Alemanya que era el darrer domicili conjugal i després hagués portat aquesta sentència a inscriure a Espanya.

El Reglament 2201/2003 també concreta que tractant-se d'un reconeixement directe si s'al·lega l'existència d'aquesta resolució estrangera de manera incidental en un altre procediment davant de l'òrgan jurisdiccional d'un estat membre del conveni, és aquest mateix òrgan jurisdiccional qui podrà reconèixer sobre aquest fet, sense necessitat de cap altra procediment, ni de remetre-ho a cap altra tribunal.

Malgrat aquest reconeixement directe, el reglament permet que qualsevol de les parts insti procediment perquè es reconegui una resolució determinada o perquè no es reconegui. En aquest cas, la competència de l'òrgan jurisdiccional intern que haurà de resoldre aquesta petició que serà un dels indicats a la llista del propi reglament es determinarà per les normes de competència judicial interna, però si es presenta dintre d'un altre procediment ja ha quedat clar que el reglament estableix que llavors el competent és el mateix òrgan jurisdiccional que està coneixent l'afer.

### La força executiva directa.

El reglament 2201/2003, a l'igual que feia ja l'anterior sembla determinar que respecte de les resolucions de separació matrimonial, divorci o nul·litat només és possible el seu reconeixement que és immediat i que les úniques resolucions susceptibles d'execució són les relatives a la responsabilitat parental. Aquesta postura té la seva lògica perquè de fet a part de la inscripció en el registre d'una

---

sentències dictades molt temps abans de l'entrada en vigor de cap dels Reglaments comunitaris i que es resolen per aplicació del Conveni bilateral entre Espanya i França de 28-05-1968 (BOE del 14-03-1970).

<sup>749</sup> Supòsit explicat a l'annex 2 ref. 14-6/2001 i que per data (any 2001) hauria entrat en el camp d'aplicació del Reglament 1347/2000.

separació, divorci o nul·litat, la resta d'efectes possibles són els econòmiques, que no entren dintre de l'àmbit d'aplicació del conveni i les relacions paternofilials. Per tant, és només respecte d'aquestes i excloent les obligacions alimentàries que es pot demanar la seva execució.

La novetat del reglament 2201/2003 recau en el fet que dóna força executiva directa a les resolucions sobre dret de visita i algunes sobre restitució del menor, que seran tractades ja directament com si es tractés d'una resolució interna, a vegades inclús si són contràries a una pròpia resolució interna ja existent. A més, no es podran modificar en fase d'execució, fet que farà que qualsevol canvi que impliqui necessàriament una modificació del règim de visites per exemple per canvi de domicili, caldrà que es faci en un nou procediment de modificació.<sup>750</sup>

En l'àmbit dels magribins aquestes previsions només tindrà eficàcia quan estiguem parlant de resolucions judicials d'estat membres o de trasllats de menors entre estats membres. Quan el desplaçament es realitzi cap a un tercer país, que potser el Marroc, encara que parteixin d'una resolució judicial espanyola o d'un altre estat membre del reglament, les previsions contingudes en aquest perden qualsevol eficàcia.

## **b) Documentació necessària.**

Un còpia de la resolució que reuneixi els requisits d'autenticitat, adjuntant també un certificat de l'òrgan jurisdiccional en el que s'hagués dictat la resolució, segons els models establerts en el propi reglament.

Si la resolució ha estat dictada en rebel·lia cal que la part que demana el reconeixement o execució porti a bé l'original o la còpia autèntica que acrediti la notificació de la demanda o document equivalent al declarat rebel o bé qualsevol altre document que acrediti que el demandat ha acceptat aquella resolució que es vol reconèixer.

En el cas de demanar la força executiva respecte de les resolucions en matèria de dret de visites i restitució de menors, els documents són el mateix, però el certificat ha d'anar referit a la declaració d'executivitat de la resolució d'origen, seguint el model establert en el propi Reglament.

---

<sup>750</sup> CALVO BABÍO, FLORA: *Derecho de familia comunitario. El nuevo Reglamento en materia matrimonial y de responsabilidad parental*. IURIS, nº 94, mayo. 2005.

### **c) Traducció i legalització.**

Ja en el reglament 1347/2000 i després igualment en el Reglament 2201/2003 se suprimeix la necessitat de legalització i, fins i tot, la traducció amb caràcter general ja que només serà necessària si l'òrgan jurisdiccional ho exigís. En aquest cas, la traducció entenc que haurà de ser jurada perquè literalment els reglaments demanen que estigui feta per una persona habilitada a tal fi.

Respecte de l'execució sobre drets de visita i restitució de menors el reglament 2202/2003, sí que es demana una traducció dels respectius certificats emesos per l'òrgan jurisdiccional d'origen a una de les llengües oficial de l'estat membre on s'hagi d'executar o en la llengua que aquest estat hagi indicat que també pot acceptar. En aquests casos la traducció ha de ser jurada perquè demana que estigui feta per persona habilitada a tal fi.

Donat aquesta redacció es podria admetre la traducció realitzada per part dels intèrprets que actuen en seu judicial encara que no siguin traductors jurats perquè serien realment persones habilitades. En aquests casos caldria comprovar l'habilitació que tenen què els hi permet fer.

El que és evident és que no és possible una traducció privada.

### **d) Causes de denegació del reconeixement.**

#### L'excepció d'ordre públic.

No es pot denegar el reconeixement pel fet que hi hagi diferències en el dret aplicable. En concret no es pot denegar el reconeixement d'una resolució de divorci, separació matrimonial o nul·litat matrimonial al·legant que a l'estat requerit no es concediria aquest divorci, separació o nul·litat en base als mateixos fets.

Per tant encara que es manté com a causa de denegació l'excepció d'ordre públic, aquest no es podrà invocar amb aquest sol motiu. Sí que es manté aquesta excepció sí, per exemple, la resolució que es vol reconèixer pot suposar una discriminació a alguna de les parts.

El control de l'excepció d'ordre públic és especialment important en el cas dels magribins, perquè la sentència pot provenir d'un estat membre però aquest procediment pot haver aplicat el dret nacional comú de les parts i, per tant, tractant-

se de legislacions que poden contenir principis discriminatoris caldrà fer un control exhaustiu d'aquestes, sobretot en el cas de sentències que apliquin, per exemple, les legislacions com la d'Algèria que és la més ancorada en la tradició.

El fet que un país comunitari hagi resolt l'afer, segurament voldrà dir que aquest control ja s'ha fet en el moment del judici, però no vol dir que s'hagi fet en tot els casos per tant, cal fer l'anàlisi i el resultat d'aquest podria provocar la denegació del reconeixement i execució si s'apreciés aquesta discriminació cap a alguna de les parts utilitzant els criteris previstos a la clàusula especial d'ordre públic que recull l'article 107 del CC en la seva nova redacció.

El control de la competència del tribunal no s'inclou dintre de l'excepció d'ordre públic i, per tant, no es pot controlar la competència del jutge d'origen.

#### El respecte pels drets de defensa de les parts.

Es podrà denegar el reconeixement si quan s'ha dictat la resolució en rebel·lia del demandat a aquest no se li hagués donat o notificat l'escrit de demanda o document anàleg amb temps suficient d'avançament per organitzar la defensa, a no ser que consti de forma inequívoca que el demandat accepta la resolució.

Acceptació que s'ha d'entendre, per exemple, quan aquest s'ha tornar a casar.

#### Resolucions inconciliables.

Es podrà denegar el reconeixement si la resolució fos irreconciliable amb una altra dictada a l'estat requerit sobre les mateixes parts. No hi ha previsió tampoc d'exigències temporals. La raó està en el fet que es pugui analitzar cas per cas. En aquest sentit, es podrien produir algunes sentències buscades en frau, però a diferència d'altres supòsits sí que conté el reglament una referència a la litispèndia, que hauria de funcionar de manera prèvia al moment de dictar-se la sentència o resolució. Per tant, quan aquesta ja s'ha dictat s'entén que ja no ha pogut ser dictada de manera fraudulenta.

Per tant, en aquest moment aquesta amplitud no és tant perjudicial com en el cas del dret intern en què no va acompanyada de cap altra previsió.

També però s'admet la possibilitat de denegació davant la irreconciliabilitat amb una resolució dictada per un altre estat membre diferent del requerit entre les mateixes parts o la dictada per un estat no membre quan la primera resolució compleixi les condicions per ser reconeguda a l'estat reconegut.

Aquesta previsió en el cas dels magribins encara pot donar més joc, ja que és fàcil que es produeixin situacions com aquesta. Si recuperem el cas de Sa. i M.<sup>751</sup> i en fem una suposició podem trobar un exemple que ens serveixi per il·lustrar aquests supòsits.

Podria donar-se el cas que el marit hagués anat al Marroc i hagués aconseguit una sentència de divorci, per ser els tribunals del Marroc competents per la nacionalitat comú dels cònjuges. Aquesta sentència podria ser reconeguda a Espanya en virtut del conveni bilateral existent. L'esposa ha tornat a França i després d'un any de residència en aquest país, coincidint en el temps amb la demanda marroquina, presenta allà demanda de divorci, que després pretén reconèixer i executar a Espanya perquè és on viu el marit. Espanya podrà llavors denegar aquesta execució donat que hi ha la sentència marroquina que pot ser reconeguda a Espanya. Evidentment, caldria assegurar-se en aquests casos com s'han produït les citacions corresponents i que les dues parts han estat representades en els dos procediments o han tingut la oportunitat de ser-hi. També caldria comprovar si hi ha frau en algun moment per part d'alguna de les dues parts a l'hora de buscar la competència d'un determinat tribunal.

#### **e) Supòsits de denegació específics en els casos de responsabilitat parental.**

El que preval en aquests casos és l'interès primordial dels menors. El redactat i supòsits són similars en el Reglament 1347/2000 que en el 2201/2003 però donat que s'ha ampliat l'àmbit d'aplicació en el segon reglament no limitant-lo tant sols els fills de matrimoni, les referències que es feien al fill, es fan ara al terme genèric del menor.

Per tant a part dels supòsits ja esmentats es podrà denegar quan s'hagués dictat sense haver donat al menor la possibilitat de ser escoltat, tret dels casos d'urgència.

També es podria denegar en els casos en què hagi una persona que al·legui que la resolució perjudica al seva responsabilitat parental i no se l'hagi escoltat durant el procediment.

#### **f) Autoritat competent.**

---

<sup>751</sup> El supòsit de fet està explicat explicat a l'annex 2 ref. 7-1/2000.

El Reglament 1347/2000 determinava que era competent el Tribunal de primera instància del lloc de residència habitual de la persona contra la que se sol·licités l'execució o el del lloc de la residència habitual del fill o fills a qui es refereixi la sol·licitud.

En cas que no es pogués localitzar en l'estat requerit cap d'aquests llocs serà el del lloc de l'execució.

La resolució podrà ser recorreguda i en el cas espanyol l'òrgan competent serà l'Audiència Provincial.

El Reglament 2201/2003 continua mantenint els mateixos criteris però clarifica una mica més la sistematització del procediment.

Donat que en el cas del simple reconeixement no hi ha cap tràmit a seguir, queda clar que no es pot parlar de procediment, ni d'autoritat competent pròpiament tal, sinó només quan el que es demana és la sol·licitud d'executorietat d'una resolució sobre responsabilitat parental. Per tant, és en aquesta secció del reglament on es recull les normes sobre competència dels òrgans jurisdiccionals per a l'execució i les prescripcions respecte del procediment.

Donat que el reglament distingeix clarament dels procediments generals d'executivitat dels relatius al règim de visites i restitució de menors, torna a establir normativa específica al respecte.

El procediment serà el que estableixi la llei de l'estat.

#### **g) El règim transitori dels Reglaments Comunitaris.**

A part de l'àmbit d'aplicació espacial, cal tenir en compte el seu abast temporal. En principi el Reglament 2201/2003 només s'aplica a les accions judicials exercitades i els documents públics amb força executiva formalitzats o registrats i els acords entre les parts celebrats amb posterioritat a l'1 de març de 2005, però el règim transitori introdueix altres possibilitats, acabant així configurant un sistema transitori força complex:



**Resolucions judicials dictades després de l'1 de març de 2005, com a conseqüència d'accions exercitades després de l'entrada en vigor del Reglament 1347/2000 (01-03-2001)**

S'aplicaran les normes de reconeixement i execució del Reglament 2202/2003, si s'haguessin aplicat normes de competència que s'ajustin a les normes de competència que preveu el Reglament 2202/2003 o les que preveu el Reglament 1347/2000 o les recollides en un conveni en vigor entre l'estat membre d'origen i l'estat membre requerit.

Aquesta disposició transitòria permet l'aplicació del Reglament 2202/2003 a les resolucions dictades després del 1-03-2005, com a conseqüència d'accions iniciades entre el 01-03-2001 i el 01-03-2005. Si la acció i la resolució és posterior a l'01-05-2005 és evident que queda inclosa en l'àmbit d'aplicació del Reglament 2201/2003 i no necessita cap concreció ni se li demana cap requisit per a la seva aplicació en matèria de reconeixement i execució.

**Resolucions judicials dictades abans de l'1 de març de 2005, com a conseqüència d'accions exercitades després de l'entrada en vigor del Reglament 1347/2000 (01-03-2001)**

S'aplicaran les normes de reconeixement i execució del Reglament 2202/2003, només quan es tracti de resolucions sobre divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial o responsabilitat parental sobre els fills comuns dictades amb motiu d'aquests procediments matrimonials.

En aquest cas, les resolucions sempre hauran de ser dictades entre l'01-03-2001 i l'01-03-2005, perquè en demanar que es tracti de procediments instats entre l'01-03-2001 i el 01-03-2005 és evident que no podrà haver-hi cap resolució sobre un procediment judicial anterior a la data d'inici del propi procediment.<sup>752</sup>

---

<sup>752</sup> Aquest seria el supòsit del cas de Ra. i Ab. (explicat a l'annex 2 ref. 14-6/2001) ai un cop obtinguda sentència de divorci a Espanya d'acord amb les normes de competència del Reglament 1347/2000 es pretengués demanar-ne el seu reconeixement i execució a Alemanya. Donat que el matrimoni s'havia celebrat a Espanya, la sentència espanyola ja hauria tingut accés al registre i en no haver-hi fills només seria interessant aquesta execució a Alemanya en reclamació dels aliments que s'haguessin pogut fixar per l'esposa, ja que el marit tenia una bona feina i un bon sou allà. En aquest cas, però, s'hauria d'invocar el Reglament 44/2001.

Però d'aquesta disposició transitòria es conclou també que les resolucions que s'hagin dictat abans del 01-03-2005 en els procediments instats entre 01-03-2001 i el 01-03-2005 en matèria de responsabilitat parental sobre fills no comuns, les dictades en casos de parelles de fets o les dictades amb independència de les accions matrimonials, queden fora d'aquests sistema de reglaments i hauran de regir-se pels règim intern o convencional que correspongui. El Reglament anterior 1347/2000 no es podrà aplicar perquè són resolucions fora dels seu àmbit material.

Igualment, si es tracta de procediments instats després del 01-03-2005, la resolució sobre els mateixos haurà de ser, per tant, posterior a l'01-03-2005 i l'aplicació del Reglament 2202/2003 és directa, sense concrecions ni requisits.

**Resolucions judicials dictades abans de l'1 de març de 2005 però després de l'entrada en vigor del Reglament 1347/2000 com a conseqüència d'accions exercitades abans de l'entrada en vigor del Reglament 1347/2000.**

Per a l'aplicació de les normes de reconeixement i execució del Reglament 2202/2003, es demana ara un doble requisit. En primer lloc, cal que es tracti de resolucions sobre divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial o responsabilitat parental sobre els fills comuns dictades amb motiu d'aquests procediments matrimonials. Però, a més, cal que en aquests procediments s'haguessin aplicats normes de competència que s'ajustin a les normes de competència que preveu el Reglament 2202/2003 o les que preveu el Reglament 1347/2000 o les recollides en un conveni en vigor entre l'estat membre d'origen i l'estat membre requerit en el moment d'exercitar-se l'acció

Aquesta complexitat de possibilitats es podria resumir en el següent quadre:

Data d'exercici de les accions	Data de les resolucions	Característiques que s'han de complir perquè s'apliquin les normes de reconeixement i execució del Reglament 2202/2003
Entre 01-03-2001 i 01-03-2005	Després 01-03-2005	<p><b>El control de les normes de competència.</b></p> <p>Cal que les normes de competència aplicades s'ajustin a les normes de competència que preveu el Reglament 2202/2003 o les que preveu el Reglament 1347/2000 o les recollides en un conveni en vigor entre l'estat membre d'origen i l'estat membre requerit en el moment d'exercitar-se l'acció</p>
Entre 01-03-2001 i 01-03-2005	Abans 01-03-2005	<p><b>El control de les matèries sobre les que recauen les resolucions dictades.</b></p> <p>Cal que es tracti de resolucions sobre divorci, separació judicial o nul·litat matrimonial o responsabilitat parental sobre els fills comuns dictades amb motiu d'aquests procediments matrimonials.</p>
Abans 01-03-2001	Entre 01-03-2001 i 01-03-2005	<p>Calen les dues condicions anteriors:</p> <p>1.- El control de les normes de competència.</p> <p>2.- El control de les matèries sobre les que recauen les resolucions dictades.</p>

Malgrat aquest quadre sintetitzador de les possibilitats d'aplicació dels Reglaments comunitaris corresponents, la delegació alemanya va plantejar que mancava Un

supòsit i que donat la lentitud de la justícia és possible que es produeixi<sup>753</sup>. Es tractaria de determinar quin Reglament Comunitari s'aplica en el cas d'un acció exercitada abans del 01-03-2001, però amb sentència posterior al 01-03-2005. La solució a aquesta llacuna detectada segons A. BORRÀS seria la mateixa que en el supòsit d'accions exercitades abans del 1-03-2001 i amb sentència dictada entre el 01-03-2001 i el 01-03-2005.

D'aquest entramat complex queda clar que es potencia i prima l'aplicació del Reglament 2201/2003 en front del seu antecessor el Reglament 1347/2000.

També es desprèn clarament que amb caràcter general, les resolucions dictades abans del 01-03-2001 (data d'entrada en vigor del Reglament 1347/2000) com a conseqüència evidentment d'accions exercitades abans de la mateixa data de 01-03-2001, queden fora de l'abast del Reglament i també del Reglament anterior 1347/2000<sup>754</sup> i s'hauran de reconèixer i executar segons les normes convencionals i internes de l'estat membre en qüestió. Aquest, per exemple, era el cas de les ATS que resolien la petició d'execució de dues sentències de divorci franceses respecte de matrimonis celebrats al Marroc. Aquestes sentències dataven de 10-02-1978 i de 11-03-1997 i per resoldre sobre les qüestió plantejada s'aplicava en cada cas el conveni entre Espanya i França sobre reconeixement i execució de decisions judicials i arbitrals i actes autèntiques en matèria civil i mercantil de 28-05-1969 (BOE 14-05-1970)<sup>755</sup>

En igual sentit les dictades entre el 01-03-2001 i el 01-03-2005 si no són cap de les matèries recollides en el Reglament 1347/2000, per accions exercitades abans del 01-03-2001.

---

<sup>753</sup> (documento JUSTCIV 155 fr 27 de juny de 2006).

<sup>754</sup> La disposició transitòria del Reglament 1347/2000 recollida en l'article 42 del mateix només contempla que s'apliqui aquest Reglament a les resolucions dictades després del 01-03-2001 com a conseqüència d'accions exercitades abans del 01-03-2001, sempre que les normes de competència aplicades s'ajustin a les normes de competència que preveu el Reglament 1347/2000 o les recollides en un conveni en vigor entre l'estat membre d'origen i l'estat membre requerit en el moment d'exercitar-se l'acció.

<sup>755</sup> ATS de 24-06-2003, relatiu a l'execució de sentència francesa de 10-02-1978 (JUR 2003/164415) que atorga l'execució, i ATS de 08-02-2005 relatiu a l'execució de sentència francesa de 11-03-1997 (JUR 2005/95350), que denega l'execució per la manca d'emplaçament correcte del mandat, en els termes ja comentats en pàg. 558 a 560 i tornades a comentar algunes d'elles a la pàgina 568-569.

## **Especialitats del Reglament comunitari 44/2001 (Reglament de Brussel·les I) aplicable a les resolucions judicials que continguin resolucions sobre aliments.**

En l'àmbit dels aliments caldrà tenir present a més el Reglament comunitari 44/2001<sup>756</sup>, anomenat Brussel·les I precisament per ser l'hereu del Conveni de Brussel·les de 1968. Donada la fragmentació tant acusada que hi ha en l'àmbit del dret de família internacional, malgrat que aquests aliments es fixin en una sentència de separació o divorci, l'instrument internacional aplicable no són els reglaments que acabem d'analitzar sinó el Reglament 44/2001 i a l'igual que calia tenir-lo present en el moment de la determinació de la competència judicial, també caldrà tenir-lo present en el moment del reconeixement i execució de les resolucions que continguin prestació d'aliments.

El procediment és similar al del reglament 2202/2003 i donat que el jutge competent seria el mateix (jutjats de primera instància) es permet que en un sol procediment es pugui demanar el reconeixement del procediment sobre el vincle, sobre les mesures en matèria de responsabilitat parental i la decisió sobre la prestació d'aliments.

## **7.- Possibilitat que siguin aplicables altres convenis bilaterals o multilaterals.**

Seràn casos poc probables però donat que el règim d'exequàtur ve determinat per la procedència de la resolució que es pretén reconèixer i/o executar i no per la nacionalitat de les parts, es podríem arribar a trobar sentències de divorci que afectin a magribins que hagin estat dictades per òrgans judicials de tercers estats no membres de la Unió Europea i que en algun moment determinat per necessitar, per exemple, l'execució d'alguna prestació d'aliments a Espanya es demanés l'exequàtur d'aquesta sentència aquí.

Si amb aquest tercer estat Espanya té alguna conveni bilateral haurem d'estar al que diu aquest conveni.

Igualment s'hauran de tenir presents aquells instruments internacionals multilaterals més enllà dels reglaments comunitaris per aquelles resolucions que tot i afectant a magribins, hagin estat dictades en algun dels estats membres d'aquest conveni.<sup>757</sup>

Igualment, s'haurien de tenir en compte convenis multilaterals en els que sigui part tant Espanya com els diferents països del Magrib i que podrien donar resposta a situacions que ara queden en l'aire. Però a l'excepció del Marroc, encara que per motius més d'imatge política que per una voluntat de trobar solucions reals, la resta de països són poc proclius a subscriure aquests convenis internacionals.

No entraré a l'anàlisi exhaustiu d'aquests convenis existents, perquè no és el gruix de la normativa que pot afectar als magribins, que són l'àmbit personal delimitat d'aquest treball.

### **Breu referència al Conveni de la Haia de 1996 en matèria de protecció de menors.**

Malgrat que no sigui un conveni ratificat encara per Espanya, sí que ho ha estat pel Marroc i, per tant, és indicat fer ni que sigui una pinzellada del Conveni de la Haia de 1996 sobre protecció de menors.

Donat que la protecció dels menors i les relacions paternofilials són un element clau en els litigis familiars cal veure quin és el règim que està cridat a ser en el futur l'instrument bàsic en relació al reconeixement a Espanya de decisions relatives a la responsabilitat parental com a conseqüència de crisis matrimoniales.

La norma bàsica d'aquest conveni és que les resolucions dictades per un estat part del Conveni seran reconegudes de ple dret pels altres estats membres sense necessitat de cap procediment especial pel seu reconeixement. (article 23.1)

Quan el que es requereix és l'execució d'aquestes resolucions el procediment a seguir el fixaran les normes de cada estat membre, però caldrà que sigui un procediment ràpid i senzill, que expressament com a tal encara no existeix a Espanya. Per tant, s'haurà de recórrer al previst per l'exequàtur.

---

<sup>756</sup> Reglament a tenir en compte amb totes les seves modificacions i a tenir present també l'acord entre la Comunitat Europea i Dinamarca relativa a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria civil i mercantil. DOUE L 299/62 de 16-11-2005.

<sup>757</sup> Per veure un extens detall d'aquests altres instruments internacionals es pot recórrer, per exemple, a ARENAS GARCÍA, R.: *CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidad de Santiago de Compostela. 2004.

L'àmbit material del conveni es limita a les mesures de protecció dels menors i dels seus bens, incloses les que s'adoptin en un litigi matrimonial. L'àmbit temporal recull totes les resolucions que s'hagin dictat amb posterioritat a l'entrada en vigor del Conveni tant a l'estat requerit com a l'estat requirent.

Les condicions pel reconeixement o la seva denegació es recullen en l'article 23.2 del Conveni. Es preveuen causes de denegació com la falta de competència de l'autoritat d'origen. També es preveu que es pugui produir la denegació en cas de manca d'audiència al menor, a no ser que aquesta no audiència s'hagués produït en cas d'urgència. Igualment pot ser causa de denegació del reconeixement si existeix una mesura posterior incompatible amb la que es vol reconèixer, fixant però certes condicions per admetre aquesta excepció.

Malgrat que es donin aquestes condicions fixades en el conveni, el reconeixement però es podria produir d'acord amb algun altres règim legal que vinculés als dos estats.

La importància que tindrà aquest conveni és evident, sobretot en el cas de les relacions entre Espanya i Marroc, que ja hem vist que era el gruix dels supòsits entre magribins. Els convenis bilaterals actualment en vigor no solucionen moltes de la situacions i, per tant, una normativa com aquesta ha de possibilitar el reconeixement més fàcil de les resolucions que afectin als menors.

Benvingudes siguin les mesures de protecció del menors, que sempre es poden al·legar en un litigi matrimonial, on l'interès d'aquests ha de ser el primordial. Ara bé, aquests instruments i d'altres no eviten la fragmentació de la normativa internacional en el que fa referència als litigis internacionals. L'existència de tantes normes convencionals establertes en funció de les matèries afegeixen una complexitat, en alguns casos exagerada, als conflictes de família internacionals.

## **8.- La especial problemàtica de l'eficàcia a Espanya de figures pròpies del dret de família dels països magribins.**

Més enllà de les possibilitats i dificultats de l'àmbit més procedimentals que acabem d'analitzar, cal parar una especial atenció en seu de reconeixement a aquelles institucions que provenen de països de tradició islàmica (com són els països del Magrib) i que poden tenir un difícil encaix en el nostre ordenament. Els exemples paradigmàtics

són la poligàmia i el repudi. La majoria de treballs s'han dedicat a analitzar la possibilitat real d'admetre aquests figures en els ordenaments europeus.

Aquesta anàlisi es produeix en un primer moment en el moment de plantejar un procediment judicial a Espanya arran de la problemàtica de la llei aplicable, que ja he analitzat.

En seu de reconeixement i execució de resolucions foranes es torna a plantejar. No es tracta ara de determinar si podem constituir una poligàmia a Espanya o si podem plantejar aquí un repudi, sinó de si hem de permetre el reconeixement a Espanya i en conseqüència els seus efectes, d'aquests figures realitzades i constituïdes fora del nostre territori, però que afecten a persones que hi resideixen.

#### **A.- Els efectes de la poligàmia.**

Evidentment, cap estat europeu permetrà en el seu territori la constitució d'un matrimoni poligàmic amb efectes legals. És una figura d'organització matrimonial i familiar que es considera que sí contravé en tots els casos el nostre ordre públic.

La poligàmia no és la figura que més preocupa amb caràcter general en el cas dels magribins. No és que no existeixen matrimonis poligàmics, però les dificultats econòmiques fan cada dia més difícil mantenir dues o més esposes. A més, en els anys de treball amb població magribina potser he tingut contacte amb un parell de dones casades en règim poligàmic. Una d'elles no tenia cap conflicte perquè ella vivia a Espanya i l'altra al Marroc. L'altra cas és més problemàtic.

***Supòsit de fet:** CM era la segona dona. Ella era resident a Espanya i el seu marit també. Es van casar a Espanya i van tenir una nena. CM explicava que quan es va casar el seu marit no li havia dit que ja era casat. Un cop casats el seu marit li va dir que tenia una primera dona i un fill d'aquesta i que els faria venir a viure aquí. Ella s'hi va oposar però va venir la primera família del marit, segons explica sense papers i els va instal·lar a casa seva. Ella va quedar relegada en una habitació de la casa on dormia amb la nena. En el moment de la consulta estava a l'atur. S'havia plantejat marxar de lloguer en un altre pis però el marit l'amenaçava dient-li que si marxava no li passaria cap pensió per la filla.*

***Petició formulada:** Ella el que volia es divorciar-se i que el marit contribuís amb els aliments de la filla. Consulta orientativa formulada des de Càritas*



*Interparroquial de Mataró i el SOJ per saber si podia plantejar demanda a Espanya. Derivada al torn d'ofici.*

La poligàmia encara és més present i més estesa entre les famílies de l'Àfrica subsahariana. De fet, alguns dels casos jurisprudencials que es relacionen a continuació són referits a subsaharians.

Quan es parla de donar efectes a la poligàmia, el que es planteja no és pròpiament donar validesa a aquests matrimonis poligàmics, sinó determinar si totes les dones que són esposes d'un sol home poden fer valer aquesta condició d'esposa a altres efectes, com per exemple permisos de residència, pensions de viduïtat, ajuts i un llarg etc.

La llei d'estrangeria actual<sup>758</sup> prohibeix clarament reagrupar més d'una esposa. En els expedients de reagrupament familiar es fa signar al marit una declaració jurada en el sentit que no té cap altra esposa. Aquesta previsió però no evita l'establiment de matrimonis poligàmics al nostre país. Les dues esposes poden tenir permisos de residència i treball independents del seu marit i, en canvi, residir tots aquí i haver-se casat en aquest règim al país d'origen.

La resta de països europeus, que s'han enfrontat abans que Espanya a aquests supòsits, admeten un grau de reconeixement en funció de si els cònjuges d'aquests matrimonis poligàmics, són o no nacionals dels seus estats.<sup>759</sup>

Si són nacionals dels seus propis estats, aquestes unions no es reconeixen i només es poden tolerar a l'empara de les normes sobre matrimonis putatius amb la bona voluntat de protegir a les dones.

Si són nacionals de països que sí reconeixen la poligàmia, s'admeten certs efectes d'aquests matrimonis sota l'empara dels efectes de la teoria de l'orde públic atenuat. Les precisions d'aquests efectes també varien.

En alguns casos, com a Alemanya s'admet que aquesta unió no afecte a l'orde públic si es tracta d'un matrimoni celebrat a l'estranger que contínuu la seva vigència en territori europeu. Aquest segon matrimoni no tindrà però sempre els mateixos efectes que el primer.<sup>760</sup>

---

<sup>758</sup> LO 4/2000 (BOE 12-01-2000) en la redacció donada per la LO 8/2000 (BOE 23-12-2000) i la LO 14//2003 de 20 de novembre (BOE 21-11-2003).

<sup>759</sup> ALDEEB, S. BONOMI, A. (eds): *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*. Publications de l'Institut suisse de droit comparé. Zurich. 1999.

<sup>760</sup> La jurisprudència alemana ha estat extensa. Una sentència de l'AG de Heidelberg de 15-01-1985 va declarar que decretar la nul·litat del segon matrimoni seria un abús de dret en el cas d'un matrimoni

A Anglaterra els matrimonis poligàmics celebrats a l'estranger són reconeguts per donar la condició d'esposa a la segona dona. Això, però, no és així si en el moment del matrimoni alguna de les dones és resident a Anglaterra.

França és on la teoria de l'ordre públic atenuat s'ha aplicat de manera més clara i predominant. Teoria que també s'ha recollit en certa manera a Itàlia respecte de matrimonis celebrats a l'estranger entre persones la llei personal de les quals permet aquest tipus d'unió.<sup>761</sup>

A Espanya aquesta problemàtica s'ha suscitat bàsicament en dos moments. Per una banda, en el moment d'inscripció de matrimonis en el registre civil espanyol, quan constaven altres matrimonis no dissolts i per altra als efectes de les pensions de viduïtat.

La DGRN s'ha pronunciat en denegar la inscripció de segons matrimonis celebrats a l'estranger per constància de l'existència d'un primer no dissolt, per aplicació de l'excepció d'ordre públic. Evidentment, donat que només poden accedir al Registre Civil espanyol els matrimonis celebrats a l'estranger que afectin a espanyols aquestes denegacions sempre s'han produït en casos en què un dels dos cònjuges com a mínim era espanyol, on en el moment que el ciutadà d'origen magribí ha adquirit la nacionalitat espanyola i vol fer constar en el registre civil espanyol el seu matrimoni.

L'argument de la DGRN s'empara en el fet que la institució del matrimoni poligàmic és contrari a l'ordre públic perquè atempta a la dignitat constitucional de la dona espanyola i a la concepció espanyola del matrimoni.

En aquest sentit, entre d'altres destaquen les següents resolucions<sup>762</sup>. La RDGRN de 14-09-1994<sup>763</sup> determina que un home que era marroquí quan es va casar, no pot inscriure el seu matrimoni poligàmic a Espanya, en adquirir la nacionalitat espanyola. El segon matrimoni no és vàlid a Espanya per excepció d'ordre públic. A més, no es pot inscriure aquest matrimoni i fer constar que l'estat civil d'un dels contraients en el moment de contraure era el de casat. En igual sentit la RDGRN de 3-12-1996.<sup>764</sup>

---

celebrat al Camerún. El Tribunal administratiu federal ha deixat oberta la manera de protecció del segon matrimoni en funció de si hi ha fills o no, en resolucions de 30-04-1988 i de 12-05-1987.

<sup>761</sup> A Itàlia, per justificar aquest recurs a l'ordre públic atenuat es recorre també a la teoria dels lligams amb el propi ordenament, "donat que el lligam amb Itàlia en aquests casos és menor cal admetre de manera atenuada l'ordre públic".

<sup>762</sup> RDGRN 8-03-1993 i de 14-09-1994, citades a LABACA ZABALA, M. L.: *La familia poligama y pensión de viudedad*. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm 22/2004 Editorial Aranzadi 2005.

<sup>763</sup> Az RJ 1994/8876.

<sup>764</sup> Az RJ 1997/7371.

La DGRN en resolució de 5-11-1996 argumenta igualment l'excepció d'ordre públic en el cas d'un egipci que es casa amb una espanyola estant encara casat amb una ciutadana egípcia.<sup>765</sup> Igualment en el cas de la RDGN de 11-05-1994 i la de 08-03-1995 que no permeten el matrimoni d'una espanyola amb un marroquí ja casat.<sup>766</sup>

Interessant resulta també la SAP de Barcelona de 13-11-2003<sup>767</sup>, que tampoc admet com a vàlid el segon matrimoni poligàmic i tracta la crisi familiar com si es tractés d'una parella de fet.

*els dos litigants són de nacionalitat marroquina; consta a les actuacions suficientment acreditat que els litigants van contraure matrimoni al Marroc el 3-1-93 (segons l'atestat consular de matrimoni obrant al f. 65, un llibre de família marroquí sense traducció, i la seva manifestació que obra al llibre de família espanyol (f. 66); l'actor compta 52 anys i la demandada 47 (f. 65); d'aquest matrimoni celebrat segons la llei nacional comuna existeixen dos fills d'edats 9 i 8 anys respectivament (f. 67-68 i 114- 115); consta reconegut mútuament l'existència d'un matrimoni anterior no dissolt segons la llei nacional marroquina i ajustat a la llei islàmica; això resulta de la contestació a la demanda on la demandada revela que l'actor té una altra esposa al Marroc que qualifica d'"anterior" i amb fills més grans; també de l'interrogatori de l'actor (min. 18'20), que manifesta que quan han anat a Marroc ella va a casa dels seus pares directament, que té una altra esposa i tres fills a Marroc, dos majors i un menor, de 14 anys, que viuen a Tànger, a una casa de la seva propietat i d'aquella esposa;(...)*

*Ha quedat del tot establert que aquesta relació entre les parts, matrimoni segons el seu dret nacional comú i segons la llei islàmica, no és únic sinó que conviu amb un d'anterior entre l'actor i una tercera persona, que no ha estat dissolt i que no ha entrat ni tan sols en crisi malgrat la convivència discontinua entre les parts. Per tant, tot i establir una relació polígama reconeguda a Marroc segons el dret de les parts, a Espanya aquest segon vincle, preexistent el primer, no pot ser reconegut com a tal matrimoni per raó d'ordre públic.*

*Efectivament, l'art. 32 de la Constitució avui per avui contempla un matrimoni monògam i heterosexual, sens perjudici de la protecció que cada família -especialment els fills front dels seus progenitors- té per part dels poders públics (art. 39 Constitució -no necessàriament igual, llevat dels fills atès el que disposa el paràgraf segon atinent a la igualtat de totes les formes de filiació, jurídica doncs, i econòmicament, segons el tercer paràgraf que explicita que gaudiran d'assistència completa-).*

*El ius connubii a Espanya no pot ser configurat d'altra manera, ni es pot reconèixer efectes a la legislació estrangera, fins i tot per als estrangers residents, que ultrapassin aquest*

---

<sup>765</sup> Az RJ 1997/5879.

<sup>766</sup> Az RJ 1994/5022.

<sup>767</sup> Az JUR 2004/5841.

*límit (arts. 12.3 en relació al 9.2 C.c.) atès el principi constitucional d'igualtat davant la llei (arts. 14 i 13.1 Const.).*

*Per tant no pot dictar-se una sentència de separació respecte d'un vincle matrimonial que no és vàlid ni eficaç a Espanya. En aquest sentit, la sentència dictada és nul·la de ple Dret quant a aquest pronunciament i quant als demés que tinguin com a causa necessària aquest estat civil.*

*Quart.- La relació entre parts és de convivència estable no matrimonial. No acreditat el Dret propi i constant-li al Tribunal que no existeix regulació d'aquesta mena de situacions al Dret Marroquí cal cercar la regulació dels efectes civils del trencament d'aquesta relació al Dret espanyol.*

*En defecte d'aplicabilitat de la llei nacional comuna és aplicable el Dret del lloc de residència habitual (art. 9.2 tercer supòsit del C.c.).*

*Però no pot estar subjecta tampoc a la llei 10/98 d'unions estables de parella. El legislador català -el comú ni s'ho ha plantejat- deliberadament no ha volgut equiparar plenament a l'estat civil del matrimoni ni tota relació no matrimonial ni, fins i tot, la que no afecta cap altre vincle.*

*Efectivament, en primer lloc mai seria aplicable directament, perquè està reservada als que ostentin veïnatge civil català, o, quant menys, ostentant aquesta condició un dels membres (art. 1.2); no és el cas de cap d'ells.*

*Fins i tot en el cas de que havent d'aplicar allò que disposa el nostre Dret Internacional Privat, i, en defecte del Dret nacional comú per manca de prova de la seva vigència i contingut (art. 12.6, segon C.c.), s'hagi d'acudir (art. 9.2 tercer supòsit C.c.) a la llei del lloc de residència habitual -i aquest lloc no solament és Espanya sinó també Catalunya, territori amb Dret de família propi, el que exclou (art. 12.5 i 6 primer C.c. en relació al 9.2 tercer supòsit del C.c.) la crida al Dret civil comú fins i tot quan es tracta d'estrangers-, resulta que tampoc és aplicable la llei 10/98 -conditio iuris- a les unions permanents un dels membres de la qual estigui lligat per un matrimoni anterior (arguments ex art. 1.3 i 12.1, e) llei 10/98) o des de que contraigui matrimoni amb tercer; el primer d'aquests supòsits és el que aquí succeeix amb relació a l'actor.*

*Els efectes, per tant, de la ruptura entre parts d'aquesta convivència more uxorio es regulen pel Dret català de Família comú, el Codi de Família, i en allò que no se li oposi, com a Dret supletori, el Codi civil comú.*

En el cas de les pensions de viduïtat, la jurisprudència ha estat diversa. EL TSJ de Galícia de 02-04-2002 <sup>768</sup> ha admès la distribució de la pensió de viduïtat entre les dues esposes amb el següent argument:

*“A pesar de la prohibición de la bigamia en nuestro país y de la excepción de orden público contenida en el artículo 12.3 del CC, así como la incompatibilidad del supuesto con el sistema matrimonial español, es posible proceder a reconocer efectos al vínculo matrimonial polígamo, ya que el mismo se contrajo en base a la ley personal de los esposos, por lo que, concede la pensión de viudedad por mitad”.*

Igualment, el TSJ de Madrid DE 29-07-2002 <sup>769</sup> que concedeix la pensió de viduïtat a dues esposes d'un marroquí, repartint-la en funció del temps de convivència donat que s'havia divorciat de la segona.

Igualment una sentència del TSJ d'Andalusia de 30-01-2003 <sup>770</sup> que confirma una sentència d'instància en aquest mateix sentit prorratejant la pensió entre les dues.

En canvi, la sentència del TSJ de Catalunya de 30-07-2003 <sup>771</sup> anul·la la sentència d'instància i determina que només la primera esposa és la titular de la pensió de viduïtat perquè d'acord amb la llei espanyola el segon matrimoni és nul.

Una part de la doctrina abona però el reconeixement d'aquests efectes si més no en l'àmbit de prestacions socials. <sup>772</sup>

## **B.- El reconeixement dels repudis pronunciats a l'estranger.**

El primer problema que ens suposa el reconeixement d'un repudi, és la seva consideració com a acte privat. El repudi tradicional ja hem vist que era el que exercia unilateralment el marit i que era un dret que li corresponia a ell i que es podia realitzar sense intervenció judicial.

Aquest repudi clàssic, ens aboca a la necessitat de valorar si hem reconèixer el mateix encara que no sigui un acte judicial, abans fins i tot d'entrar sobre altres consideracions des del punt de vista de la discriminació entre sexes.

---

<sup>768</sup> Az AS 2002/899. També el mateix TSJ en sentència de 13-07-1998 (AZ AS 2001/1493).

<sup>769</sup> Az AS 2002/3324. En igual sentit el mateix TSJ de Madrid en Sentència de 26-12-2003 (AZ AS 2004/995).

<sup>770</sup> Az JUR 2003/96144.

<sup>771</sup> Az AS 2003/3049.

<sup>772</sup> LABACA ZABALA, M. L.: *La familia polígama y pensión de viudedad*. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm 22/2004 Editorial Aranzadi 2005.

El repudi es pot produir davant d'una autoritat pública, no judicial, com són per exemple els *adoul*, que actuen gairebé com a notaris.

El TS mentre era el competent per resoldre els exequàtors de resolucions marroquines, havia anat recollint la seva postura d'admetre l'exequàtor només en el cas que es produïssin una sèrie de condicions concretes per a aquests casos:

**a) Comprovació de l'autoritat que recull l'acte al país d'origen.**

En el cas de resolucions no judicials (com pot ser el repudi pronunciat davant dels *adoul*) que pronuncien la dissolució del matrimoni han de sol·licitar i poden obtenir l'exequàtor en els següents casos:

- Si són resolucions que a Espanya les haurien de dictar els tribunals de justícia.
- L'autoritat que intervé ha d'intervenir per verificar la legalitat de l'acte i no ha de fer només de simple fedatari de la voluntat de les parts.
- Aquesta autoritat ha de ser una autoritat pública.

Encara que no sigui potser la postura més indicada, el TS considera que els divorcis pactats per les parts en els que l'autoritat pública no participa en la declaració constitutiva del divorci és contrària a l'ordre públic. Bona part de la doctrina entén que l'apreciació o no de l'excepció d'ordre públic s'ha de fer en base a altres criteris.<sup>773</sup>

Confirmant aquesta postura trobem l'ATS de 23-07-1998, de 20-01-1998, 23-07-1998, 23-07-1996, 21-04-1998, 13-06-1995, 8-04-1996, 7-05-1996, 1-10-1996, 4-02-1997, 19-11-1996, 12-05-1998, 20-01-1998.<sup>774</sup>

Si manca aquesta qualitat de l'autoritat pública, no es podria admetre l'exequàtor. Alguns autors entenen que llavors tractant-se d'un document públic, podria tenir accés igualment al Registre Públic, on haurà però de passar la qualificació i

---

<sup>773</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Divorcio internacional. Separación matrimonial internacional y nulidad matrimonial internacional*. Temas de Derecho Internacional (2002)- V LEX IN309. (www.vlex.com).

<sup>774</sup> Citades a CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Divorcio internacional. Separación matrimonial internacional y nulidad matrimonial internacional*. Temas de Derecho Internacional (2002)- V LEX IN309. (www.vlex.com).

aprovació del Registrador, que segurament mantindrà la mateixa postura del TS i denegarà la inscripció.<sup>775</sup>

#### **b) El respecte de l'ordre públic.**

En el cas del repudi, el TS ha demanat a més el respecte al *ius nubendi* de l'esposa. Aquest dret es respecta clarament quan és ella la que demana el reconeixement perquè es vol tornar a casar.

Per altra banda, el TS també ha estat constant en demanar que el repudi o divorci que es vol reconèixer no sigui revocable. Considera que el divorci revocable és contrari a l'ordre públic. L'ATS de 23-07-1996, el de 23-07-1998 confirmen aquesta postura.<sup>776</sup> L'ATS de 23-7-1996, denega l'exequàtur perquè es tractava d'un divorci revocable, que considera contrari a l'ordre públic, al·legant al mateix temps la falta de fermesa de la resolució. En aquest auto però també es considerava també que la resolució d'origen vulnerava el principi d'igualtat recollit a l'article 14 de la Constitució. L'ATS de 23-07-1998 també manifesta que no queda provat el caràcter definitiu i irrevocable de la dissolució del vincle. En aquests casos i recorrent a la teoria de l'equivalència d'institucions entenc que aquests divorcis, es podrien reconèixer com a separació matrimonial. És evident que aquesta solució no satisfarà al justiciable, que després d'un llarg i costós procediment al TS no li reconeixen la dissolució del vincle matrimonial, però menys satisfacció es dona si es denega tot l'exequàtur i no es reconeix el divorci.

En alguns casos per acreditar la irrevocabilitat només haurà calgut el transcurs del període d'*idda*, que se suposa que s'haurà complert si són tots dos cònjuges els que estan d'acord amb aquest reconeixement. Potser el més pràctic és que la resolució d'origen d'alguna manera reculli aquesta previsió. Així, per exemple, ho feien constar els *adoul* en l'acta legalitzada que recollia el divorci en el cas de l'ATS de 23-07-1998.<sup>777</sup>

Respecte de la consideració del repudi com a acte contrari a l'ordre públic per altres conceptes com per la discriminació que suposa per a la dona, el TS sembla fer seva la teoria de l'ordre públic atenuat, seguida durant molt de temps a França, en permetre el reconeixement de repudis quan és la pròpia dona la que invoca aquest

---

<sup>775</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS i CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER: *Divorcio internacional. Separación matrimonial internacional y nulidad matrimonial internacional*. Temas de Derecho Internacional (2002)- V LEX IN309. (www.vlex.com).

<sup>776</sup> Az 1998/2907 i Az 1998/5337, respectivament.

reconeixement i, sobretot en els repudis tipus *Khol*.<sup>778</sup> En aquesta interpretació restrictiva de l'ordre públic alguns han volgut veure una voluntat de creació d'una societat multicultural on les diferents maneres d'organització familiar siguin acceptades.<sup>779</sup>

Aquesta postura pot ser correcte en els casos de peticions d'execució de resolucions que recullen el repudi, que estan demanades per les pròpies dones o que s'han produït mentre el matrimoni té un arrelament efectiu al país d'origen. No seria admissible que amb actuacions fraudulentas, i per evitar-se els drets d'esposa i fills al país de la residència habitual, els marits recorressin al país d'origen per aconseguir un repudi sense cap obligació pecuniària o molt minsa i després aquest fos reconegut aquí, en virtut d'aquest ordre públic atenuat i de la ben intencionada idea de creació d'una societat multicultural. Aquestes situacions, clarament injustes i que vulnereu clarament els drets de les dones, són les que també han fet canviar la tolerant postura francesa, que ha començat ja fa gairebé una dècada a denegar el reconeixement de repudis així pronunciats, respecte de matrimonis residents a França de manera estable. Els motius majoritàriament al·legats són el frau<sup>780</sup> i la vulneració dels drets de defensa i d'igualtat recollits en la declaració europea de drets de l'home<sup>781</sup>. També però s'argumenta que perquè no vulneri l'ordre públic i pugui ser reconegut a França, cal que repudi respecti i reculli els drets pecuniaris de la dona.<sup>782</sup> Igualment alguna jurisprudència ha fet seva la teoria alemanya de *Inlandsbeziehung* (vincles de proximitat) per descartar el reconeixement no només en el cas de cònjuges que ja han adquirit la nacionalitat francesa, sinó també en el cas que la família que mantingui la nacionalitat del país d'origen però visqui de manera habitualment i permanent a França.<sup>783</sup>

Aquestes postures i arguments contraris al reconeixement del repudi pronunciat a l'estranger seria bo que es recollissin també a Espanya.

Aquesta tendència d'actuació fraudulenta per aconseguir el reconeixement d'un repudi exterior que paralitzi la demanda de la dona a Espanya, ha de trobar el fre, no en

---

<sup>777</sup> Az RJ 1998/5337.

<sup>778</sup> En aquest sentit, ATS 21-04-1998 (AZ RJ 1998/3563) que admet un repudi demanat per la dona. ATS 27-01-1998 (AZ RJ 1998/2924 I TAMBÉ EDJ 1998/40989), ATS 2-03-1999 (EDJ 1999/19209) que consideren que el repudi tipus *Khol* no és contrari a l'ordre públic. En igual sentit la STS de 25-01-2006 (RJ 2006/4338).

<sup>779</sup> GUZMÁN ZAPATER, M.: *Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México*. Aranzadi Civil Vol II. Ed Aranzadi 1999.

<sup>780</sup> Cour de cassation 4-05-1994, 1-06-1994. En el cas de la Cour d'Appel de Paris de 22-04-1992, admetia el reconeixement que sol·licitava la pròpia dona.

<sup>781</sup> Cour de cassation de 1-06-1994 i de 31-01-1995.

<sup>782</sup> Cour d'appel de Versailles de 9-10-1989.



les normes convencionals que podrien establir mecanismes de control però que és difícil que ho facin, sinó en la pròpia evolució de la legislació i jurisprudència als països d'origen.

En aquest sentit, la supressió del repudi a Tunísia o la recent reforma de la Mudawana marroquina que el sotmeten a control, són els elements que fan desistir del procediment buscat en frau al país d'origen.

La nova Mudawana del Marroc que estableix la possibilitat de denegar el repudi si el marit no compleix amb els drets pecuniaris d'esposa i fills, possibilita el reconeixement d'aquest repudi a Espanya, que ja no és tan privat, ni tan unilateral, però perquè això sigui possible i per fer desistir als marits d'aquest recurs,<sup>784</sup> cal que les obligacions pecuniàries que es fixen es puguin adaptar al nivell de vida espanyol que es on resideix la família. Si no es permet i es garanteix aquesta adaptació, que es podria fer en el mateix moment de l'exequàtur<sup>785</sup>, el repudi pot continuar sent un recurs més econòmic pels marroquins residents a Espanya i a altres països europeus i es pot continuar recorrent a actuacions fraudulentas, que hauran de ser controlades en demanar-ne l'exequàtur.

El control del respecte de l'ordre públic en el cas de repudis pronunciats a l'estranger s'haurà de posar no tan el seu caràcter unilateral, sinó en el respecte dels drets de defensa i audiència de l'esposa i en el respecte dels drets econòmics per a aquesta i els seus fills. És a dir, s'haurà de fixar més en el resultat final que no en la redacció de la norma legislativa que l'empari.

---

<sup>783</sup> Cour d'appel de Paris de 15-03-1990.

<sup>784</sup> Amb les dades de què es disposen, tal i com exposava a la pàg. 356 a 357, els marits han començat a desistir d'aquests repudis fàcils i econòmics, que els hi permetia la legislació anterior i el nombre de peticions en aquest sentit ha baixat considerablement.

<sup>785</sup> Així ho apunta també ZEKRI, H.: *El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes*. REDI vol LVI (2004) I. També va en aquest sentit la SAP BARCELONA 3/2006 de 4-01-2005 (secció 18º) (AZ AC 2000/183) que permet via conveni entre les parts admetre canvis en els efectes d'una sentència de divorci del Marroc. També cal tenir present la SAP de LA RIOJA 7-10-2004 NUM 286/03 (AZ JUR 2004/286103) que permet l'adopció de nous efectes del divorci en un nou procediment a Espanya, malgrat existir sentència marroquina: *Expuesto así el problema, y como reconoce la sentencia de primera instancia, aun cuando se haya dictado una sentencia de divorcio por el tribunal del Reino de Marruecos, con una orden de fijación de obligaciones dimanantes del divorcio, entre las que se cuenta la fijación de una pensión alimenticia, ello no impide que por el tribunal español se dicte una segunda sentencia modificando este pronunciamiento, por otro más ajustado a la realidad socio-económica del lugar de residencia de los litigantes y de sus hijos.*

## **VI.- CONSIDERACIONS FINALS:**

### **CONCLUSIONS**

De l'anàlisi realitzada al llarg de tot el treball es constaten algunes de les premisses que s'apuntaven en un inici i també es posa de manifest que més enllà d'aquestes propostes generals que han d'inspirar l'actuació de tots els professionals jurídics que intervenen en un litigi i també la pròpia actuació judicial, cal que ens plantejem si la legislació actual és suficient per donar resposta a aquest nou fenomen detallant les mancances i dificultats detectades i quins són els canvis legislatius necessaris, sempre sota el prisma d'un enfocament multidisciplinar. Per a arribar doncs a formular a aquestes propostes de futur es necessari concloure prèviament quina és la situació fàctica i legislativa actual.

#### **1.- Increment de magribins residents, organitzats en una estructura familiar.**

Les dades de població analitzades, encara que circumscrit el seu estudi al partit judicial de Mataró, posen manifest que el nombre de residents magribins ha incrementat de manera molt ràpida en els darrers anys, encara que els darrers estudis demogràfics apuntin a una certa desacceleració. Aquestes mateixes dades de població també constaten que la immigració magribina és una immigració familiar, en el sentit que trobem instal·lats aquí famílies senceres que no s'han format totes pel reagrupament familiar. Ja no es tracta d'homes sols en busca d'una millor vida que al cap d'uns anys reagruparan a les seves esposes i fills, sinó que dins dels magribins a part d'aquesta estructura clàssica, hi trobem dones que ha emigrat soles i també hi comencem a trobar el que s'anomena segona generació, és a dir, els fills dels primers immigrants, que en la majoria de casos conserven encara la nacionalitat dels pares. També hi comença a haver-hi ja la tercera generació, que són els fills dels fills dels primers immigrants en molts casos ja preadolescents o adolescents. Tot això fa que el nombre de litigis en l'àmbit de família amb litigants magribins hagi incrementat en els darrers anys, fins a ser ja habitual la seva tramitació en els jutjats de Mataró. Aquesta habitualitat però no

ha donat com a resultat un bon tractament d'aquests casos que s'ha fet a tentines i amb resolucions diverses, algunes força desencertades.

## **2.- Insuficiència de respostes per part de les solucions tradicionals del Dret Internacional Privat.**

Aquesta pràctica diària ha posat de manifest que les solucions clàssiques de Dret Internacional Privat per sí soles ja no donen resposta a les necessitats socials. No cal oblidar a més, que els subjectes estrangers, ja no són les classes benestants sinó sovint les més desfavorides, que acaben recorrent en molts casos al torn d'ofici. En aquests casos l'advocat no s'escull i, per tant, el plus de diligència que sigui necessari donada la internacionalitat de la qüestió s'ha de traslladar al professional i no al justiciable. Alhora però resulta que aquest professional també té poc suport formatiu i econòmic per dur a terme aquesta tasca. En conseqüència, aquesta situació demana solucions pràctiques i senzilles a l'abast de tota la població i no només grans criteris jurídics amb uns costos econòmics elevats per a la seva aplicació pràctica. Els justiciables en aquest camp han de tenir també com en qualsevol altre àmbit una resposta legal que no depengui de la seva capacitat econòmica.

## **3.- Necessitat de tractament multidisciplinar.**

A l'inici de l'estudi observava la manca d'enfocament multidisciplinar a l'hora del tractament judicial dels litigis de família on intervenen magribins i la manca d'aprehensió d'altres elements que els estrictament legals. La resolució d'un litigi s'ha de fer evidentment a partir de l'aplicació de la llei en vigor però també a partir de l'observació dels comportaments i manifestacions de les parts que ens ajuden a comprendre millor quin és el problema i la solució jurídica més adequada.

L'anàlisi realitzada al llarg d'aquest treball posa de manifest com a conclusió general que qualsevol activitat judicial, encara que sigui aplicant la legislació actualment vigent, s'ha de fer amb aquesta obertura de mires per donar una resposta real i adequada al conflicte que arriba als tribunals. Tots els operadors jurídics que intervenen en un litigi amb aquests característiques haurien de tenir la possibilitat de conèixer de la manera més concreta possible la legislació dels país d'origen, però també les peculiaritats culturals i socials d'aquests, i per analitzar com aquest substrat està o no

present en els litigants magribins que plantegen un conflicte en els nostres tribunals. El fet que la nacionalitat majoritària entre els magribins residents a Espanya, sigui la marroquina, ha de facilitar l'aprehensió de les dades bàsiques de la seva societat i un bon coneixement de la legislació del seu país d'origen.

#### **4.- Respostes i mancances de la legislació actual en matèria de competència judicial internacional**

##### **a) Incidència de la normativa comunitària en l'àmbit de la competència judicial internacional.**

En l'àmbit de la competència judicial internacional, constatem que la tendència en els darrers anys ha estat donar més camp d'aplicació a la normativa comunitària convertint en reglaments (normes d'aplicació directa als estats membres) els anomenats convenis de Brussel·les i Brussel·les II (encara que aquest darrer no hagués entrat en vigor). L'activitat de la Unió Europea en aquesta matèria ha estat força prolífica i en un breu de període de temps, s'han succeït dos reglaments, el primer el 1347/2000 en vigor des de l'1 de març de 2003 i el darrer 2201/2003, que ha vingut a derogar el primer i que està en vigor des de l'1 de març de 2005. Aquest dos reglaments el que han fet és fixar diversos criteris possibles per a la determinació de la competència judicial.

Des d'aquesta perspectiva i d'acord amb la normativa vigent, la conclusió més plausible a la que podem arribar és que un jutge comunitari (excepte Dinamarca) com ho és un jutge espanyol, davant d'un litigi matrimonial amb un element d'estrangeria ha de consultar primer si per raó de la matèria és aplicable el reglament comunitari en vigor i si ho és llavors ha d'aplicar aquest. Només quan per aplicació d'aquest reglament no resulti competent cap tribunal de cap Estat membre, entraran en joc les normes de competència internacional internes.

Per tant dintre del seu àmbit material d'aplicació: nul·litat, separació i divorci i qüestions de responsabilitat parental respecte dels fills comuns, el reglament en vigor deixa molt poc camp d'acció a les normes de la LOPJ, fixant-se en la majoria de casos la competència dels tribunals espanyols d'acord amb el Reglament comunitari en vigor i no d'acord amb la LOPJ. També és així en el cas dels litigis sobre aquesta matèria en els que intervenen magribins amb residència a Espanya o a un estat membre. Aquesta incidència de la normativa comunitària en un sistema de competència judicial com l'espanyol, que no va tenir en aquesta matèria un tractament unitari fins a la LOPJ de

l'any 1985 encara complica més la pràctica judicial diària, afegint el fet que els operadors jurídics encara estan poc habituats al joc de normes supranacionals, tendència que ha anat canviant per força a mesura que incrementaven els litigis amb elements d'estrangeria.

Malgrat aquesta dificultat inicial, l'existència d'instruments comunitaris, ajuda no només en el pla teòric a harmonitzar les legislacions dels estats membres sinó a facilitar després l'execució de sentències d'aquests mateixos estats membres. Aquest mecanisme d'execució és sobretot adequat i vàlid dintre dels estat membres i no és d'aplicació quan el que es pretén es reconèixer i executar, per exemple, una sentència espanyola al Marroc o a la inversa. Aquest sistema de reconeixement i execució que estableixen els reglaments comunitaris, sí que pot ser d'utilitat també en el cas de magribins que resideixin en diferents estats membres i que vulguin fer executar les resolucions judicials obtingudes en un altre estat membre, com ja hem vist que passava a la pràctica en el cas de matrimonis de magribins que havien residit entre França i Espanya o entre Espanya i Alemanya.

En el supòsit més generalitzat: demandes de separació o divorci plantejades per famílies magribines en què tots els seus membres (cònjuges i fills) tenen la nacionalitat del país d'origen però resideixen igualment tots a Espanya, on a més s'ha localitzat el darrer domicili conjugal, la conclusió general és que seran competents els tribunals espanyols per aplicació del reglament, encara que també ho serien si s'apliqués la LOPJ. Això és així perquè el criteri utilitzat majoritàriament per a la determinació dels tribunals competents és la residència habitual i no la nacionalitat. L'ús de la nacionalitat com a únic criteri per atribuir la competència als tribunals d'un país es considera un fur abusi del que cal fugir.

#### **b) Coexistència de diferents nivells de producció normativa.**

El problema és que els reglaments comunitaris no són les úniques normes de determinació de la competència judicial. D'entrada, aquests reglaments es limiten a matèries concretes: nul·litat, separació divorci i responsabilitat parental. La reclamació d'aliments entre parents no es regula en aquest reglament sinó en l'hereu del Conveni de Brussel·les de 1968, el reglament 44/2001. A més cal tenir present l'especificitat del règim amb Dinamarca, Estat que malgrat ser membre de la Unió Europea, no està sotmès per tots els Reglaments comunitaris.

Per altra banda, existeixen convenis bilaterals recents com és el cas de Tunísia, 24-09-2001, que també fixen normes sobre competència judicial indirecte, que són més restrictives que les manifestades amb caràcter general pels reglaments i per la LOPJ.

La LOPJ entrarà en joc quan per aplicació del reglament resulti que no és competent cap tribunal de cap estat membre.

A més el teni present també el règim especial respecte de Dinamarca al que no s'aplicava inicialment aquest reglament fins a l'acord entre Dinamarca i la UE de 19-10-2005 (DOUE L 299 de 16-11-2005). Igualment en el cas dels països membres del Conveni de Lugano, que no és aplicable a les qüestions purament matrimonials i que només abastaria el tema dels aliments i prestacions econòmiques.

Es detecten doncs diferents nivells normatius: a) la normativa comunitària (que a més pot tenir algun règim especial respecte com és el cas de Dinamarca) b) la normativa interior bàsicament configurada per la LOPJ a la que la LEC 1/2000 remet i c) els instruments internacionals, convenis i tractats signats per Espanya, ja siguin bilaterals o multilaterals.

Si com a aplicació de la normativa continguda en alguns d'aquests tres nivells es determina que els tribunals competents són els espanyols, llavors encara entra un altre nivell de complexitat normativa: les normes internes d'atribució de la competència territorial dels tribunals espanyols, per determinar quin d'ells en concret serà el competent.

Aquesta complexitat normativa, encara que no de manera exclusiva, es posa especialment de manifest en el cas dels litigis de família on intervenen magribins en constatar l'existència de diferents normes que poden determinar la competència judicial: amb caràcter general els reglaments comunitaris i la LOPJ i després les normes de competència territorial internes un cop s'ha de determinat ja la competència dels tribunals espanyols. A més de manera indirecte en el moment del reconeixement i execució de resolucions judicials els convenis bilaterals signats amb El Marroc, Tunísia i més recentment amb Algèria.

Cap d'aquests nivells no es pot eliminar, perquè cada un d'ells compleix la seva funció. El que cal és una coordinació global, una política unitària que faci que en cada un d'aquests nivells es legisli tenint en compte l'existència dels altres i les solucions que s'hi recullen, de manera que finalment tots aquests nivells normatius formin part d'una única estructura legal coordinada i que segueixi una visió unitària.

**c) La idoneïtat de la utilització de diferents furs alternatius i de l'ús el criteri de la residència habitual per a la determinació de la competència judicial internacional.**

Els reglaments comunitaris que s'han succeït no estableixen un únic fur, sinó diferents furs alternatius possibles, entre els que, el criteri bàsic és la residència habitual. Seguint aquest principi fins i tot es dóna competència als tribunals del lloc de residència de l'actor, encara que no sigui nacional d'aquest estat, si és que hi resideix des de fa un any.

Aquests diverses possibilitats d'atribuir la competència, ja han fet argumentar a més d'un que s'està possibilitant l'ús del *forum shopping*. Aquesta preocupació entenc que parteix encara de les idees encarcerades que guien el Dret Internacional amb l'objectiu de perpetuació de la sobirania dels estats. En un món globalitzat, on els moviments de persones són constants i on les famílies també es mouen amb facilitat entre diversos estats, és bo donar possibilitats d'elecció. En conseqüència donar diferents possibilitats de tribunals competents no és desencertat. El que cal controlar en aquests casos és que no s'utilitzin alguns dels furs alternatius de manera fraudulenta o que aquesta possibilitat d'opció només quedi limitada a les classes benestants o a una de les parts en perjudici de l'altra, que a més sigui la més digna de protecció, com per exemple quan es tracti dels drets d'un menor.

Les normes de competència judicial internacional doncs, han de tenir present aquesta realitat i, per tant, facilitar l'accés de tots els ciutadans a la justícia i a una resolució judicial justificada jurídicament, en compliment i exercici veritable del dret a la tutela judicial efectiva. En aquest sentit, facilitar la competència a partir de la residència habitual només del demandant, encara que demanant-li un temps de residència continuada en aquest país, és indicat i ajustat a la realitat actual.

L'accent no s'ha de posar en suprimir aquests supòsits sinó en dos aspectes ben diferents. Per una banda, cal un control efectiu de la residència habitual real i no fictícia i per l'altra s'ha de fer una comprovació exhaustiva de la no existència d'elements fraudulents en la recerca de la competència d'uns determinats tribunals.

És adient la utilització com a criteri bàsic per a la determinació dels tribunals competents el de la residència habitual dels litigants, amb els requisits que es vulgui i referits a qualsevol dels subjectes: als cònjuges o als fills o al conjunt de la unitat familiar, i fins i tot el de la residència habitual de l'actor amb certs requisits. El perquè d'aquesta postura s'ha de trobar un cop més en la pràctica. Si per residència habitual

s'entén el lloc on les persones tenen ubicada les seves relacions socials, laborals, familiars, són els tribunals d'aquest lloc qui ha de donar resposta als seus conflictes, buscant la proximitat de la justícia al ciutadà. Per evitar abusos o la recerca fraudulenta de la competència d'uns determinats tribunals simplement cal comprovar que la residència habitual que s'invoca sigui realment tal, que sigui el lloc on la família tingui la xarxa de relacions socioeconòmiques diàries i que no és una residència fictícia. Per apreciar aquesta habitualitat real en la residència cal demanar un període que s'allargui en el temps? Evidentment, com més temps de residència es porti en un país més llaços socio-econòmics s'hi estableixen, però aquest no és l'únic element. Per tant, és encertat quan la residència va referida al conjunt de família no demanar a més un temps de durada de la residència. Sí que és més important quan la competència es basa sols en el lloc de residència d'un dels membres de la família demanar un temps de residència contínua en aquell país per atribuir la competència als tribunals d'aquest.

És evident que si la residència habitual determina que han de ser competents els tribunals espanyols, això no implica que aquests necessàriament hagin d'aplicar la llei espanyola. Potser caldrà que aquests apliquin la llei estrangera, que complicarà el procés a les parts i al propi òrgan jurisdiccional, però no es pot determinar la competència judicial en funció de la llei que s'ha d'aplicar al fons de la qüestió litigiosa. Per una banda, perquè per a la determinació de la llei aplicable s'hauran de tenir en compte altres elements més complexos que han de ser analitzats pel propi tribunal competent en el sí d'un litigi amb plenes garanties i no amb caràcter sumari per fixar la competència judicial. Per altra banda, encara que l'ideal a priori és que el tribunal que jutja conegui perfectament la llei a aplicar, això no és tampoc una garantia clara per a les parts. En tercer lloc, perquè si realment la família és resident en un territori el més pràctic i ajustat a la tutela judicial efectiva, és que de manera propera sense fer grans desplaçaments pugui accedir a la justícia. Ja s'ocuparan els tribunals i els diferents operadors jurídics, inclosos els propis advocats de les parts, de donar una resposta ajustada a la legalitat per aquells litigants, encara que això els hi suposi més complexitat.

Un altre element utilitzat en contra del criteri de la residència habitual és la impossibilitat de reconèixer i executar la sentència finalment obtinguda al país d'origen. Per aquest motiu, és pràcticament imprescindible acompanyar les normes de competència judicial amb les normes de reconeixement i execució de resolucions judicials. Millor dit, si es tenen unes normes de competència clares i acceptades per els dos estats en conflicte, no ha d'haver-hi llavors impediment per reconèixer i executar les



resolucions judicials que provenen precisament d'aquests tribunals que s'han reconegut com a mútuament competents. fonament jurídic del conveni de Brussel·les II en el seu moment i dels actuals reglaments comunitaris.

La determinació d'aquests tribunals competents es pot fer per remissió a les normes internes, com es fa en el cas del conveni del Marroc o amb l'establiment de normes específiques que les parts signants reconeixen, com passa el conveni amb Tunísia, amb molt poc encert.

Ara bé, si la família té la seva activitat sociolaboral al país de residència, és allà on necessita una resposta urgent. La sentència ha de tenir validesa immediata en aquest país, perquè les qüestions que pugui fixar és en primer lloc aquí on seran necessàries. És el país de residència on cal tenir clar si està separat o divorciat, per exemple a efectes tan simples com el permís de residència, o per accedir a determinats programes d'ajuda. És el país de residència on cal tenir clara qui té la guarda i custòdia dels fills, quin és el regim de visites, si hi ha alguna limitació del mateix, perquè si aquests fills estan escolaritzats en aquest país, es aquí on caldrà resoldre totes aquestes qüestions en cas d'incompliment. Si els pares treballen o perceben algun subsidi al país de residència és aquí on caldrà tenir una resolució judicial sobre aliments i pensions similars per poder decretar l'embarg d'aquestes retribucions en cas d'impagament.

En aquesta situació el reconeixement i execució de la sentència al país d'origen té una incidència pràctica secundària. Només preocupa per dissoldre el vincle en cas de voler-se tornar a casar o en alguns casos per qüestions morals o religioses. Evidentment, aquests arguments són respectables però la resposta legislativa ha de ser eminentment pràctica i encaminada a solucionar els problemes reals dels justiciables i en aquest sentit no es pot condicionar la competència judicial dels tribunals del país de la residència al futur i probable reconeixement i execució o no, d'aquesta resolució al país d'origen.

Evidentment, aquesta postura xoca amb el manteniment del criteri de la nacionalitat com a criteri secundari de determinació de la competència judicial internacional i sobre tot amb el criteri que es manté en les normes de competència judicial al país d'origen dels magribins en la majoria de casos basat en la nacionalitat de les parts. Això fa que es puguin entaular plets en els dos països, el de residència i el de la nacionalitat. El que no es pot fer és per evitar aquesta possible duplicitat de litigis i tendir a un harmonització (dubto que desitjable si fa perviure criteris desfasats) encotillar les respostes en matèria de competència judicial en un sol fur exclusiu i menys encara pretendre que aquest sigui la nacionalitat dels litigants, ja que aquesta

postura a part d'anacrònica és poc pràctica. La solució en aquests casos és una bona normativa interna i convencional sobre reconeixement i execució de sentències en la que es recullin les qüestions de litispendència i cosa jutjada. En el cas dels països magribins, a falta de la seva participació en els instruments normatius de la UE, cal encara més l'establiment d'aquests convenis de manera bilateral o la participació en convenis multilaterals que es realitzin recollint aquestes previsions i és precisament en aquest àmbit on es constaten les mancances.

**d) La manca encara d'una bona resposta a les parelles de fet.**

En el sistema de competència judicial que descriuen els Reglaments comunitaris i els altres instruments legislatius queda encara pendent un bon tractament respecte del tema del trencament de les parelles de fet. Problemàtica menys estesa entre els magribins, fruit de la seva tradicional concepció de la família, però no inexistent. Els pocs casos analitzats són encara més problemàtics que en el resta de persones, donat precisament per aquesta encara no prou acceptació social d'aquest fenomen, que pot deixar sobretot als fills d'aquestes parelles, en un desemparament legal als seus països d'origen.

No ens ha d'estranyar tampoc, però, aquesta manca de precisió ja que tampoc en l'àmbit intern la resposta legislativa ha estat adequada. La darrera LEC 1/2000, sembla oblidar aquesta realitat, recollida en diverses lleis autonòmiques, i no regula tampoc cap procediment específic per ventilar el trencament d'aquestes parelles. Quan existeixen fills es reconduïx a un verbal sobre la seva guarda i custòdia i sobre els aliments a favor dels mateixos, però tampoc es recull clarament la possibilitat de presentar un acord a l'estil del conveni regulador de la separació o divorci matrimonial. La pràctica judicial ha tendit a admetre la presentació d'aquest conveni regulador per analogia en la majoria de casos. Evidentment, davant d'aquesta manca de precisió a nivell intern, no existeixen ni normes sobre competència judicial ni sobre llei aplicable. En aquests casos no ens quedarà més remei que utilitzar els criteris que per separat es fixen, per exemple, per a les relacions paternofilials, les mesures urgents o cautelars, els aliments entre parents. Que hi hagi normes diferents per a cada una d'aquestes qüestions ens permet tenir una normativa a la que recórrer, però continua sense ser el millor, perquè el trencament d'una parella de fet requereix igualment un tractament unitari.

El reglament comunitari també oblida aquesta realitat. El Reglament 2003 ha millorat en admetre dintre del seu àmbit material les qüestions sobre responsabilitat parental respecte de fills encara que no sigui fruit d'un matrimoni, però no hi ha cap més referència i esment.

**e) Les dificultats derivades de l'apreciació la litispendència i l'efecte de cosa jutjada.**

Per tant perquè tot el sistema de competència judicial internacional basat en furs alternatius funcioni cal més que mai que vagi acompanyat d'una bona regulació sobre la litispendència i l'efecte de cosa jutjada per donar-li coherència i és en aquest punt on hauria d'incidir la legislació a dia d'avui pràcticament inexistent.

Per evitar aquesta temuda duplicitat de litigis la solució no és que cada país tingui el mateix i únic fur basat en la nacionalitat de les parts, sinó establir normes internes i internacionals destinades a fixar clarament els criteris per apreciar la litispendència i l'efecte de cosa jutjada.

El primer que s'hauria de tenir present és la diferència entre litispendència i cosa jutjada. La litispendència va referida a constatar l'existència d'un altre procediment en marxa sobre el mateix objecte i causa i entre les mateixes parts. En aquesta situació el que es tracta és de determinar quin dels dos procediments en què encara no hi ha resolució definitiva ha de prevaler.

En aquest sentit, només hi ha normativa expressa en els reglaments comunitaris que a diferència de les normes de competència no es poden aplicar respecte dels magribins, ja que no poden vincular als tribunals d'un estat no membre. Els convenis bilaterals existents amb Marroc i Tunísia tampoc aporten normes contundents. Per tant, sovint l'únic recurs que ens quedarà és aplicar per analogia i sentit comú els criteris dels reglaments comunitaris com a criteri interpretatiu.

En l'àmbit de litigants magribins, no cal oblidar que sovint aquest recurs s'utilitza en perjudici dels drets de les esposes i fills menors. Davant la possibilitat sobretot que afecti a menors, hem de ser estrictes i no permetre situacions claudicants. Per altra banda, la lentitud de la justícia espanyola en tramitar i donar resposta a les demandes de separació i divorci contenciós, provoca en molts casos que es busqui el procediment al país d'origen per aconseguir una resolució de manera més ràpida, encara que potser amb menys garanties processals i de respecte dels drets d'ambdues parts.

La jurisprudència com és habitual fins ara ha estat poc contundent amb respostes diferents en molts casos. Aquest fet posa encara més de manifest la necessitat d'una regulació sobre la matèria.

L'efecte de cosa jutjada, no és pròpiament litispendència encara que la jurisprudència sovint barregi termes. Aquest efecte de cosa jutjada es produeix d'entrada quan ja hi ha una resolució judicial en un dels litigis en competència mentre que l'altra pot encara estar en una fase inicial. Aquí no es tracta, doncs, de determinar quin és el jutjat o tribunal competent dels dos en conflicte, sinó de analitzar si aquesta resolució judicial obtinguda pel tribunal del lloc d'origen es pot oposar com excepció per desestimar la demanda presentada al jutjat o tribunal de la residència i si aquesta excepció ha de prosperar.

L'element fonamental hauria de ser de nou el control del frau. Això suposa d'entrada un control exhaustiu de la presència i defensa de les dues parts en el judici seguit al tribunal del país d'origen i una exigència en aquest cas duríssima per provar l'autenticitat de la resolució que es pretén reconèixer i fer valer com a excepció de cosa jutjada. En aquest cas, a diferència d'altres supòsits, el que sí cal es demanar un traducció jurada i els elements de legalització necessaris per garantir-ne l'autenticitat i observar acomplerts clarament els requisits de defensa d'ambdues parts. En aquest sentit, si es suprimeix el requisit de la legalització hauria d'anar acompanyat d'uns protocols o instruccions internes perquè els jutges espanyols poguessin comprovar la veracitat del document que se'ls hi exhibeix. Sobretot tenint en compte que la competència es trasllada als tribunals de primera instància, poc habituats encara als procediments internacionals. Un primer pas en aquest sentit és la Instrucció de la DGRN de 20 de març de 2006 (BOE del 24-04-2006) sobre prevenció de frau documental en matèria d'estat civil, a partir de les propostes fetes per la CIEC.

L'altra punt clau és si un cop acomplerts aquests requisits cal que es dugui a terme un procediment previ per reconèixer aquesta resolució al país de la residència o si es fa valer en el procediment judicial instat per l'altra part ja és suficient per determinar la seva eficàcia.

Evidentment, posar traves i remetre a un reconeixement previ d'aquesta resolució estrangera que s'invoca podria donar lloc a dos resolucions judicials irreconciliables. La nostra legislació interna però és clara en aquest sentit i determina que l'execució i eficàcia de les sentències estrangeres està condicionada als requisits que fixin els convenis internacionals o la legislació interna en defecte d'aquests, per la

qual cosa mai és un reconeixement immediat a no ser que la norma convencional així ho determini.

En el cas dels països magribins existeixen dos convenis bilaterals amb el Marroc i Tunísia. El conveni amb el Marroc deixa clar que cal un control d'aquest efecte de cosa jutjada però no determina clarament a qui li correspon fer-ho i es pot interpretar que tan li podria correspondre de manera incidental al jutge que coneix de la separació o divorci instat a Espanya o que cal un altre procediment específic per apreciar-la. L'economia processal semblaria abonar la idea que es conegui de manera incidental en el mateix procediment, però tant si és així com si cal instar un procediment diferent, el que cal és un control clar dels requisits per evitar el frau i l'existència de situacions claudicants tan per als cònjuges com sobretot pels fills menors.

A l'hora d'apreciar el requisits que fixa el conveni cal ser estricte en les traduccions i certificats necessaris i analitzar els documents aportats detingudament, però sobretot en aquest punt a l'igual que en el moment d'apreciar litispendència cal donar cabuda a altres aspectes no estrictament jurídics per ajudar a precisar el frau. En aquest sentit, cal fixar-se molt bé en les dates de la presentació de les respectives demandes. També cal tenir molt present les dificultats sovint de les dones en el seu país d'origen per ser escoltades i per fer valer els drets que tenen formalment reconeguts en els textos legals. Cal observar el comportament del marit, si es va notificar a Espanya o no, si aquesta manca de notificació va ser buscada, si les conseqüències econòmiques pel marit en un cas i altre són molt diferents. També cal veure quin era el centre real de les relacions socio-jurídiques del matrimoni: residència habitual, llocs de treball, escoles dels fills menors, comptes bancaris, etc.

En el cas del Conveni amb Tunísia no parla explícitament d'efecte de cosa jutjada i, en canvi, parla de reconeixement de ple dret. En qualsevol cas, sembla més clar que cal seguir un procediment judicial per determinar que la resolució judicial té ple reconeixement a Espanya.

Per tant, la conclusió que s'imposa respecte a qualsevol litigi de família amb litigants magribins és la necessitat de control estricte de les al·legacions de litispendència i cosa jutjada per evitar situacions fraudulentas, utilitzant en aquesta tasca tant criteris jurídics com extrajurídics per valorar les actuacions de les parts.

La millor manera per aconseguir-ho, però, seria comptar amb uns bons convenis bilaterals que ajudessin a concretar i fixar aquests requisits; els actuals instruments en vigor deixen molt que desitjar.

## **5.- Respostes i mancances de la legislació actual sobre les qüestions de llei aplicable.**

### **Respecte pels drets i deures de tots els ciutadans, tan els nacionals com els estrangers.**

El tractament d'aquestes qüestions ha de tenir una especial sensibilitat per tal de no descartar o prohibir qualsevol pràctica forana pel fet de ser-ho, sense analitzar-la degudament. Tampoc s'ha de permetre l'acceptació de qualsevol pràctica familiar que vulneri els drets i llibertats fonamentals que en aquest país han costat molt de guanyar, amb la ben intencionada idea de respecte de les cultures d'origen.

En aquest aspecte el dret té un gran marge d'acció però no ho ha de fer sol. La multidisciplinarietat s'imposa. No hi ha prou per saber si es pot admetre o refusar una determinada pràctica recolzada amb una figura jurídica, amb l'anàlisi de la mateixa a partir dels tòpics, ni amb la sola lectura d'un text legal. Cal veure quin és l'abast real de la mateixa, què suposa per tots els subjectes que hi intervenen, quins drets personals es veuen afectats o no i com es viu en la societat d'origen.

Evidentment, aquestes valoracions faran necessari un sistema de prova del dret estranger més àgil i adequat als nostres dies.

### **El tractament de la llei espanyola com a ordenament jurídic plurilegislatiu.**

Quan la llei designada sigui la llei espanyola, aquesta no s'ha d'entendre referida només a la llei estatal o al règim civil general del Codi Civil, sinó que cal que torni a operar els mateixos criteris per determinar la legislació civil aplicable, tenint en compte que en l'estat espanyol conviuen diferents drets civils propis, com és el cas de Catalunya, on s'ha centrat aquest estudi. Cal tenir present les especificitats o diferències recollides en les lleis civils catalanes com el Codi de Família o la llei de parelles de fet, que recullen solucions diferents o no contemplades dintre del Codi Civil.

En aquest sentit, també cal un canvi de criteri, no basat exclusivament en el veïnatge civil, perquè aquest concepte no es pot predicar dels estrangers que no han adquirit la nacionalitat espanyola. Si no s'admet un altre criteri, suposaria sempre en els casos d'estrangers l'aplicació del sistema del Codi Civil encara que la residència dels litigants estrangers en concret s'hagués produït sempre en un dels anomenats territoris forals.

Per tant entenc que quan la llei designada remet a la llei espanyola, aquesta ha de ser la legislació civil que els hi correspongui segons el lloc de residència habitual determinada d'acord amb els mateixos criteris que ens han servit per a la determinació de la llei aplicable en les normes de conflicte internacionals. Les normes per a resoldre conflictes a nivell interregional recollides en el Codi Civil no serveixen perquè utilitzen com a punt de connexió el veïnatge civil que no es pot predicar dels estrangers no naturalitzats espanyols. Un canvi legislatiu en aquest sentit seria desitjable.

### **Flexibilitat, analogia i sentit comú.**

L'aplicació pràctica de tots aquests criteris requereix de nou un enfocament obert, lluny de idees preconcebudes ni de posicions rígides. Cal partir d'un relativisme jurídic i amb el límit de la seguretat jurídica com a marc d'actuació però no com a cotilla legal, intentar en segons quins casos donar resposta als litigis concrets, en benefici dels justiciables, mentre s'esperen uns canvis legislatius que potser no arribaran mai. Evidentment, cal respecte pel principi de legalitat, però sense oblidar mai la justícia del cas concret.

### **Dispersió normativa.**

La regulació sobre la llei aplicable a les diferents qüestions que es tracten en un procediment matrimonial amb element d'estrangeria es fa de manera separada. La llei aplicable a la separació matrimonial, nul·litat i divorci continua essent la que recull l'article 107 del CC. En canvi la llei aplicable als efectes del matrimoni i les relacions paternofilials continuen contingudes en l'article 9 del CC. En matèria d'aliments cal recórrer a les normes del Conveni de l'Haia de 1973.

### **El manteniment de la nacionalitat com a criteri bàsic.**

Respecte de les obligacions entre parents per l'efecte erga omnes del Conveni de la Haia de 1973, el criteri bàsic és el de la residència habitual del creditor dels aliments. Igualment en el cas d'haver de prendre mesures en protecció dels menors desemparats s'aplica la llei espanyola, que s'haurà d'entendre referida a la respectiva llei autonòmica quan l'autoritat pública encarregada d'aquests aspectes sigui precisament una autoritat autonòmica. Però a excepció d'aquestes matèries i malgrat la reforma feta de l'article 107 del CC, el criteri bàsic continua essent la nacionalitat de les parts. La reforma de

l'article 107 s'ha concretat en la aplicació de la llei espanyola en els casos de procediments de mutu acord, però sense que això sigui una veritable entrada al principi de l'autonomia de la voluntat i a la elecció de la llei aplicable.

Per tant el pes de la legislació de la nacionalitat comú de les parts continuarà essent la de referència i només podrà ser descartada per l'aplicació de l'excepció d'ordre públic a partir de la clàusula especial que ha introduït també el nou article 107.

La reforma doncs ha estat desaprofitada i el nou text no ha estat una solució real als problemes dels litigis matrimonials dels magribins, ja que no ha abastat al conjunt de relacions que es plantegen en el trencament com aliments i relacions paternofilials i a més al no anar acompanyada d'una reforma en matèria de prova del dret estranger, no soluciona les mancances pràctiques d'acreditació de la llei estrangera i el respecte o no de l'ordre públic intern. Aquesta anàlisi s'ha fet més necessària a la llum de la nova Mudawana marroquí que es més difícil d'enquadrar dintre dels supòsits contemplats a la clàusula especial d'ordre públic d'aquest mateix article.

### **L'anàlisi de les lleis materials magribines: consideracions sobre la seva aplicació.**

#### **Qualificació de les figures jurídiques foranes.**

Sovint ens trobem que les figures jurídiques que recull el dret de família dels diferents països magribins són figures estranyes al nostre ordenament, com ara el repudi, la institució del dot, el període d'*idda*, la *kafala*, etc.

S'ha de ser jurídicament rigorós en aquests casos, però tampoc ens hem de perdre en discussions jurídiques complexes per determinar detingudament la naturalesa de cada institució per tal de després enquibir-la en una norma conflicte. Entenc que en aquest sentit el que cal és només que les normes de conflicte tinguin una formulació jurídica clara però àmplia i que allà s'hi puguin incloure diferents figures jurídiques amb fonaments i pretensions equivalents o similars.

L'aplicació del principi d'equivalència d'institucions, ja utilitzat per la jurisprudència, s'imposa amb caràcter general. La aplicació correcte d'aquest criteri fa necessari un bon coneixement del dret estranger a aplicar i de la realitat social dels països d'origen. Això comporta la necessitat d'un plus de formació i especialització de tots els operadors jurídics.

Partint del fet que la qualificació de les figures no ha de ser una obsessió extrema,



esta bé poder determinar uns mínims respecte de les figures bàsiques dels drets de família dels països magribins, per determinar després la seva acceptació o no. En aquest sentit, cal fer una anàlisi rigorosa sobretot tenint en compte les darreres reformes legislatives en els països magribins.

**El dot** continua essent un element essencial del contracte matrimonial. No s'ha d'entendre la seva naturalesa com si és tractés del preu d'una compravenda, sinó més aviat com una element més del matrimoni, que es recull en protecció de la dona. D'aquesta manera s'ha de permetre la possible reclamació aquí a Espanya de l'import del dot no pagat pel marit en la seva totalitat.

**El repudi** és evidentment una causa de dissolució del matrimoni. La seva característica primordial és el seu caràcter unilateral i de prerrogativa única en mans del marit. La dificultat de la traducció del terme dificulta a vegades el seu reconeixement i la seva qualificació. Quan estem parlant de llei aplicable al divorci o a la separació matrimonial, hem d'incloure també la figura del repudi com una causa de dissolució del vincle, amb independència de què després admeten el reconeixement d'aquesta figura per excepció d'ordre públic o no.

**La indemnització** que es preveu per a la dona en el moment del divorci és una prestació de caràcter indemnitzador i no pot ser comparada a la prestació de la pensió compensatòria, ja que no compleix la mateixa finalitat. Només es pot assimilar en el fet que suposa un dret econòmic a favor de la dona com a conseqüència de la ruptura matrimonial.

L'obligació de mantenir a la dona un cop divorciada durant el **període d'idda**, és una prestació alimentària i no pot ser comparada tampoc a la prestació de la pensió compensatòria. Potser seria més assimilable a la contribució de les càrregues del matrimoni, encara que amb dificultat.

**El dret de guarda o hadanna**, sí que ho podem assimilar a la nostra guarda i custòdia. En canvi, la tutela engloba en un sol concepte el que nosaltres entenem per tutela i per pàtria potestat. Aquest darrer concepte no existeix com a tal a les legislacions magribines. Durant la *hadanna*, ja un cop acabat el matrimoni, la persona encarregada pot tenir dret al rescabament de les despeses de la mateixa, que es tracta d'una prestació econòmica que no és pròpiament alimentària, sinó que té més aviat un concepte de retribució.

El període d'*idda* és un període d'espera, no assimilable a cap figura jurídica del nostre ordenament. Aquest període és important perquè si transcorre sense que el marit hagi reprès a la dona repudiada fa que aquesta dissolució del vincle sigui definitiva. Així, es poden discernir alguns problemes derivats d'alguns repudis i divorcis revocables.

**El divorci judicial**, normalment està pensat perquè l'exerceixen les dones. Hi ha autors que admeten que certes causes de divorci basades, per exemple, en la malaltia incurable de l'altre cònjuge, pugui ser exercitada també per l'home. De fet, els diferents textos legals en la seva redacció delimiten clarament les causes per les que les dones poden accedir al divorci, amb l'excepció de Tunísia on s'ha suprimit el repudi unilateral del marit.

L'adopció no es reconeguda, excepte a Tunísia. Per tant, les altres figures de protecció de menors, com la *kafala*, només es poden equiparar estrictament a una figura d'acolliment familiar o com a molt a una mena d'adopció simple que tampoc ja no existeix com a tal en el nostre ordenament, encara que la DGRN en la seva resolució-circular de 15-07-2006 també hagi descartat aquesta consideració per a la Kafala a la que només contempla com una situació d'acolliment. Seria bo però mantenir el criteri esgrimit per l'AP Barcelona en el seu auto de 28-03-2006 d'equiparar-la a la figura de la tutela per tal de poder donar lloc a una adopció ja en territori espanyol.

No existeix pròpiament un règim econòmic matrimonial, per la qual cosa tampoc hi ha pròpiament normes expresses per a la seva liquidació. En aquests casos caldrà estar als pactes entre les parts. En la realitat el que hi ha és una estricta separació de bens, que no té altres normes de relació entre els dos patrimonis que els que puguin haver establert els cònjuges.

L'ideal seria, evidentment, que totes aquestes qüestions s'incloguessin sota la llei que regula la separació o el divorci, però donat que el nostre sistema conflictual ara per ara, continua fragmentat, caldrà poder incloure cada una d'aquestes figures en un dels diferents supòsits.

El repudi i les causes de divorci, així com la regulació de les conseqüències del període d'*idda* han de quedar clarament incloses en la llei que regula la separació i el divorci. Igualment la pensió indemnitzadora a rebre per la dona.

La *hadanna* i les seves condicions econòmiques i la tutela, quedaran incloses en les relacions paternofilials.

La prestació d'aliments haurà d'incloure evidentment el dret de manutenció del marit (*nafaqa*), els aliments a favor dels fills i també els aliments deguts durant el període d'*idda*.

**g) Necessitat detallada d'apreciació de la vulneració de l'ordre públic espanyol.**

- **La necessitat de l'existència d'una clàusula especial d'ordre públic.**

Ja existeix una clàusula general d'ordre públic que hauria de permetre la no aplicació de la llei estrangera, quan aquesta llei estrangera, per exemple, no recull el divorci o la separació, o ho fa de manera discriminatòria per a un dels cònjuges. Tradicionalment, en canvi, la interpretació de la clàusula d'ordre públic general s'ha fet de manera restrictiva. En un sistema jurídic com el nostre, on cal que tot estigui regulat fins a l'extrem i on es busca evitar al màxim la discrecionalitat del jutge amb constants canvis legislatius, no em sembla malament mantenir l'existència d'una clàusula especial d'ordre públic per tal de facilitar-ne la seva aplicació.

Sempre que es pretengui l'aplicació d'una llei estrangera aquesta haurà de respectar aquests principis d'aquesta clàusula especial.

L'excepció d'ordre públic s'ha de poder apreciar amb normalitat. La no aplicació sistemàtica de la mateixa, que durant temps ha tingut la jurisprudència, no comporta cap benefici, ni implica que siguem una societat més oberta i més interracial.

L'excepció d'ordre públic s'ha d'apreciar amb cura i responsabilitat, però no s'ha de desterrar. Tan dolent és no permetre mai l'aplicació de la llei estrangera, com permetre-la sempre.

Per tant, per apreciar aquesta excepció no n'hi ha prou que la llei estrangera sigui contrària a la nostra sinó que sigui contrària als nostres principis fonamentals, com ho és, per exemple, el de la igualtat. La clàusula especial ja establerta en l'actual article 107 del CC, ha de facilitar aquesta interpretació.

- **Figures concretes contràries al nostre ordre públic.**

El matrimoni poligàmic, evidentment, no pot ser vàlidament constituït a Espanya. Es podran admetre alguns efectes d'aquest matrimoni poligàmic, si s'ha

constituït a l'estranger i amb l'única finalitat de protegir a les dones i fills que poguessin quedar desemparats si no se'ls hi reconeix la seva condició d'esposa o de fill matrimonial.

La consideració del dot no com a preu del matrimoni sinó com a dret de la dona ha de permetre la seva exigència en el nostre territori si el marit no l'ha pagat en la seva totalitat.

El repudi unilateral del marit, exercit sense control de cap mena, no es pot admetre de cap manera que es produeixi a Espanya. Ara bé les coses canvien i la conclusió ha de ser necessàriament diferent, quan aquest repudi és la única causa que li queda al marit per dissoldre el vincle davant la oposició de la dona, ja que no hi ha cap altre llistat de causes previstes per a que el marit pugui accedir a aquest trencament matrimonial i quan a més aquest mateix repudi s'ha de realitzar en seu judicial, en presència de la dona que, a més, pot manifestar les seves voluntats i on s'obliga al marit a disposar els drets econòmics de l'esposa i fills per autoritzar-lo. Un repudi en aquest termes, que és el que recull la nova Mudawana marroquina, es podrà admetre perfectament i es podrà produir a Espanya mentre la llei aplicable designada sigui la llei de la nacionalitat comú.

Són igualment acceptables les altres causes de divorci per a les dones i els divorcis de mutu acord, quan la valoració de les mateixes es fa sense perjudicis, ni imposicions, ni discriminacions.

L'establiment de causes diferents de dissolució del vincle per a home i dona, pot salvar la seva adequació al nostre ordre públic, si acaben garantint l'accés real dels dos en igualtat de condicions a la dissolució del vincle.

Es pot permetre l'aplicació del règim de guarda i les relacions que s'estableixen entre pares i fills, si recullen la igualtat total de tractament entre fills i filles i es fan en l'aplicació del principi d'interès superior del menor.

En canvi no crec que es pugui permetre l'aplicació a Espanya de les normes que treuen la guarda a la mare pel sol fet d'haver-se tornat a casar o de residir en un altre lloc i aquelles que atorguen la tutela (assimilable a la pàtria potestat) de manera exclusiva al pare.

Tampoc es podrà permetre l'aplicació de normes que discriminin els fills en funció de la seva concepció matrimonial i no i menys encara aquelles que els deixin, en el cas de fills no matrimonials, sense cap mena de protecció legal.

No es poden admetre tampoc les normes que discriminin per raó de religió com aquelles que imposen l'educació dels fills en una religió determinada o que impedeixen el matrimoni per manca de religió comú sobretot en el cas de les dones.

- **La possibilitat d'aplicació parcial de la normativa estrangera.**

Quan la normativa estrangera recull principis clarament contraris al nostre ordre públic internacional, no es podrà aplicar de cap manera. Ara bé, quan ens trobem davant de normatives com la tunisiana o la marroquina, que han fet un esforç de reforma i que han disminuït molt les discriminacions en raó del sexe, potser es podrien posar en marxa mecanismes per corregir aquelles poques reminiscències discriminadores i facilitar així la seva aplicació ni que fos parcial per afavorir una societat intercultural. Es podrien així inaplicar alguns aspectes o aplicar-los amb una altra interpretació a la llum constitucional. Aquesta es la postura que s'ha pres en certa manera per part de la jurisprudència al valorar o analitzar segons criteris propis de l'estat d'acollida, la legislació de l'estat d'origen.

Això no vol dir que es pugui agafar el bo de cada una de les legislacions. Així, per exemple, si la legislació marroquina no contempla una pensió compensatòria, però contempla una pensió indemnitzatòria, que no recull la nostra legislació en termes generals, el que no es pot fer és demanar totes dues pretenen que s'apliquin les dues legislacions a l'hora. Si la legislació estrangera preveu un rescabament econòmic a la dona, encara que no sigui el mateix sistema previst en el nostre ordenament això per si sol no la fa contrària al nostre ordre públic. Podríem demanar l'aplicació de manera subsidiària d'una legislació o de l'altra, en funció de la prova practicada sobre la mateixa o de la seva adequació a l'ordre públic intern i podem fins i tot aplicar la llei estrangera interpretant-la al màxim d'acord amb els nostres principis jurídics, però no podem aplicar les dues legislacions a l'hora. En el cas exposat podríem per exemple demanar que la indemnització es pagués en forma de pensió periòdica entenen que volen complir la mateixa funció i graduar-la en funció dels criteris que utilitzaríem per a una pensió compensatòria. També podríem defensar l'aplicació de la llei espanyola i demanar una pensió compensatòria esgrimint per a la seva graduació els rols femenins tradicionals seguits en la família marroquina que l'ha fet per exemple més dependent de l'home i fins i tot entendre d'aplicació el Codi de Família de Catalunya i demanar la prestació de l'article 41. Entenc però que el que no es pot fer es demanar un pensió

compensatòria segons la legislació espanyola i al mateixa temps i de manera acumulable una indemnització segons la legislació marroquina.

### **La dificultat de determinar la llei aplicable a les parelles de fet.**

Malgrat que el present estudi s'ha basat bàsicament en els conflictes matrimonials pròpiament dits i no ha entrat a valorar detalladament qüestions com la validesa d'un matrimoni o tampoc ha fet un especial tractament de les parelles de fet sí que és important extreure'n algunes conclusions donat alguns conflictes que s'han plantejat a la pràctica.

En primer lloc, crec important destacar que només es pot considerar parella de fet, aquella que s'ha constituït legalment com a tal o aquella que conviu encara que no compleixi els requisits que pugui fixar la legislació per considerar-la com a tal i sobre la que no es pot acreditar un matrimoni vàlid. Malgrat certes confusions jurisprudencials no són parella de fe els magribins que s'han casats als seus països d'origen segons la llei del seu país d'origen. Aquests parelles són matrimoni, encara que aquest matrimoni s'hagi contret segons la forma musulmana. Només es pot qüestionar per exemple la validesa d'un matrimoni poligàmic, però no per si sola la seva forma de celebració musulmana. Sobre aquests cal aplicar clarament en el moment del trencament, la legislació aplicable a la separació o dissolució del matrimoni. L'únic que caldrà demanar-los és una prova del seu matrimoni, per exemple la certificació literal del mateix amb la corresponent traducció i si es vol ser més estricte la comprovació de la validesa del mateix. Per aplicació del conveni hispano-marroquí de 30-06-1997 no caldria ni la corresponent legalització del certificat de matrimoni. Només pot entrar en dubte l'existència d'aquest matrimoni si no es disposa d'aquesta prova o no es té una prova poc fiable com podria ser una fotocòpia d'aquesta acta de matrimoni.

Els magribins que s'han casat a Espanya segons la forma musulmana i han procedit a la inscripció del matrimoni en el Registre Civil Espanyol seguint les prescripcions de la llei de 1992, també són matrimoni.

Tot l'exposat fins aquí hauria de ser superflu si es tendís a un tractament unitari del matrimoni i de les parelles de fet que ara per ara no existeix. Ara bé, a diferència dels trencaments matrimonials sovint ni aquesta unitat de tractament existeix en la pròpia legislació interna.

## **6.- Respostes i mancances de la legislació actual en matèria d'acreditació i prova del dret estranger.**

En qualsevol cas, el problema fonamental de fons és el coneixement del contingut exacte del dret estranger que es permet aplicar o excloure la seva aplicació. Tractant-se d'un dret estranger els operadors jurídics dels països d'acollida no tenen perquè conèixer-lo. Per tant, és lògic que es vulgui assegurar la veracitat i exactitud d'aquest dret però per aconseguir-ho no podem continuar emparant-nos en sistemes i mecanismes costosos i arcaics. La jurisprudència recent no ha ajudat a configurar un règim clar de prova del dret estranger.

- **Els mitjans de prova del dret estranger que s'utilitzen.**

S'ha de fugir dels mecanismes costosos de prova del dret estranger. No es pot demanar com a única i gairebé obligatòria prova el dictamen de dos juriconsults. El que cal és ser obert de mires i tendir a analitzar amb cura però amb bona predisposició les proves que aporten les parts i no resoldre mai pel que el propi òrgan jurisdiccional sap d'oïdes respecte del dret estranger.

Entenc que una bona atenció al dret estranger que es vol provar, admetent proves àmplies però fidedignes és el que ha de permetre tendir cap a un dret internacional de la família plenament intercultural, garantint un respecte bàsic per als drets fonamentals recollits al nostre ordenament. És únicament amb una anàlisi acurada però alhora oberta del dret estranger que se'ns presenta, quan podrem valorar adequadament si les figures jurídiques d'aquest dret estranger, que ben segur poden ser diferents a les nostres, atempten o no contra els mínims que pretén garantir el nostre ordenament i donar així cabuda al reconeixement i aplicació de figures jurídiques foranes. Les legislacions magribines com la tunisià o la reforma recent de la Mudawana del Marroc fan intuir que això és possible, però que s'ha de fer de manera correcta.

Igualment caldria aprofitar per part dels òrgans jurisdiccionalment els mecanismes d'informació del dret estranger establerts en certs convenis internacionals signats per Espanya, que potser encara no són sistemes prou ràpids i àgils, però que ajudarien a la prova del dret estranger fins i tot sense canviar la legislació, aprofitant la capacitat d'intervenció que la LEC dona als jutges.

- **La càrrega de la prova**

Malgrat que l'aplicació de la llei estrangera en els litigis matrimonials per imperatiu de la norma de conflicte la prova del dret estranger i la seva adequació o no al nostre ordre públic correspon no només a la part que la invoqui, amb una possible col·laboració dels òrgans jurisdiccionals, que continuen mantenint en termes generals una actitud passiva i una nul·la intervenció en aquest sentit del ministeri fiscal, malgrat haver d'intervenir en els procediments amb menors.

- **La manca de prova**

Les discussions doctrinals s'ha succeït entre els partidaris de aplicar dret espanyol i els partidaris de desestimar la demanda en el cas de manca de prova del dret estranger. Les respostes jurisprudencials també s'han mogut entre aquestes dues aigües, amb un decantament cap a l'aplicació del dret espanyol a partir de les STC que han incidit en aquesta matèria.

Després de tot l'analitzat i de partir del funcionament real dels litigis a la pràctica no puc si no decantar-me també cap a l'aplicació del dret espanyol. Per tant si aquesta llei estrangera no s'aconsegueix provar s'haurà d'aplicar la llei espanyola. Aquesta és la postura més ajustada a la tutela judicial efectiva mentre no hi hagi a disposició de les parts uns mecanismes àgils i econòmics per a provar el dret estranger.

## **7.- Necessitat d'ampliar el contingut material del dret d'assistència jurídica gratuïta per possibilitar una tutela judicial efectiva real amb la legislació vigent.**

L'ampliació i concreció del dret a la justícia gratuïta s'ha anat fent en els darrers anys sobretot respecte de l'àmbit personal d'aplicació i de manera més extensa respecte dels estrangers comunitaris. En el cas dels magribins es posa un cop més de manifest l'existència de grans deficiències. Malgrat que l'àmbit d'aplicació personal de la llei després de la sentència del tribunal constitucional ha quedat clar que s'amplia en l'àmbit civil a tots els estrangers residents encara que no tingui residència legal, aquest punt no soluciona totes les mancances. Evidentment, és un primer pas que malgrat no ser resident legal a Espanya en el cas de litigis matrimonials que pertanyen a la jurisdicció civil els estrangers magribins tenen igualment accés al dret de justícia gratuïta. D'aquesta manera es facilita i garanteix l'accés als tribunals i, per tant, en principi es veu garantit el seu dret a la tutela judicial efectiva. Ara bé, la realitat ens demostra que



la ampliació d'aquest àmbit personal, no ha solucionat tots els problemes i que encara hi ha moltes traves que impedeixen un accés a la justícia amb plenes possibilitats i amb l'accés a tots els mitjans de defensa.

El problema continua recaient en l'àmbit material d'aquest dret, que no contempla la cobertura del cost que poden suposar per exemple les traduccions o l'aportació de prova del dret estranger.

Per altra banda tot i que el dret a l'advocat i procuradors d'ofici sí que està contingut en l'àmbit material del dret a l'assistència jurídica gratuïta, el problema pràctic és que aquests professionals no sempre tenen la preparació i el suport necessari per dur aquest tipus de litigi.

## **8.- Conclusions en matèria de reconeixement i execució de sentències.**

L'existeixen també diferents àmbits normatius en aquesta matèria, que es posen de manifest també en el cas dels magribins. Per tant haurem de recórrer, segons els supòsits, al règim autònom en el cas de resolucions provinents de països amb els que no hi hagi conveni específic, a l'aplicació dels convenis bilaterals amb els països d'on provingui la resolució i als reglaments comunitaris si aquesta prové d'un estat membre encara que afecti a magribins.

- **Cal una bona distinció doctrinal i jurisprudencial del que són els efectes constitutius, els efectes executius i l'efecte de cosa jutjada i l'efecte sobre terceres relacions jurídiques.**

La manera de respondre i actuar en cada cas ha de ser diferent. Sovint el problema no és obtenir el reconeixement d'una sentència d'un país magribí sinó utilitzar una sentència d'algun d'aquests països per evitar una sentència espanyola sobre les mateixes parts al·legant excepció de cosa jutjada.

Per aquest motiu és tant important distingir conceptes i establir mecanismes clars per evitar situacions fraudulentas sense impossibilitar el reconeixement i execució quan no hi ha cap possible conflicte amb una resolució espanyola.

**a) Requisits necessaris per fer valer l'excepció de cosa jutjada:**

- **Necessitat de reconeixement previ d'una sentència d'un país magribí que s'al·lega com a excepció de cosa jutjada en el procediment matrimonial instat a Espanya.**

Davant la manca de conveni específic que determini el reconeixement directe, cal exigir el procediment d'exequàtur per aquelles resolucions estrangeres que s'al·leguen com a excepció de cosa jutjada en un judici per evitar els efectes del procediment instat a Espanya.

- **Possibilitat de reconèixer aquesta sentència en el mateix procediment matrimonial instat a Espanya.**

Havent-se traslladat la competència als tribunals de primera instància, la qüestió rau en si cal un procediment diferent i paral·lel o es podria resoldre dintre del mateix procediment matrimonial instat.

No es pot admetre sense més que una sentència estrangera provinent d'un país magribí serveixi per desestimar una demanda interposada davant dels tribunals espanyols dels que s'ha comprovat la seva competència internacional, sinó s'aporta una traducció jurada de la mateixa, ni es comprova la seva autenticitat ni la manca de actuacions fraudulentas

Per economia processal el millor seria que aquest control es pogués realitzar en el mateix procediment matrimonial amb un incident específic per resoldre aquest fet amb suspensió de la sentència definitiva però sense possibilitat de paralitzar les mesures urgents que s'hagin pogut acordar com a mesures prèvies o coetànies a la demanda.

- **El control de les actuacions fraudulentas ha de ser contundent i minuciós.**

És necessari, doncs, el control de les notificacions i emplaçaments en els respectius judicis, per tal d'assegurar-se de quan i com s'han assabentat les parts dels respectius procediments, sobretot en els casos de declaració de rebel·lia.

- **S’ha d’assegurar sempre i en qualsevol cas l’autenticitat de la resolució i en aquest punt si que s’ha de ser estricte.**

L’aportació de la sentència de divorci estrangera mitjançant document original i amb traducció jurada i amb el segells dels tribunal d’origen, amb certificació expressa de la seva fermesa i de les notificacions practicades a cada un dels cònjuges, és necessària. En aquest punt no es pot ser benèvol o permissiu.

**b) Facilitat del procediment pel reconeixement i execució de sentències estrangeres quan no es demana com a excepció de cosa jutjada.**

S’han de respectar els procediments establerts i garantir igualment l’autenticitat de la resolució estrangera, però aquest procediment ja no ha de ser un procediment costós i inaccessible, al que només poden arribar-hi les classes benestants.

La atribució amb caràcter general de la competència per a l’execuàtur als tribunals de primera instància, com ja estaven fent els convenis bilaterals i els reglaments comunitaris és un primer pas molt positiu.

En aquest sentit, també cal determinar de manera clara:

**1.-** Respecte de l’efecte constitutiu de la decisió estrangera, no serà necessari l’execuàtur si afecte a dos estrangers a no ser que aquest efecte constitutiu s’invoqui com a excepció de cosa jutjada, en un procediment. Llavors s’haurà de procedir a analitzar-lo de manera incidental al procediment principal.

**2.-** En el cas dels magribins seran susceptibles d’execuàtur no només les resolucions judicials en matèria de divorci, sinó també aquelles resolucions privades homologades després pels organisme públics o aquelles que es realitzin davant de fedataris públics que actuïn de manera activa comprovant les condicions per a la dissolució o ruptura del divorci. Precisió aquesta important respecte de les dissolucions de matrimoni pel repudi exercit pel marit de manera unilateral i privada. També cal tenir present que les darreres reformes en matèria de divorci a Marroc i anteriorment a Tunísia i amb menys mesura la recent reforma a Algèria tendeixen a fer que el repudi sigui cada vegada més un acte controlat pel jutge. Per tant, el repudi pronunciat fora d’Espanya i recollit en aquests termes, on cal la intervenció judicial i la presències de

les dues parts i que respecte dels drets de l'esposa i fills, no buscat de manera fraudulenta, s'han d'admetre.

3.- El control de l'ordre públic internacional ha de ser possible, sobretot per garantir els drets constitucionalment reconeguts. Però aquest control s'ha de fer de manera rigorosa i amb l'estudi concret de cada cas, no regint-se només per la denominació de la figura jurídica que es pretén reconèixer. Ni tampoc caure en l'extrem contrari d'admetre qualsevol resolució magribina perquè les seves legislacions possibiliten el divorci.

Les recents reformes a l'altra riba de la Mediterrània, fan que el control de l'ordre públic sigui més rigorós que mai, perquè en casos com Tunísia, però sobretot el Marroc el canvi de legislació ha estat considerable en el respecte del dret a la igualtat d'home i dona i aquests esforç legislatiu a partir de la seva pròpia tradició jurídica ha de ser valorat i estudiat amb la rigor que es mereix, lluny de prejudicis preconcebuts en contra de les legislacions magribines.

Control d'ordre públic que es podrà efectuar de nou en el cas d'una sentència comunitària que es pretengui reconèixer a Espanya, malgrat que es suposi que en un primer moment aquest control ja l'ha fet el jutge comunitari que va resoldre sobre el plet. Això ha de ser així mentre els criteris per admetre o denegar els efectes d'aquests figures jurídiques familiars dels països magribins, siguin diferents en els diferents estats membres. D'aquesta manera es podria denegar el reconeixement de sentències comunitàries que recollissin el divorci d'un matrimoni de magribins per aplicació de formes específiques concretes de la seva llei personal de manera més àmplia que el criteri mantingut a Espanya. Aquest seria el cas d'una sentència comunitària que recollís, per exemple, un divorci revocable davant de la teoria jurisprudencial espanyola de denegar aquestes resolucions en base a la vulneració que suposa de l'ordre públic. La solució més adequada en aquest cas no seria denegar el reconeixement sinó permetre el seu reconeixement com a separació matrimonial.

El funcionament més àgil dels Reglaments comunitaris no elimina, doncs, la complexitat dels procediments matrimonials entre magribins. Per tendir a una facilitat i eficàcia directa de les resolucions judicials comunitaris en aquesta matèria caldria que existís un veritable dret internacional comunitari amb criteris unificats. Tot just s'han començat els treballs per a la determinació de instruments normatius comunitaris sobre la llei aplicable al divorci i separació matrimonial, però una de les mancances detectades

pel propi Comitè Econòmic i Social és que no es preveu res respecte de la llei aplicable als nombrosos ciutadans residents a la UE que són nacionals de tercers països, entre ells els magribins. En l'elaboració d'aquests instruments supranacionals els diferents estats membres, com és el cas d'Espanya, no haurien de perdre la visió d'unitat de tot el seu sistema de Dret Internacional Privat.

4.- Encara que la sentència estrangera no s'al·legui com a excepció de cosa jutjada és important també controlar que no existeixi cap procediment obert a Espanya amb el que sigui irreconciliable.

Si aquest procediment existeix i en el mateix no s'ha al·legat ni oposat la sentència estrangera, el millor potser serà mantenir l'existència de dues resolucions diferents en els dos països, impossibilitat això si de manera indefinida que aquestes dues resolucions tinguin efectes en l'altre país de manera recíproca.

### **c) Conclusions concretes respecte al reconeixement i execució de resolucions en matèria de responsabilitat parental i aliments.**

Donat la complexitat establerta ja en un primer moment i la dispersió del procés matrimonial internacional des del seu inici fins el seu final, fa que ens haguem de plantejar l'existència de solucions específiques per aquests matèries contingudes en instruments jurídics també diferents.

#### **1.- Necessitat en alguns casos de acordar l'execució parcial.**

Les sentències sobre divorci o separació matrimonial són complexes i no recullen tan sols les decisions respecte al vincle sinó també respecte als fills del matrimoni i als seus aliments. Per determinar el reconeixement i execució de cada una de les resolucions en aquestes matèries hem de recórrer a instrument legals sovint diferents, que poden donar respostes diferents.

L'atribució de la competència de l'exequàtur als tribunals de primera instància facilita que tot es pugui plantejar en un sol procediment, però si per aplicació dels diferents instruments legals en vigor no es possibilités l'execució d'una de les decisions contingudes en la resolució s'hauria de poder tendir a executar-la de manera parcial sobretot en benefici dels fills menors.

2.- En les resolucions que recullin decisions en matèria de responsabilitat parental, el que ha de prevaler és l'interès superior del menor i els mecanismes de restitució immediata en cas de trasllat del menor a un altre estat s'ha de posar en marxa de manera immediata.

No són adequats convenis bilaterals com el signat amb el Marroc que condiciona la seva aplicació a la nacionalitat de les parts i queda en paper mullat quan un pare o mare marroquí s'enduu el seu fill marroquí al Marroc en contra del consentiment de l'altre progenitor també marroquí, establerta a Espanya tota la família des de fa molt de temps.

3.- En les resolucions sobre aliments que es pretengui executar a Espanya el dret d'aliments fixat d'acord amb el nivell de vida del país on s'ha dictat la resolució i que sigui insuficients pel nivell de vida espanyol i el deutor dels aliments percepc prestacions econòmiques a Espanya, s'hauria de poder actualitzar la quantitat fixada d'aliments respecte del nivell de vida espanyol en el mateix procediment d'execució a través d'un incident processal però no obligant a una modificació de la sentència amb tot el procediment costos que això comporta encara que calgués una reforma processal interna.

4.- Igualment hauria de ser possible en el mateix procediment d'execució establir aquells canvis en el règim de visites que hagin esdevingut impossibles d'aplicar pel canvi de residència del menor o dels seus progenitors igualment a través d'un incident processal però no obligant a una modificació de la sentència amb tot el procediment costos que això comporta., encara que calgués una reforma processal interna.

5.- L'entrada en vigor del Conveni de la Haia de 1996 millorarà la situació respecte del Marroc que és part del conveni, però caldrà que els altres països s'hi afegixin.

## PROPOSTES DE FUTUR

A partir de les mancances i dificultats apuntades al llarg del present treball i en les conclusions precedents crec encertat formular unes propostes de futur incloent propostes de lege ferenda i propostes d'actuació pràctica i criteris orientatius.

### **1.- Necessitat de tractament global de les normes de competència judicial i necessitat de posar fi a la dispersió jurisdiccional.**

El que cal és que hi hagi un sol tribunal competent per conèixer totes les qüestions que sorgeixen en litigis matrimonial. La pràctica diària ens demostra que aquesta opció de globalitat és la més necessària i la que més afavoreix als ciutadans, ajudant-los a tenir una resposta jurídica més adequada i en conseqüència a desenvolupar millor el seu dret a la tutela judicial efectiva.

La necessitat d'unitat de tractament es posa especialment de manifest després de l'anàlisi dels procediments familiars on intervenen magribins, però evidentment no és una conclusió que es pugui predicar de manera exclusiva a aquests tipus de litigi i, per tant, el seu abast ha de ser de caràcter més general a tots els procediments familiars amb elements d'estrangeria.

Sé que aquesta unificació és difícil en l'àmbit comunitari perquè les normes que emanen de la Unió Europea afecten a la globalitat dels seus membres amb sistemes encara diferents en matèria de separació i divorci, però la comunitarització d'aquests temes, ja no només en mans de la cooperació o coordinació intergovernamental hauria de facilitar el camí. La realitat és que la tendència a la unificació de les normes en matèria de Dret Internacional Privat és encara lenta i difícil, però no hem d'oblidar aquesta possibilitat real i pensar que tota la reforma legislativa no pot ser només en àmbit intern.

La unificació a nivell intern hauria de ser més fàcil, però amb la tècnica legislativa actual és difícil que es pari esment a aquesta necessitat de unitat. La visió global és difícil i sovint ens trobem que es modifica una llei i no s'adonen de com aquesta modificació afecta a una altra disposició, que llavors esdevé obsoleta o sense sentit o crea confusió jurídica.

Aquesta necessitat de tractament unitari passa per a l'existència d'un sol text normatiu, però l'element formal no és potser el més essencial. El més important de tot

és que amb text únic o no, la solució sigui global per a tot el procés matrimonial. Cal que els mateixos tribunals siguin competents per determinar les causes de nul·litat, separació i divorci, però també que sigui els mateixos competents per resoldre sobre la guarda i custòdia, el règim de visites i les prestacions econòmiques derivades d'aquest trencament ja siguin alimentàries, compensatòries o de contribució a les càrregues del matrimoni. No té sentit mantenir com fins ara criteris de competència diferents per a cada una d'aquestes qüestions que en l'àmbit intern es ventilen de manera unitària. Menys sentit tindrà a partir d'ara en el cas espanyol amb la reforma del divorci de juliol de 2005 que fa desaparèixer les causes de separació i divorci tradicionals. Si ja no hi ha causes a controlar quin sentit té mantenir la competència per a la separació i divorci separada i diferenciada de les relacions paternofilials o dels aliments, que seran les úniques qüestions en les que s'haurà de posar èmfasi en qualsevol procediment matrimonial.

Les normes sobre competència judicial separades o individualitzades per a cada una d'aquestes matèries s'haurien de mantenir només amb caràcter subsidiari per a quan aquestes qüestions es produeixen fora d'un procediment matrimonial.

Evidentment, per aconseguir aquesta unitat de tractament, és evident que el millor és l'existència d'un únic text global, però l'existència d'un únic text no vol dir per sí sol que no es continuï amb la dispersió jurisdiccional. Per tant, cal una unitat a tots dos nivells: a nivell formal i sobre tot a nivell material.

A nivell formal el primer que cal és un tractament unitari. Si tenim unes normes supranacionals que ens vinculen directament com són els reglaments comunitaris, entenc que aquestes s'han de tenir en compte a l'hora de redactar les normes de competència judicial interna. No es pot actuar com si aquests reglaments no existissin. Cal que les normes internes recullin i respectin l'existència de normes supranacionals i que quan s'estableixen aquestes normes pròpies ho facin en conseqüència, delimitant fins i tot el camp d'aplicació de cada un dels nivells normatius. La LEC 1/2000 sembla recollir una mica aquest criteri però es queda a mig camí. L'anunciada llei de cooperació judicial internacional ha quedat oblidada en un calaix, encara que els projectes existents no eren gaire encoratjadors.

Per altra banda, també cal en conseqüència tenir presents les normes supranacionals que ens vinculen i les normes de competència interna a l'hora de participar en altres convenis internacionals, sobretot els d'àmbit bilateral. Ja que la signatura d'aquests textos entenc que té sentit per millorar les possibilitats recíproques



d'accés als tribunals dels respectius països per part dels respectius ciutadans i no limitar-les.

Per tant des d'un aspecte purament formal s'ha d'afavorir la unificació o tractament de totes les qüestions lligades al trencament matrimonial en una sola norma de competència judicial, ja sigui nacional o supranacional. Així, s'hauria de tendir a unificar en un sol text el tractament de competència judicial internacional respecte de la nul·litat separació i divorci però també respecte de la pàtria potestat, la guarda i custòdia, els drets de visites i aliments dels fills i possibles pensions compensatòries o d'altra mena entre cònjuges, per tal de facilitar així el tractament unitari des del punt de vista material.

La impossibilitat pràctica d'aquesta idea és elevada per això més que un text legal únic impossible el que cal és una coordinació clara de tots els nivells de producció normativa

En l'àmbit de la unificació material la idea és afavorir un sol fur per a un litigi matrimonial en la seva globalitat, però no que aquest fur sigui exclusiu. Poden existir igualment furs alternatius, però que es refereixin a tots els aspectes que es tracten un procediment matrimonial. El que afegeix complexitat és determinar un fur per a la separació i el divorci i un altre per la responsabilitat parental i així successivament amb cada matèria, que comporta al final la conseqüència negativa de dispersió de jurisdicció.

La idea primordial és que materialment s'hauria de tendir a atribuir la competència judicial internacional a un sols tribunals perquè aquests fossin els competents per conèixer de totes les qüestions ja anunciades (causes de separació i divorci, guarda i custòdia, règim de visites, aliments, etc...) sempre i quan es produeixin en el sí d'un procediment matrimonial i mantenir els furs específics per a quan aquestes qüestions es plantegin de manera separada al plet principal. Només es podria admetre mantenir en una norma separada de competència judicial per a les qüestions de liquidació del règim econòmic matrimonial en defecte de pacte i en els casos contenciosos, a través d'un fur però no massa diferent dels utilitzats en el plet principal, perquè aquesta liquidació en seu judicial provoca en l'àmbit intern un procediment diferent del de separació o divorci, encara que connex, i que coneix el mateix òrgan jurisdiccional que coneix del procediment matrimonial.

Davant d'un procediment matrimonial sense element d'estrangeria la legislació li dispensa un tractament unitari. El procediment matrimonial que recull la LEC 1/2000 parteix d'aquesta unitat de tractament (en un mateix procediment es resol sobre la

separació o el divorci, el règim de visites dels fills, la guarda i custòdia i les prestacions alimentàries pels cònjuges i fills) i només recull un procediment a part diferenciat del pròpiament matrimonial per a les qüestions de liquidació del règim econòmic matrimonial, encara que mantenint la competència judicial interna al mateix jutjat que hagi conegut o conegui de la nul·litat, separació o divorci. Si mantenim aquest esquema processal, tenint en compte que el procediment sempre es regeix per la llei del fòrum, la pràctica ens demana unes normes de competència judicial internacional adequades a aquest. La tendència seguida en els darrers anys pels reglaments comunitaris sembla lleugerament encaminada cap a aquesta visió global, però encara queden aspectes deslligats en els que encara no s'ha unificat el tractament, com per exemple el tema dels aliments i prestacions similars derivades d'un trencament matrimonial o la determinació de l'atribució del domicili conjugal. La inclusió de les obligacions alimentàries en el conveni de Brussel·les de 1968 va ser tot un avançament en el seu moment, ja que era l'únic instrument existent. Quan s'ha elaborat un text més específic dedicat exclusivament al trencament matrimonial per nul·litat, separació o divorci i les qüestions derivades de la responsabilitat parental, cal incloure-hi clarament les prestacions alimentàries lligades a aquests conflictes per tal que els tribunals competents siguin els mateixos i sobre tot perquè el tractament sigui unitari. No n'hi ha prou que per aplicació d'un reglament i altre sigui possible que els tribunals competents siguin finalment els mateixos, cal incloure el tractament d'aquestes prestacions alimentàries en el mateix text perquè només així queden recollides sense cap dubte amb una mateixa visió global del procés familiar. Només haurien de quedar per al reglament 44/2001 les obligacions alimentàries entre parents que no es demanin com a efectes d'una separació o divorci. Les úniques qüestions que es podrien recollir en una norma a part, i encara amb reserves, serien les qüestions patrimonials derivades de la liquidació del règim econòmic matrimonial.

Seguint la tendència unificadora, aquestes dues vessants haurien d'estar presents tant en els instruments normatius supranacionals, com en els de caràcter intern i en els convenis internacionals bilaterals. Aquesta normativa convencional s'ha de fer però amb una visió d'unitat i coordinació amb la normativa sobre competència judicial existent en els diferents nivells normatius que ja he assenyalat.

## **2.- Propostes normatives en l'àmbit de la competència judicial internacional.**

El mecanisme i furs fixats en els Reglaments comunitaris són vàlids i seran els aplicables en la majoria de casos, però quan calgui recórrer a la normativa interna caldria pensar unes normes de competència judicial internacional coordinades amb aquests Reglaments. Igualment s'hi haurien de coordinar les normes de competència territorial en l'àmbit intern.

Per tant, és igualment important introduir furs alternatius que possibilitin la competència dels tribunals espanyols basats en la residència habitual de cada un dels subjectes possibles i també la competència basada només en la residència habitual de l'actor per donar resposta als supòsits, per exemple, de desaparició voluntària d'un dels cònjuges i així possibilitar que els òrgans jurisdiccionals donin resposta als trencaments matrimonials també en aquests casos. Si es manté el criteri de la nacionalitat, aquest ha de ser amb caràcter accessori o subsidiari, per afavorir, per exemple, als espanyols instal·lats fora d'Espanya en cas que plantejar el litigi els sigui especialment costós o perjudicial. Fins i tot en aquests casos si el centre socio-econòmic de la família ha estat en aquest país estranger, el més lògic és que siguin també els tribunals d'aquest lloc efectiu de residència els que coneguin de l'afer. Per tant, deixar la porta oberta al criteri de la nacionalitat és correcte, però no ha de ser el criteri únic ni prioritari.

Fidel amb el criteri d'evitar la dispersió jurisdiccional aquesta normativa hauria de tenir a possibilitar que un el procediment de trencament matrimonial es tractés de manera unitària en un sol tribunal competent.

## **3.- Necessitat d'establiment d'una normativa clara en matèria de litispendència internacional.**

Davant de la manca de normativa interna que fixi clarament criteris per a determinar l'existència de supòsits de litispendència internacional s'imposa la necessitat d'un canvi legislatiu. Per tant el desitjable seria recollir normes clares per determinar quin tribunal ha conegut primer, determinant, per exemple i seguint una mica els criteris ja recollits en els Reglaments comunitaris, que el primer moment que val és el de la interposició de la demanda i que aquest es considera el moment en què aquesta s'admet per part del tribunal. El conflicte bàsic aquí és el de la notificació. No són estranys els

casos en què un dels dos cònjuges, coneixent que l'altra ha interposat la demanda i abans que se li notifiqui, es fa fonedís, impedit així la seva notificació. Mentre aprofita per presentar demanda al país d'origen que després al·legar l'existència del procés o, fins i tot, la sentència, a Espanya i oposar-se així a les peticions que aquí fa l'altre cònjuge, com a lloc de la residència habitual de la família. En aquests casos és clar que el procediment entaulat al país d'origen està buscat fraudulentament.

Aquests supòsits són difícils de suprimir únicament amb una norma jurídica. Un fre a aquest és entendre que ha conegut primer el primer jutjat o tribunal que ha admès a tràmit la demanda, sense cap defecte, encara que no s'ha notificat. El segons fre consisteix a analitzar amb detall els fets i dates que apareixen en el procés per constatar l'existència de frau o no. El fre més important però és el canvi en les legislacions dels països que dificultin l'obtenció d'una dissolució ràpida del divorci i amb uns efectes econòmics nuls o molt barats. Evidentment, l'establiment d'aquests canvis legislatius correspon als diferents estats i, per tant, en l'espera de què arribin, si és que ho acaben fent, cal recollir altres mecanismes de control.

Evidentment, l'ideal seria desplegar una política de convenis bilaterals amb els països del Magrib, que fossin realment pràctics i adequats a la realitat i que passaria evidentment per establir unes normes de competència, basades en l'existència de furs alternatius, basats en la residència habitual i que es referissin al global dels aspectes que sorgeixen en un litigi matrimonial, i després fixar amb claredat els requisits per determinar quin tribunal ha conegut primer en base a aquestes mateixes regles de competència i determinar llavors la inhibició del segon tribunal a favor del primer. Aquests requisits de litispendència que haurien d'anar centrats a part de comprovar la identitat d'objecte i de les parts, a fixar el moment exacte en què s'entén que un tribunal ha conegut en primer lloc i a determinar mecanismes per evitar el frau.

La legislació interna a la que sempre es podria recórrer davant la manca de conveni hauria de recollir requisits similars.

#### **4.- Criteris orientadors de les propostes normatives en l'àmbit de la llei aplicable.**

Crec que en l'àmbit de la llei aplicable a l'igual que podem fer amb caràcter més general, abans d'entrar en l'anàlisi més detallada i les propostes legislatives concretes s'ha de tenir present alguns grans criteris que han d'inspirar qualsevol normativa en

aquesta matèria, semblants o iguals als que predicava respecte de la competència judicial.

En aquest sentit veig igualment necessària la **Unitat de tractament de la crisi matrimonial**. Insistent en el mateix criteri ja apuntat, si quan un litigi per separació o divorci sense elements d'estrangeria té una unitat competencial i legislativa (un sol òrgan judicial competent i l'aplicació d'una sola llei al conjunt de la crisi) aquesta situació que es produeix en l'àmbit intern no té perquè trencar-se quan el litigi s'internacionalitza a partir de l'existència d'elements d'estrangeria.

En un litigi sobre separació matrimonial o divorci, la llei que s'hagi d'aplicar a aquesta ruptura és la llei que ha de regir igualment les relacions paternofilials, les prestacions alimentàries i/o compensatòries, el règim de visites, etc. Només podran estar sotmesos a una llei diferent les qüestions derivades pròpiament de la dissolució i liquidació del règim econòmic matrimonial. Igualment podran coexistir diferents lleis aplicables per quan aquestes qüestions no es plantegin conjuntament amb la separació o divorci.

L'anàlisi pràctica realitzada al llarg del treball ens porta aquesta proposta que es mostra més respectuosa amb el principi de tutela judicial efectiva.

A l'hora d'establir noves normes sobre la llei aplicable a les crisis matrimonials, la distinció s'hauria de posar no tan en les diferents figures i relacions jurídiques que apareixen en una crisi matrimonial, sinó en el fet que aquest trencament es produeix de mutu acord o de manera contenciosa, a l'estil de la distinció que sembla haver iniciat l'última redacció de l'article 107 del CC, malgrat totes les crítiques que es poden fer al mateix.

Juntament amb aquest criteri unificador també cal demanar de les propostes de nova normativa, potser encara més que quan ho deia de la normativa vigent, que orientin les noves propostes els criteris de respecte pels drets i deures de tots els ciutadans, tant dels nacionals com els estrangers i la utilització del sentit comú.

**5.- Propostes concretes de canvis legislatius respecte de la llei aplicable a les separacions o divorcis i altres figures jurídiques que suposin la dissolució del vincle o la separació legal dels esposos.**

**Llei aplicable a la separació o dissolució matrimonial que es produeix de mutu acord.**

En una separació o divorci de mutu acord es permet a les parts disposar dels efectes de la seva separació sense que es contradigui la llei.

En el darrer canvi legislatiu del divorci, encara es posa més de manifest la consensualitat d'aquest trencament, davant l'absència de cap causa expressa o taxada per a la separació o divorci.

La societat ha canviat, el món ha canviat i entenc que ja no té sentit mantenir la imperativitat estricta de segons quines normes. Si es permet a les parts que dintre d'uns límits decideixen lliurement separar-se o divorciar-se, qui es queda la guarda i custòdia dels fills, quines pensions alimentàries es passen, què passa amb el domicili conjugal i un llarg etcètera de qüestions, perquè no han de poder les parts decidir que la llei que reguli aquestes qüestions sigui una llei diferent a l'espanyola quan hi ha un element d'estrangeria?

L'àmplia mobilitat de tots els estrats socials en un món globalitzat fa que perdin sentit la necessitat de posar traves a aquesta elecció. Perquè els estats han de continuar regint de manera rígida les qüestions familiars quan les famílies avui en dia són més obertes i més diverses?

Evidentment, que hi ha d'haver-hi uns mínims però aquests mínims estan en el respecte als drets humans que inspiren al nostre ordenament i, per tant, en conseqüència en el respecte dels drets i llibertats fonamentals recollits a la Constitució. En un procediment de mutu acord igual que el Ministeri Fiscal comprova que el pacte entre els progenitors no perjudiqui al menor, també es podria introduir el control sobre el fet que la llei aplicable que les parts estant escollint i en base a la qual fonamenten els seus pactes no sigui contrària als drets i llibertats constitucionalment reconeguts.

En un procediment de mutu acord les parts podrien escollir la llei aplicable a la seva separació i divorci o fórmula jurídica de dissolució del vincle equivalent amb l'obligació que juntament amb la demanda i el conveni regulador s'aportés

la prova del dret estranger, per tal que l'òrgan jurisdiccional pogués valorar la seva adequació constitucional o no, per tal de llavors poder aplicar o no l'excepció d'ordre públic. Per ajudar en aquesta tasca es podria introduir una clàusula especial d'ordre públic, millorant, per exemple, la redacció introduïda en el nou redactat de l'article 107 del CC.

L'introducció de l'autonomia de la voluntat, ni que sigui limitada, es compagina millor també amb els sistemes de mediació familiar que es van estenent i potenciant. Els cònjuges, respectant sempre els límits de l'ordre públic podran arribar a acords sobre qüestions i figures que no contempla la legislació espanyola però si la seva llei personal.

#### **b) Llei aplicable a la separació o dissolució matrimonial contenciosa.**

En els procediments de separació i divorci contenciosos l'elecció de la llei aplicable perd sentit. Si les parts no han arribat a cap acord i han d'acabar davant de l'òrgan jurisdiccional perquè resolgui el litigi de fons, és indiferent que les parts s'hagi posat d'acord amb la llei aplicable. Imaginem el cas de dos marroquins que tots dos demanen l'aplicació de la seva llei nacional, però que discrepen en els drets que aquesta llei personal els hi dona. Tots dos al·legaran i provaran aquesta llei estrangera i el jutge espanyol haurà d'analitzar la prova i determinar si creu que el dret estranger es pot aplicar i no vulnera el nostre ordre públic intern, per després aplicar aquest dret estranger al litigi concret a favor de les pretensions d'una o altra part. Què aportaria el fet que els dos acordessin que s'ha d'aplicar la llei estrangera? En la nostra legislació actual res perquè la norma de conflicte remet ara per ara a la llei nacional comú que només pot ser descartada si es produeixen algun dels supòsits que determina la clàusula especial d'ordre públic. Per tant, aquesta comprovació de l'òrgan jurisdiccional sobre la llei aplicable i la seva adequació o no a l'ordre públic s'hauria de fer igual encara que tots dos en el seu escrit de demanda i en el de la seva contestació manifestessin estar d'acord amb que s'apliqui el dret estranger. Aquesta elecció només tindria sentit si, per exemple, la norma de conflicte determinés imperativament l'aplicació de la llei espanyola com a llei de la residència, l'elecció per part dels litigants permetria així l'aplicació d'una llei personal que la norma de conflicte no permet. És aquesta la situació desitjable?

Per respondre a aquesta pregunta el que cal que tinguem clar primer és quin ha de ser el criteri per determinar la llei aplicable, si la nacionalitat o la residència i si cal algun element més afegit.

L'element clau per fixar aquest criteri de manera més o menys objectiu pot ser el la residència habitual a Espanya de manera estable ininterrompuda durant un temps prudencial abans de presentar la demanda. És evident que el fet d'haver residit de manera més o menys estable a Espanya per un període de temps més o menys llarg no determina per si sol el grau de vinculació a la societat d'acollida. Però aquest llarg temps de residència sí que implica en la majoria dels casos un munt de relacions jurídiques nascudes i desenvolupades sota les lleis de l'estat d'acollida. Aquest cert temps de residència estable i continuada en el temps, comprovable de manera objectiva afavoriria un millor tractament dels litigis matrimonials per part dels operadors jurídics espanyols i al seu torn comportaria una resposta aparentment més adequada a la realitat dels litigants immigrants llargament establerts en aquest país, perquè els dotarien de respostes jurídiques vàlides i utilitzables en el seu entorn social més immediat, sense quedar demandes sense resoldre, o donar respostes poc pràctiques com hem vist que passava en la pràctica diària dels jutjats.

Si aquest criteri de la residència habitual continuada fos el sistema conflictual que finalment es recollís és quan té lògica la pregunta: Haurien de poder llavors aquests litigants magribins establerts durant molt de temps a Espanya i encara que el procediment sigui contenciós escollir com a llei aplicable la llei del seu país d'origen encara que faci ja molts anys que no hi viuen? Hauria llavors el jutge espanyol de discernir sobre les seves discussions aplicant una llei estrangera que en principi no està obligat a conèixer?

Els defensors de l'autonomia de la voluntat plena dirien que sí i que, a més, aquesta postura fonamenta realment la interculturalitat, en canvi les posicions més ancorades en posicions conservadores ho negarien amb rotunditat.

Per salvar la voluntat de preservar la seva identitat personal o religiosa, la solució seria simplement en l'estat actual remetre a aquests litigants als tribunals del seu país d'origen, que per nacionalitat sempre són competents. Aquests litigants malgrat no haver-se posat d'acord amb els efectes concrets del seu divorci poden estar d'acord en què se'ls hi apliqui la seva llei personal quan la llei de conflicte els remet a la llei espanyola per haver residit aquí durant dos



anys o més. Prescindint dels tribunals espanyols, poden tornar al seu país d'origen, per discutir i fonamentar allà les seves posicions i aconseguir així el divorci i després demanar-ne el reconeixement i execució a Espanya, si és que realment els interessa aquest reconeixement.

Aquesta opció no és el més desitjable perquè comporta el permanent manteniment de dos tribunals competents: un per raó de la residència i un altre per raó de la nacionalitat i davant la manca d'una legislació actual clara sobre litispendència i cosa jutjada, suposa la possibilitat de tenir dues resolucions paral·leles en dos estats diferents. (sempre podria passar que el cònjuge no content amb la solució que li dona el tribunal del país d'origen decidís plantejar demanda a Espanya, davant d'uns tribunals que serien competents per raó de la residència habitual).

Aquesta opció de tornar a l'estat d'origen per aconseguir el trencament del vincle segons la seva llei personal es també poc pràctica quan hi ha fills menors residents i escolaritzats a Espanya i quan els cònjuges han desplegat a Espanya relacions jurídiques diverses, perquè en aquests casos els conflictes sobre pensions i règims de visites no es solucionen amb una sentència estrangera que caldrà executar a posteriori per fer complir a Espanya que és precisament el país on viuen i on caldrà complir el règim de visites i pagar les pensions.

La introducció de la autonomia de la voluntat en aquests casos podria semblar el criteri més lògic, però entenc que amb una certa limitació.

És cert que el nostre sistema matrimonial i de divorci tendeix cada vegada més a un sistema consensual on preval la voluntat de les parts. Comparteixo aquesta tendència i la valoro positivament perquè sovint el que pacten les parts els hi és més proper i ho accepten millor que solucions imposades de fora. Ara bé, no tot els trencaments matrimonials són pacífics. Hi ha sovint fills menors que són els que més protecció necessiten i qüestions que necessiten d'una mínima regulació precisament perquè no es produeixin situacions claudicants.

L'aplicació de la llei estrangera sense més pot produir situacions de desfavoriment i perjudicials sobretot per a dones i fills. Tendir a una societat intercultural no vol dir permetre tot tipus de conductes, ni situacions de discriminació, ni pèrdua d'uns drets que en el nostre país han costat molts anys i molt d'esforç d'aconseguir. En les societats magribines s'han produït des de fa temps com és el cas de Tunísia o més recentment com el cas del Marroc,

reformes inspirades en els principis islàmics però que avancen cap a el respecte dels drets fonamentals de les persones i tendeixen a eliminar la discriminació per raó del sexe. Potser aquesta és una bona solució en un futur, però és difícil esperar que tots els altres països del món segueixin aquest camí. Per tant, s'han d'introduir mecanismes que pugui servir en tots els casos.

Des d'aquesta premissa, malgrat que es permeti l'elecció de llei aplicable, sempre ha d'existir un control de la seva adequació a l'ordenament de l'estat d'acollida. Per tant, la solució podria ser que la norma de conflicte recollís el criteri d'aplicació de la llei espanyola sempre i quan els litigants hagin residit a Espanya durant els dos anys immediatament anteriors a la presentació de la demanda.

Si no hi ha residència habitual comú a Espanya durant els dos anys immediatament anteriors a la presentació de la demanda, la llei aplicable seria la de la residència habitual comú durant el mateix temps. Sinó hi ha residència habitual comú durant aquest temps, seria la de l'última residència habitual comú del matrimoni.

Si es vol evitar el frau, l'únic que cal en aquest casos es demanar proves de la residència habitual a l'igual que en el cas de l'aplicació de les normes de competència judicial.

Establint-se, doncs, com a criteri bàsic el de la residència habitual es podria llavors permetre a les parts que poguessin pactar l'aplicació de la seva llei d'origen sempre que poguessin provar que aquesta llei no és discriminatòria ni atempta als drets bàsics reconeguts al nostre ordenament jurídic, introduint una clàusula especial d'ordre públic similar a l'actual "no s'aplicarà la llei estrangera quan aquesta llei estrangera no permeti la separació o el divorci o una altra forma de dissolució del vincle no discriminatòria o quan malgrat recollir alguna d'aquestes figures ho faci de manera discriminatòria per alguna de les parts o vulnerant alguns dels drets fonamentals recollits a la constitució tant respecte dels cònjuges com respecte dels fills del matrimoni." En aquests casos la càrrega de la prova per a determinar la adequació de la llei estrangera a l'ordre públic i del contingut de la mateixa recauria en les parts que volen la seva aplicació. Així es podria donar cabuda a lleis foranes d'inspiració islàmica però que han fet una adaptació o evolució que les fa compatibles amb els principis fonamentals dels nostre ordenament jurídic.

**c) Llei aplicable a les mesures prèvies urgents i a les coetànies.**

Les mesures prèvies urgents i coetànies a la demanda van íntimament lligades a la demanda principal i en principi els hi hauria de ser aplicable la mateixa llei. Ara bé, si el fonament real d'aquestes mesures és donar una resposta ràpida davant de situacions de necessitat o de perill, el tema de la necessitat d'aplicació de la llei estrangera i la seva necessitat d'acreditació o prova ha de quedar en un segon terme. El que ha de prevaler és donar una resposta ràpida i urgent. Per tant, entenc que la proposta legislativa hauria d'anar encaminada en el següent sentit.

La resposta legal hauria de ser la mateixa prevista en el cas anterior (residència habitual continuada a Espanya durant 2 anys, subsidiàriament la llei de la darrera residència habitual comú), però en el cas que la llei a aplicar fos una llei estrangera i aquesta no pugui ser provada adequadament per les parts en el moment de plantejar la demanda de mesures urgents, s'aplicarà directament la llei espanyola per a resoldre aquestes mesures, precisament per donar la protecció urgent que es busca amb les mesures sol·licitades. Aquest entenc que hauria de ser el cas de les mesures civils que s'acorden en una ordre de protecció a favor de les víctimes de violència domèstica. El fet que s'adoptin en aquest àmbit no ha de fer oblidar l'element d'estrangeria existent per a les qüestions civil, però la protecció urgent sol·licitada no pot quedar supeditada a la pràctica de la prova sobre la llei estrangera, impossible de dur a terme si més no ara per ara amb els mitjans existents en els jutjats que han de decidir sobre les ordres de protecció sol·licitades, en un termini molt curt. Si en aquest termini no hi ha de fet ni possibilitats de portar proves sobre les condicions econòmiques de la família, que es valoren en funció de les declaracions dels dos cònjuges, més difícil, per no dir impossible, serà aportar proves de la legislació estrangera aplicable. En aquesta situació la llei a aplicar ha de ser clarament l'espanyola.

**d) La llei aplicable als efectes de la separació o divorci o dissolució matrimonial:**

Hauria de quedar clar que quan qüestions com les relacions paternofilials, les prestacions alimentàries, compensatòries o indemnitzatòries o de contribució a les càrregues del matrimoni sorgeixen dintre d'un procediment de separació o

divorci o dissolució matrimonial, la llei aplicable a les mateixes, ha de ser la mateixa llei que regeix aquest trencament matrimonial.

Només cal que hi hagi normes de conflicte específiques quan aquestes qüestions, per exemple, sorgeixen per separat o quan no es demanda específicament el trencament del vincle matrimonial i només es reclamen, per exemple, aliments.

Per tant només caldria aplicar aquest mateix criteri a les relacions paternofilials.

Només cal un tractament diferent a la dissolució del règim econòmic matrimonial pròpiament tal. La diferència de tracte rau en el fet que sovint el règim econòmic matrimonial es regeix sovint per una llei que no és la de la residència en el moment de la demanda, ja que aquest s'ha constituït a partir de l'aplicació d'altres criteris. Per tant, si el matrimoni es regeix per un règim matrimonial específic que no correspon amb el règim del lloc de residència seria lògic que aquest es dissolgués per aplicació de la mateixa llei sota el que es va constituir.

Per altra banda, l'autonomia de la voluntat sempre present en l'establiment del règim matrimonial i la possibilitat de fixar i establir pactes concrets d'acord amb la llei nacional dels cònjuges, la que regeixi els seus efectes o la de la residència habitual, fa que s'hagi d'admetre també la possibilitat de fixar pactes en el moment de la seva dissolució basats en l'aplicació d'algunes d'aquestes lleis esmentades.

El problema es complica en el cas dels magribins on pròpiament no existeix un règim econòmic matrimonial i on tradicionalment ha regit l'estricta separació de bens. La possibilitat de compensacions econòmiques entre els cònjuges com a conseqüència de la liquidació del patrimoni o relacions en comú, entenc que s'han d'englobar sota la llei d'acord amb la que es van constituir, possibilitant l'entrada de criteris anàlegs per pal·liar possibles casos de greu perjudici a una de les parts. L'establiment de pensions compensatòries, indemnitzatòries o alimentàries com a causa del trencament del matrimoni, crec que han de quedar englobades en la llei aplicable a la separació o divorci. Seguint el criteri ja establert a l'article 8 del Conveni de la Haia de 2-10-1973 relatiu a la llei aplicable a les obligacions alimentàries.

- e) **La llei aplicable als litigis de família derivats del trencament de parelles de fet.**

En aquests casos crec que el criteri també hauria de ser el mateix la residència habitual durant un temps continuat en el país d'acollida. La complexitat és més gran en aquests casos perquè sovint en els països d'origen no es reconeix aquesta forma de convivència i, per tant, si la darrera residència habitual ha estat fora d'Espanya, la persona demanant es podria trobar sense una resposta legal al seu problema. Per tant, en els casos de parelles de fet crec que es bo separar ara per ara els diferents efectes que es demanen i garantir així la resposta jurídica en cada cas.

D'aquesta manera a les relacions respecte els fills menors s'ha d'aplicar la llei aplicable a les relacions paternofilials, que entenc que s'hauria de regir pel criteri de la residència habitual del menor, introduint sempre en aquests casos el principi del *favor filii* per perseguir la protecció dels menors utilitzant si cal criteris analògics o teleològics sobretot en espera de canvis legislatius i podent aplicar sempre l'excepció d'ordre públic si la llei designada no és l'espanyola i aquesta vulnera els drets fonamentals dels menors. Aquest supòsit potser és difícil en el cas dels magribins perquè si la legislació del país d'origen no reconeix la convivència fora del matrimoni el fill nascut d'aquesta difícilment tindrà la nacionalitat del pare i, per tant, la llei a aplicar serà també l'espanyola, fins i tot amb la legislació vigent actualment.

La possibilitat d'introduir l'aplicació de la llei de la nacionalitat hauria de ser possible en els casos en què es produeix un acord transaccional ja iniciat el procediment, podent comprovar el tribunal l'adequació o no el nostre ordre públic intern a partir de la prova que haurien de portar totes dues parts. En el cas dels magribins aquesta opció té poc sentit si les legislacions no reconeixen legalment les parelles de fet, ni tan sols els fills d'aquestes.

**f) La necessitat d'introducció de criteris extrajurídics com a tancament del sistema de determinació de llei aplicable proposat.**

No tots els supòsits queden solucionats amb les propostes formulades fins ara perquè el tema de fons és força complex. La majoria dels matrimonis hem vist que es celebren al país d'origen en aplicació de la seva normativa, matrimonis als que donem validesa. Aquests matrimonis també tenen els seus efectes i més

quan es permeten, per exemple, clàusules annexes al contracte matrimonial establint drets i condicions específiques.

Per tant en aquesta situació tenim matrimonis celebrats i que han desplegat els seus efectes segons la llei del país d'origen i que, en canvi, quan arriba la seva dissolució a Espanya s'hauria de regir per la llei espanyola si porten més de dos anys residint ininterrompudament aquí.

El problema és fàcil d'imaginar: quin tractament es podrà donar a qüestions com, per exemple, la reclamació del dot o el tractament a donar a altres pactes que hagin pogut recollir com per exemple els que es recullen permeten el treball o els estudis a la dona o altres similars per evitar situacions discriminatòries cap a l'esposa.

Si són qüestions lligades estrictament al règim econòmic matrimonial que s'ha constituït segons la llei estrangera sense existència de pactes expressos recollits pel cas de dissolució, s'haurà d'aplicar aquesta llei estrangera també en la seva dissolució o liquidació.

Si els dos cònjuges volen que se'ls apliqui la llei estrangera en el moment de la dissolució del matrimoni, hauran de provar-ne la seva adequació a l'ordre públic espanyol. Sinó hi ha acord sobre aquest punt la llei a aplicar serà l'espanyola, com a llei de la residència habitual en els termes ja exposats.

En qualsevol d'aquests casos ni la determinació de la llei de la residència ni la de llei de la nacionalitat permet donar resposta en tots els casos perquè sempre poden quedar qüestions sense resposta. Per evitar, doncs, postures encaixonades en perjudici del justiciable i per tancar o millorar qualsevol sistema conflictual es pot recórrer a l'analogia i es poden també introduir mecanismes no estrictament jurídics que utilitzen per exemple les teories ja formulades per altres autors i tribunals en dret comparat com la teoria alemana dels dos esglaons o la del Dret Internacional ocult formulada per H-U Jesurum d'Oliveira. Així es pot donar resposta als conflictes concrets que es presentin i que aplicant la estricta norma de conflicte sobre els mateixos pogués resultar un clar perjudici per a alguna de les parts o no donar-hi resposta, sempre i quan s'apliquessin d'aquesta manera normes que no fossin contràries al nostre ordenament en els termes ja exposats.

No es tracta de deixar sense efecte el sistema conflictual proposat sinó introduir mecanismes de correcció per pal·liar aquelles conseqüències no buscades que ni

el millor dels sistemes conflictuals, ni el recurs generalitzat a l'autonomia de la voluntat, poden evitar.

Evidentment, recollir aquesta possibilitat basada en altres consideracions no únicament jurídiques en un text legal és molt difícil i només penso que és possible introduir clàusules generals fent referència a l'ús de l'analogia malgrat la imperativitat de la norma de conflicte o la interpretació teleològica, però de fet no caldria una norma jurídica expressa si realment es fes un canvi d'actitud i es permetés una actitud més flexible dels òrgans judicials i una actitud més oberta de tots els operadors jurídics.

## **6.- El més necessari: un canvi en el tractament legal i pràctic de la prova del dret estranger.**

### **a) Necessitat d'introduir canvis legislatius en la càrrega de la prova.**

D'acord amb el sistema conflictual que proposo, en la majoria de casos la norma de conflicte remetria a la llei espanyola, però també s'introdueix la possibilitat d'acordar l'aplicació de la llei nacional comú i, per tant, llei estrangera amb la obligació de provar aquesta llei estrangera i també la seva adequació a l'ordenament jurídic intern. Per tant, cal introduir també canvis legislatius en la imposició de la càrrega de la prova. En aquesta situació s'ha de provar el dret estranger i que l'aplicació que pretenen d'aquest dret, no és contrària al nostre ordre públic intern en el sentit anunciat en la clàusula especial d'ordre públic que es proposa. La càrrega de la prova s'ha de distribuir en funció dels casos. Quan es tracta d'aplicar el dret estranger perquè les parts pacten que és la llei estrangera com a llei aplicable, és a aquestes parts que els hi correspon provar el dret estranger que escullen i invoquen i provar la seva adequació al nostre ordre públic. Els òrgans judicials podran ajudar o complementar la prova i respondre sempre a l'auxili que li puguin demanar les parts. En els casos en què l'aplicació de la llei estrangera s'aplica per imperatiu de la norma de conflicte la prova del dret estranger i la seva adequació o no al nostre ordre públic intern correspon no només a la part que la invoqui sinó també a l'altra part i al ministeri fiscal i al propi òrgan jurisdiccional.

Si aquesta llei estrangera no s'aconsegueix provar s'haurà d'aplicar la llei espanyola. Si la llei estrangera que es prova demostra que no és contrària a

l'ordre públic s'aplicarà aquesta llei estrangera. En aquest sentit, s'hauria de permetre aplicació parcial de la llei estrangera o amb la interpretació adequada als criteris fonamentals del nostre ordenament d'acord amb el criteri d'obertura imaginatiu proposat. Això seria possible a partir d'una bona prova del dret estranger. Si els òrgans jurisdiccionals coneixen adequadament la llei estrangera poden determinar també com aplicar-la i com interpretar-la sense vulnerar els nostre ordenament.

Si la llei estrangera que es prova es demostra com a contrària a l'ordre públic s'haurà d'aplicar la llei espanyola.

El Ministeri Fiscal també ha d'assumir la càrrega de prova quan li correspongui si aquest ministeri públic al·lega i pretén que la legislació invocada es contrària al nostre ordenament perquè vulnera alguns dels punts esmentats a la clàusula específica d'ordre públic, li correspondrà igualment provar-ne aquesta inadequació i aportar els mitjans de prova que consideri oportuns en la seva defensa. Si el Ministeri Fiscal invoca el dret estranger com a aplicable perquè entén que és aquest dret l'aplicable per aplicació de la norma de conflicte li correspon també provar-lo en les mateixos termes que les parts i amb independència del dret que aquestes invoquin com a dret aplicable.

Donat la situació amb l'actual legislació conflictual, encara que no es produís un canvi legislatiu en matèria de llei aplicable, sí que s'hauria de tendir a un canvi de la càrrega de la prova el sentit apuntat: corresponsabilitat dels òrgans jurisdiccionals i del ministeri fiscal, en no tractar-se d'un simple fet a provar per les parts i sobretot donat el caràcter imperatiu de la norma de conflicte. Havent-se de mantenir igualment l'aplicació del dret espanyol en cas de no aconseguir provar aquest dret estranger, malgrat haver-hi posat tota la diligència.

#### **b) La creació de nous instruments de prova del dret estranger.**

D'acord amb la càrrega de la prova que es demana a tots els operadors jurídics i a les diferents parts, no poden cap d'ells continuar actuant com fins ara, sovint amb un gran desconeixement del contingut real de la llei estrangera i amb uns mitjans i mecanismes de prova rígids i desfasats. Per contra cal que tots ells tinguin mecanismes àgils per provar les seves pretensions o per aplicar la llei o realitzar el control d'excepció d'ordre públic.



Les darreres sentències del Tribunal Constitucional, sobretot una d'elles al valorar com a més respectuosa amb el dret a la tutela judicial efectiva l'aplicació del dret espanyol davant la manca de prova del dret estranger, han possibilitat una aplicació bastant generalitzada del dret espanyol davant de casos amb dificultat de prova del dret estranger i això a estat una bona solució pràctica per a molts justiciables. Aquesta però no hauria de ser la posició desitjable i només hauria de quedar reduïda als casos d'impossibilitat extrema de prova. L'ideal hauria de ser tenir uns mecanismes de prova del dret estrangers, fàcilment assequibles i fiables.

**c) La creació d'un organisme consultiu que aglutinés la prova del dret estranger.**

En aquest sentit, el millor seria l'existència d'un organisme públic, depenent del Ministeri de Justícia, que tingués un recull extens i actualitzats de les diferents legislacions estrangeres, i pogués facilitar-ne a les parts a un cost reduït o previ abonament anual raonable als professionals del dret, el seu contingut, la seva vigència i la seva traducció a tots els operadors jurídics per via telemàtica. D'aquesta manera amb un temps breu tots els intervinents en un litigi tindrien l'accés directe i fiable a la legislació estrangera. En aquesta font es podrien recolzar les pròpies parts quan pretenen demostrar l'adequació de la norma al nostre ordenament jurídic i també els òrgans jurisdiccionals i el Ministeri Fiscal a l'hora de fer la seva valoració.

Podria ser una alternativa l'admissió de reculls ja existents o ja editats i publicats per institucions privades o públiques que continguin el text exacte de diferents lleis estrangeres, prèvia homologació d'aquests reculls o publicacions pel Ministeri de Justícia. Aquesta opció, però, en primer lloc no garanteix l'accés a tots els justiciables si només es pot tenir accés al mateix a través de subscripcions molt cares. Si no hi ha cap organisme espanyol que tingui reculls d'aquest estil s'hauria de recórrer a editorials o organismes estrangers, que no solucionarien el problema de la traducció i que dificultarien encara més l'homologació dels mateixos per part del Ministeri de justícia espanyol.

També es podrien admetre com a prova aquells reculls, estudis jurídics i altres publicacions sobre els diferents drets estrangers i en concret magribins, contingudes en obres editades per entitats de reconegut prestigi com ara

Universitats, Col·legis Professionals o Administracions Públiques, sempre que es pogués acurar pel secretari judicial l'original d'aquestes publicacions.

Els mecanismes d'informació sobre dret estranger previstos en alguns convenis bilaterals, no són suficients, perquè haurien de ser més àgils i haurien de permetre l'accés de tots els operadors i no només als òrgans jurisdiccionals. Aquests sistemes previstos en convenis poden servir per omplir i complementar el recull que hauria de tenir l'esmentat organisme públic.

**d) Admetre mitjans de prova amplis per determinar l'aplicació del text legal estranger en la realitat social.**

Aquest organisme esmentat, en qualsevol cas, només ens donaria el text legal tal i qual està vigent, la interpretació i aplicació del mateix en un sentit o en un altre hauria de recaure en les pròpies parts litigants i també en els propis òrgans jurisdiccionals i el Ministeri Fiscal. En aquest sentit, s'ha de defugir de la clàssica prova dels dos juriconsults estrangers i admetre tots els mitjans de prova possibles no estrictament jurídic, perquè sovint en el cas dels països magribins la inadequació de la llei al nostre ordenament no prové tant del propi text legal com de la seva aplicació social. En aquest sentit, haurien d'admetre's informes emesos per professionals reconeguts tant estrangers com espanyols, estudis i informes ja publicats i, fins i tot, documents que estiguin publicats únicament en format telemàtic via internet amb la comprovació de l'existència de la pàgina web i de la institució o persona a la que pertany amb certificació del secretari judicial. Igualment, possibilitar la emissió de dictàmens pericials amb exposició en l'acte del judici si calgués, per part de sociòlegs i antropòlegs que ajuden a determinar l'aplicació social de la llei.

Des d'aquesta perspectiva seria ideal poder acreditar o homologar com a fiables pel Ministeri de Justícia, organismes o institucions que es dediquin especialment a l'estudi de temes sobre immigració o cooperació internacional, de l'estil, per exemple, de l'Institut Europeu de la Mediterrània, el CIDOB, etc... D'aquesta manera es podria facilitar també un accés via telemàtica a les fonts d'aquests organismes a la que poguessin accedir els òrgans judicials i dels diferents professionals i que la referència als mateixos pogués ser així fàcilment comprovable per el secretari judicial i així fos prova segura i fiable.

També s'haurien d'admetre pàgines web d'organismes estrangers ja siguin administracions públiques, universitats, o institucions independents de reconegut prestigi o solvència, l'existència de les quals i de contingut extret es podria també comprovar i certificar pel secretari judicial.

En qualsevol cas, no hauria d'haver-hi mai una llistat tancada o obligatòria de mitjans de prova admissibles per acreditar i provar el dret estranger. S'ha d'exigir una prova del dret estranger fidedigna, però no impossible o molt costosa econòmicament.

## **7.- Necessitat d'aplicar el contingut material del dret d'assistència jurídica gratuïta per possibilitar una tutela judicial efectiva real.**

### **a) Necessitat de sistemes de traducció de documents a cost reduït.**

En primer lloc, es posa de manifest la necessitat de traductors en els diferents òrgans judicials. La pràctica ha fet que el recurs a traductors en els diferents actes judicials a realitzar de manera oral sigui habitual i sense cost pel justiciable que té reconegut el dret a l'assistència jurídica gratuïta. Així, en les vistes dels litigis familiars ja és habitual i normal que els litigants declarin amb la intervenció d'un traductor degudament habilitat.

Com sempre, aquest punt que és important no ho soluciona tot. Les traduccions orals queden incloses sense cap problema. Això ha estat una necessitat que ha imposat la pràctica, perquè evidentment poder entendre al litigant i que aquest pugui expressar-se de manera entenedora és una necessitat imprescindible per al desenvolupament del judici, no només per garantir el dret de defensa dels justiciables i no causar-li indefensió, sinó per tal que l'acte judicial es pugui desenvolupar de manera mínimament coherent.

El problema continua existint en les traduccions de documents. No hi ha cap mecanisme previst, ni està expressament inclòs en l'àmbit de la llei d'assistència jurídica gratuïta que es pugui accedir a un sistema de traducció de documents de manera gratuïta o amb un cost reduït. En aquest sentit, seria tan fàcil com incloure una clàusula semblant a la recollida en el cas de les despeses de registres públics que tenen una reducció d'aranzels o d'honoraris. El problema en aquest cas és que no hi ha un organisme públic que pugui realitzar aquestes traduccions de manera generalitzada i, per tant, una norma semblant a

la continguda en la llei respecte dels registres s'hauria d'aplicar a tots els professionals que es dediquin a la traducció ja sigui jurada o no.

Aquesta és una necessitat bàsica per a l'aportació al litigi de certificats de matrimoni, o sentències dictades als països d'origen o altre tipus de documents públics de tota mena provinents dels països d'origen.

**b) Necessitat de mecanismes dintre de l'àmbit material del dret d'assistència jurídica gratuïta per aportar al plet la prova del dret estranger.**

Mentre no hi hagi un nou sistema de prova del dret estranger, la traducció continua essent fonamental i malgrat les propostes fetes, la traducció de certs documents podria continuar essent necessària. Normalment aquestes traduccions són econòmicament molt costoses. Quan es tracta d'aportar lleis estrangeres, la llargada dels documents dispara el cost de la traducció. És en aquest punt on la necessitat d'una traducció a costos reduïts és més necessària que mai.

Igualment mentre no hi hagi una nova configuració de la prova del dret estranger caldria garantir des del dret a l'assistència jurídica gratuïta, l'accés a l'obtenció d'aquesta prova.

En aquest sentit, donat la complexitat en l'accés a aquesta prova i per evitar la desigualtat en la que es poden trobar els justiciables sense recursos, s'han d'aplicar diferents criteris. L'anomenat caràcter de *textura oberta* que té el sistema de prova del dret estranger en l'ordenament jurídic espanyol ho possibilita. El primer cal ser més obert en l'acceptació de mitjans de prova sobre dret estranger, conclusió aquesta necessària respecte de tots els litigants però encara més respecte dels que litiguen d'ofici. En segon lloc, utilitzar més que mai els mecanismes que té el propi tribunal per completar o, fins i tot, aportar a judici el dret estranger, via convenis existents o consultes a Consolats o altres organismes als que les parts no tenen accés i tercer introduir de manera clara que la impossibilitat econòmica d'accés a la prova del dret estranger sigui ja suficient per a la aplicació del dret espanyol.

Si prospera una nova normativa sobre aplicació del dret estranger amb l'establiment d'aquests organismes unificats d'accés per part de tots els operadors jurídics, si s'estableix un cost per a l'accés als mateixos aquest hauria

de ser nul o reduït en el cas dels litigants amb el dret d'assistència jurídica gratuïta.

La posada amb marxa del nou sistema de llei aplicable descrit, necessitarà també d'un nou sistema de cobertura del cost de la prova del dret estranger dintre del dret d'assistència jurídica gratuïta perquè, sinó en el cas que un matrimoni sense recursos decidís que vol aplicar la seva llei nacional, no podria mai provar que aquesta s'adequa al nostre ordre públic, produint-li una clara vulneració del seu dret a la tutela judicial efectiva.

## **8.- Propostes necessàries en l'àmbit del reconeixement i execució.**

En l'àmbit del reconeixement i execució també s'hauria de tendir a la unificació de criteris jurídics tant interns com internacionals per facilitar el reconeixement i execució de manera conjunta de tots els pronunciaments que es contenen en una resolució en matèria matrimonial. La lluita contra la dispersió i la disgregació també s'ha de produir en aquest àmbit.

Potser la millor tècnica legislativa en aquest àmbit és la tècnica convencional, però feta de manera adequada. En primer lloc, potser sí que cal tendir a convenis específics per a la matèria matrimonial, però que no es limitin sols al reconeixement de la resolució respecte el vincle matrimonial, sinó que afectin a totes les qüestions que sorgeixen en un litigi familiar, la guarda i custòdia, el règim de visites, les prestacions d'aliments pels fills i cònjuges, l'atribució del domicili conjugal etc.

L'exemple dels convenis amb el Marroc i Tunísia posen en evidència aquesta realitat. El conveni amb el Marroc té la dificultat que no és un conveni pensat exclusivament pel reconeixement de les resolucions en matèria de separació i divorci i el conveni amb Tunísia que guanya en concreció limita el seu camp d'acció amb unes normes de competència molt restrictives.

És bona, doncs, la concreció per la matèria, però aquesta especialització hauria de ser una avantatge respecte de la situació general a manca de conveni o de conveni no específic i no una restricció de les possibilitats que dona el règim general.

La poca incidència pràctica que pot tenir el conveni amb Tunísia posa de rellevància aquest fet.

L'ideal en una perspectiva de futur seria l'existència d'uns convenis bilaterals específics per la matèria amb els països magribins que agafessin el que tenen de bo els textos actualment en vigor.

Paral·lelament els respectius estats haurien de participar en convenis internacionals específics per raó de la matèria, com molts dels convenis ja existents i en tot cas deixar els convenis internacionals bilaterals sempre per millorar i no empitjorar la situació general establerts pels convenis multilaterals.

Mentre aquests sistema global no arriba i és difícil que ho faci, cal estar pendent sempre dels diferents instruments legals que existeixen a l'hora de demanar el reconeixement i/ execució d'una resolució estrangera, ja que el sistema a aplicar vindrà determinat per el país de procedència de la resolució no per la nacionalitat de les parts.

#### **9.- Actuació analògica i imaginativa necessària dels operadors jurídics sense produir-se canvis legislatius.**

Mentre els canvis legislatius no arriben en els diferents camps apuntats, en els processos familiars amb litigants magribins els operadors jurídics que intervenen han de saber actuar en conseqüència. En primer lloc, s'han d'adonar de l'element d'estrangeria existent en el cas i intentar determinar quines són les normes sobre competència judicial aplicables. La complexitat i l'existència de diferents normes sobre la qüestió no ajuda a la pràctica diària i més a uns operadors jurídics pocs habituats fins fa poc als litigis amb elements d'estrangeria. Aquesta situació demana la utilització d'arguments diversos a favor del dret a la tutela judicial efectiva dels litigants. Tant perjudicial és desestimar la competència per a una interpretació molt estricta de la llei, com admetre-la sense ni tan sols plantejar-se que uns altres tribunals poden ser competents. Els arguments jurídics que s'utilitzin en espera d'una legislació millor, que potser mai arriba, han de ser correctes i coherents, però per ser-ho no cal que sigui sempre estrictes i encaixonats dintre de disposicions legals ancorades en el passat. Sovint els canvis legislatius són necessaris però també són possibles altres aplicacions menys estrictes sense vulnerar la legislació vigent, ni la seguretat jurídica i en aquesta tendència han d'anar crec tots els operadors jurídics. Evidentment, per desenvolupar aquesta actitud cal un coneixement profund de la normativa vigent, però també cal una anàlisi del conflicte que es presenta buscant quina és la demanda real dels litigants i tenir els coneixements necessaris per saber si aquesta demanda pot ser resposta en condicions de justícia acceptables per part

dels tribunals del país d'origen. Això implica conèixer el funcionament real i pràctic de la justícia d'aquests països. Aquests elements en el cas dels magribins, amb un sistema legal diferent al nostre, inspirat en unes normes religioses i desenvolupat en el marc d'unes societats marcadament patriarcals es fa més necessari que mai i no només en l'àmbit de llei aplicable, sinó també en l'àmbit de la competència judicial. Aquest coneixement de fons ha d'evitar el reconeixement de situacions basades en frau de llei i tendir quan l'àmbit socio-econòmic de la família (cònjuges i fills) està a Espanya, a admetre amb caràcter general per a totes les qüestions que es derivin en el moment del trencament matrimonial a la competència dels tribunals de lloc de la residència habitual, criteri igualment aplicable quan estiguem davant del trencament d'una parella de fet. Igualment mentre no hi ha un canvi legislatiu, cal ser també imaginatiu i aplicar, per exemple, interpretacions teleològiques o analògiques utilitzant el sentit comú i analitzant amb rigor les possibles actuacions fraudulentament, per donar una resposta ajustada a dret als diferents litigis familiars entre magribins. En el camp de la prova del dret estranger davant la manca de legislació específica és on cal ser més obert de mires i posar més imaginació per a admetre diversos mitjans de prova d'aquest dret estranger més enllà dels tradicionals. Només així es respectarà el seu dret a tutela judicial efectiva. Aquesta posició no contradu el caràcter imperatiu de cap norma sinó que la interpreta d'una manera legalment possible a la llum a més d'uns dels drets fonamentals del nostre ordenament.

#### **10.- Qüestions generals necessàries d'abordar respecte dels procediments familiars entre magribins:**

##### **a) Presència d'aquestes idees a l'hora d'elaborar normativa comunitària i en la subscripció de convenis internacionals.**

Cada vegada més sembla que es tendeix en l'espai comunitari a l'elaboració de normes europees de Dret Internacional Privat. Les idees aquí defensades crec que són ampliables a l'espai comunitari encara que la adopció de normes d'àmbit europeu sempre sigui molt més complicat. En qualsevol cas, el que s'ha de fer és mantenir sempre la voluntat de coordinació entre els diferents àmbits normatius possibles.

**b) Propostes a la pràctica.**

Per a que tot aquest nou sistema funcioni cal també adoptar unes mesures d'actuació a nivell del funcionament diari de tot el sistema judicial, que no necessàriament implica canvis normatius.

Des d'aquesta perspectiva cal incidir en dos punts concrets: la organització del torn d'ofici i la formació continuada.

- **Necessitat de la creació de torns especials dintre del torn matrimonial amb coordinació del torn de violència domèstica.**

Donat que aquests litigis requereixen una especial predisposició perquè suposen una especial complexitat, crec que seria bo que hi hagués un torn matrimonial especial per a procediments matrimonials amb elements d'estrangeria. Això, per una banda, pot significar una complexitat afegida en la gestió dels diferents torns d'ofici, però el resultat final beneficiaria al justiciable.

En aquest sentit, a aquests professionals per formar part d'aquest torn se'ls hi hauria de requerir, a més dels generals requerits per formar part del torn matrimonial general un curs especialitzat en la matèria impartit des dels propis col·legis o el reconeixement i convalidació d'experiència en l'exercici d'aquests conflictes o la realització d'altres cursos especialitzats en la matèria.

Recentment en la majoria de col·legis s'han creat torns especials per a les víctimes de violència domèstica que impliquen que el professional designat sigui el mateix en tots els procediments que s'hagin de seguir a partir de la primera denúncia, inclosos els procediments familiars que se'n derivin. Des d'aquesta perspectiva també seria bo i desitjable que els professionals que formin part d'aquest torn se'ls requerís els mateixos requisits que als del torn matrimonial especial. Seria la manera de garantir la unitat de tractament per un mateix professional i també la manera de no complicar encara més la gestió del torn d'ofici amb un torn especial dintre de la violència domèstica.

Aquestes mesures pal·liarien el fet que el justiciable d'ofici no pot escollir al seu advocat. Si no l'escull però se li assigna dintre d'un grup de professionals preparats, el seu dret de defensa està garantit.

Des d'aquesta perspectiva fins i tot es podrien admetre resolucions judicials més dures amb l'actuació dels advocats, si els professionals que duen aquests



casos són especialistes en la matèria, sempre i quan anés també acompanyat d'una especial diligència per part dels òrgans jurisdiccionals i del Ministeri Fiscal.

- **Formació continuada dels professionals i operadors jurídics.**

La complexitat dels aspectes que sorgeixen en els litigis familiars on intervenen magribins fa necessari una formació més acurada de tots els operadors jurídics, no només dels professionals que realitzen el torn d'ofici. Això implica un èmfasi en la formació continuada de tots els professionals, incentivada a més d'una manera o una altra. Tant els advocats particulars, com els d'ofici han de tenir la formació suficient en aquesta matèria com per poder al·legar i respondre les al·legacions de l'altra part de manera entenedora o contundent en un acte de judici que, a més, es realitza de manera oral i on no es pot diferir la consulta dels expedients. Cal que els advocats estiguin formats, però també cal que ho estiguin els jutges i el ministeri fiscal, potser fins i tot més que els primers, perquè la mala actuació d'un advocat pot potser corregida en la mateixa sentència, però l'argument jurídic totalment erroni en un sentència en molt casos sense cap més recurs possible aboca al justiciable a una total indefensió.

Caldria la realització de cursos des de dos perspectives. Uns que fixin els principis bàsics de la legislació en Dret Internacional Privat que molts operadors jurídics semblen haver oblidat. Uns altres eminentment pràctics per tal de poder trobar solucions concretes als litigis que se'ls presenten.

Caldria també cursos que es realitzessin de manera conjunta per a tots els operadors jurídics, amb independència que cada sector, jutges, advocats o fiscals realitzessin al seu torn els seus.

El fet que el gruix més important dels magribins siguin marroquins, pot focalitzar els esforços de formació en aquest país i aprofundir més en la legislació marroquina que és la que més s'haurà d'aplicar. A partir del coneixement d'aquesta realitat, la comparació amb les altres realitats i legislacions dels altres països del Magrib, també serà més fàcil per part dels professionals espanyols.

## BIBLIOGRAFIA

### MONOGRAFIES I OBRES GENERALS

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, MARIANO – CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ – CANO BAZAGA, ELENA – CRIEDER MACHADO, HILDA – RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M<sup>a</sup>.ÁNGELES- “*Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*” – Publicaciones de la Universidad de Sevilla - 2002

AÏLT ZAI NADIA – “*Estatuto de la mujer en Argelia: de la inexistencia al reconocimiento*”.- Extraído del libro “Pour les droits des femmes contre les intégrismes” Lyon, Octubre 1996 – Editado por Femmes contre les intégrismes.

AIXELÁ CABRÉ, YOLANDA - “*Mujeres en Marruecos. Un análisis desde el parentesco*” - Edicions Bellaterra 2000

ALDEEB, SAMI - BONOMI, ANDREA (ed.) – “*Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*” – Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1999.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO - “*Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*”. Ed. CIVITAS S.A. –1<sup>a</sup>.ed. 1996

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO – REMACHA Y TEJADA J.R. (ed.) - “*Cooperación jurídica internacional*” - 2001

AL-SA'DAWI NAWAL - “*La cara desnuda de la mujer árabe*” - Col.leció Las fèminas, Editorial Horas y horas 1 era Edició: octubre 1991.

APARICIO GÓMEZ, ROSA – “*Identidad y género: mujeres magrebíes en Madrid*”. Universidad Pontificia de Comillas. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones – Dirección General de la Mujer, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales – Comunidad de Madrid - Publicaciones DGM Num. 8. Madrid 1998.

ARENAS GARCÍA, RAFAEL – “*Crisis Matrimoniales Internacionales*” *Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español* – Universidad de Santiago de Compostela – 2004.

ARMENTA DEU, TERESA - CORDON MORENO, FAUSTINO - MUERZA ESPARZA, JULIO J. - TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL “*Comentarios a la Lec*” - Ed.. Aranzadi -2001

ARN, RAPHAËL- SFONDYLA, BEATRICE - TAMINELLI, CAMILA – DUTOIT, BERNARD - “*Le divorce en droit comparé (I) Europe*”- Librairie Droz - 2000

AUBARELL GEMA, ZAPATA-BARRERO, RICARD. (Dir.) – “*Immigración y procesos de cambio “ Europa y Mediterráneo en el contexto global*” - Icaria& Antrazyt/IEMed. 2004

BALANÀ I ABANIA, PERE - "*Lèxic usual català-àrab, àrab-català*" - Generalitat de Catalunya. Departament de Cultura 1994

BATIFFOL, HENRI - LAGARDE, PAUL - "*Traité de Droit International Privé*"-Sources -Nationalité - Condition des étrangers - Conflits de lois (théorie générale) Librairie générale de droit et de jurisprudence - Paris 1993

BESSIS Sophie- Souhaur Belhassen - "*Mujeres del Magreb. lo que está en juego.*" Col.lecció Las femineras- Editorial Horas y horas - Madrid 1994.

BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA M<sup>a</sup>. - RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR - "*Mujeres y Fortaleza Europa*" - Colección Feminae - Universidad de Granada - Instituto de Estudios de la Mujer - Editorial Universidad de Granada 2001.

BLACHÈRE RÈGIS- "*Introduction au Coran*" . De. Maisonneuve & Larose . Paris 1991 - 2<sup>a</sup> edición.

BORRAS, ALEGRÍA - "*Les ordres plurilégislatifs*" Academie de Droit International. Recueil des cours - 1994.

BORRAS, ALEGRÍA - "*La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico.*" Institut de la Mediterrània - 1998.

BORRAS, ALEGRÍA - "*El Islam jurídico y Europa*" Derecho, religión y política -Ed.. Icaria Antrazyt núm.110 1<sup>a</sup> edición 1998

BORRAS A. - MERNISSI F. De. "*El Islam jurídico y Europa*". Institut de la Mediterrània - Mare Nostrum 5 Any 1998.

BOUIA, BADIA - DUPUY, CECILIA - "*Dones marroquines*" Quadern 3 per a conviure en la diversitat - Generalitat de Catalunya - Dep. de la Presidencia, Secretaria de Relacions Exteriors- Àrea de Cooperació Internacional. Proyecto Local 2003.

BOULANGER, FRANÇOIS - "*Droit Civil de Famille - Aspects comparatifs et internationaux*" - Collection Droit Civil dirigée par Christian Larroumet - Ed. Economica 1994.

BOURDELOIS, BÉATRICE - "*Mariage polygamique et droit positif français*" - GLN JOLY editions 1993.

BUCHER, ANDREAS - "*Le couple en droit international privé*" -Helbing & Lichtenhan - Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2004

BURGAT, FRANÇOIS - "*El islamismo cara a cara*" - Ed.. Bellaterra. Bib. Islam Contemporaneo - 1996.

CABRÉ, ANNA - "*El sistema català de reproducció*" -Barcelona: (Col. La mirada social; sèrie Mare Nostrum) Proa 1999.

CANDEL, FRANCESC - "*Els altres catalans*" - Edicions 62 SA. Barcelona - 1964

CANDEL, FRANCESC, CUENCA, JOSEPH MARIA – “*Els altres catalans del segle XXI*” – Editorial Planeta, SA - 2001

CALVO CARAVACA, A.L. – IRIARTE ÀNGEL, J.L.– “*Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*” Ed. COLEX 2000.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS – CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER- “*Competencia judicial internacional*” *Temas de Derecho Internacional (2002)*- V LEX IN309. (<http://www.vlex.com>).

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS – CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER- “*Derecho de familia internacional*” – Ed. COLEX 2003.

CALVO CARAVACA, MANUEL: “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”, p. 600-601. 1997.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS –IRIARTE ÀNGEL, J.L. “*Mundialización y familia*” Madrid: Ed. Colex 2001.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS – CASTELLANOS RUÍZ, ESPERANZA- “*El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*” Madrid: Ed. Colex 2004.

CARLIER JEAN-YVES – VERWILGHEN, Michel - *Le statut personnel des musulmans- Droit comparé et Droit International Privé-Travaux de la faculté de droit de l’université catholique de Louvaine.* Editorial Bruylant- Brusel.les 1992.

CARLIER JEAN-YVES – “*Autonomie de la volonté et statut personnel*” – *Etude prospective de droit international privé* - Ed. BRUYLANT BRUXELLES 1992

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER – “*Matrimonio y elección de ley*” *Estudio de Derecho Internacional Privado* - Colección: Ciencia Jurídica y Derecho Internacional nú. 6 - Ed. Comares S.L. 2000

CODD, RACHEL ANNE – “*A critical análisis of the role of ijtiḥad in legal reforms in the muslim world*” - Arab Law Quarterly – Vol. 12 – Part 2 1999.

COLOMBET, CLAUDE- FOYER, JACQUES, HUET-WEILER, DANIELE – LABRUSSE-RIOU, CARHERINE - “*Divorce, dictionnaire juridique*” - Dalloz 1984

COULSON Noel J. - *Historia del Derecho Islámico* - Biblioteca Islam contemporáneo 10 Edicions Bellaterra 2000 SL, 1998.

CHAFI MOHAMED *Code du statut personnel annoté* (textes législatifs, doctrine et jurisprudence) 1<sup>a</sup> De.1996 . Ed. Imprimerie Walili, Marrakech (Maroc)

CHARLES Raymond - *Le Droit Musulman* Col.lecció - Que sais-je? N° 702 - De. Presses Universitaires de France 1965.

CHÉRIF Chamari, Alya - *La femme et la loi en Tunisie* - Col.lecció “Femmes Magreb” dirigida per Fátima Mernissi - Editions Le fenec 1991.

DE DIOS, JOSÉ M<sup>a</sup>. “*La asistencia jurídica gratuita en derecho internacional privado español*” – Ed. EUROLEX SL. -1999

DEL CAMBRE Anna Marie - *Mahoma, la voz de Alà* - Ed. Aguilar Universal. 2º edició. Madrid 1990.

DEVERS, ALAIN – “*Le concubinage en droit international privé*”. *BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ Tome 416*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2004

DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. DEL PILAR – “*Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*” – Ed. Zaragoza: El Justicia de aragón, DL 1999.

EL-HUSSEINI BEGDACHE, ROULA - “*Le Droit international privé français et la répudiation islamique*” Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, cop. 2002.

ESPLUGUES MOTA, CARLOS – “*El divorcio internacional: jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*” Ed. Tirant lo Blanc, 2003.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *Residencia habitual (DIPR) Enc. Jur. Básica*. Civitas Madrid 1995 pp. 5876-5880.

FELIX BALLESTA, M<sup>a</sup>.ÁNGELES - “*Regulación de divorcio en el derecho francés*” - PPU - 1988.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*, p.618-623. Ed. Civitas, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS “*Problemas actuales de aplicación del derecho Internacional Privado por los Jueces españoles. Madrid Cuadernos del Poder Judicial 1997*”.

FERRARI, SILVIO – BRADNEY, ANTHONY – “*Islam and European Legal Systems*” ASHGATE – Dartmouth 2000

GARCÍA- CANO TORRICO, MARIA - “*Migraciones y Género. El caso de la Comunidad Marroquí en la ciudad de Málaga*” – Asociación de Estudios Históricos sobre la Mujer – Diputación Provincial de Málaga - Servicio de Publicaciones. Centro de Edidiciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA) , 2000.

GARCÍA CRUZ, JOSÉ FERNANDO – “*Un análisis del Derecho Islámico*” *La Escuela Duocecimana o YA`FARÍ – Historia del Pensamiento y la Doctrina Jurídica y Teoría General de la Ley Islámica* - Universidad de Extremadura – Cáceres 2004.

GASCÓN INCHAUSTI, F.. – “*Medidas cautelares de proceso civil extranjero*” – Edic.Comares Granada 1998 –REDIVOL.LI (1999) 1

GAVILÁN LÓPEZ, JESÚS – “*Ejecución de las sentencias de separación y divorcio dictadas por tribunales extranjeros*” –Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio (2001) – Id. VLex: VLEX –MG386

GONZÁLEZ CAMPO J. - J.C. FERNÁNDEZ ROZAS - A.L.CALVO CARAVACA M.VIRGOS SORIANO - M.A. AMORES CONRADI - P. DOMÍNGUEZ LOZANO - “*Derecho Internacional Privado. Parte especial*” Publicaciones Centro de estudios superiores sociales y jurídicos Ramón Carande - Madrid 1993.

GORDON, MATTHEW S. – “*Entender el ISLAM*” – Orígenes – Creencias – Prácticas - *Textos sagrados – Lugares sagrados.* – BLUME 2004

HALLAQ, WAEL B. – “*The Origins and Evolution of Islamic Law*” – Ed.Cambridge University Press 2005.

HUNTINGTON, SAMUEL P. – “*El choque de civilizaciones*” – Ediciones Piados Ibérica SA. - 1997

IRIARTE ÁNGEL, JOSÉ LUIS – PÉREZ BEBÍA, JOSÉ ANTONIO – COMTE GUILLEMET, NICOLE – “*Derecho Internacional Privado*” Aranzadi Septiembre 2004

KESSLER, GUILLAUME – “*Les partenariats enregistrés en droit international privé*” – *BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ Tome 431.* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2004

KUSHA, HAMID R. – “*The sacred Law of Islam*” – ASHGATE 2002

LACOSTE-DUJARDIN, CAMILLE - “*Las madres contra las mujeres, Patriarcado y maternidad en el mundo árabe.* Ediciones Ctedra. Colección feminismos 12. Universidad de Valencia. Instituto de la mujer. 1993.

LAGARDE, PAUL – “*La Theorie de l’ordre publique international face à la polygamie et à la répudiation*”. Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à F. Rigaux. Brusel.les 1994.

LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL – “*Las uniones de hecho en el derecho internacional privado español*” – TECNOS 1999

LEQUETTE, YVES – ANCEL BENTRAND - “*Grands arrêts de la jurisppudence française en droit international privé.* Dalloz - 1998. 3<sup>o</sup>ed.

LEWIS, BERNARD – SCHNAPPER, DOMINIQUE – “*Musulmans en Europe*” *Changement social en Europe Occidentale* ACTES SUD 1992

LÓPEZ, MARÍA ÁNGELES “*Dona i ciutadania : Participació Política al Marroc La dona al Marroc*” Institut Català de la dona - 1999

LÓPEZ-MUÑIZ GONI, MIGUEL - “*Procedimiento contencioso de separación y divorcio*” - Ed.Colex - 1994

LOWE, NIGEL – DOUGLAS, GILLIAN (editors) – “*Families Across Frontiers*” – The international society of family law – Ed. Martinus Nijhoff Publishers The Hague, Boston London – 1996.

LUQUE, CARMEN – “Ells truquen a la porta. 15 vides explicades pels nous catalans. La immigració que comença”. Edicions La Campana. Barcelona. 1º edició: febrer 2000.

MANYER, JOSEP - *Quan l’Islam truca a la porta. Per una aproximació cultural als musulmans de Catalunya* - Fundació serveis de Cultura Popular -Editorial Alta Fulla 2ª edició 1996.

MARTÍN MUÑOZ, GEMA - “*La dona al Marroc: Estat de la qüestió i perspectives*” . *La dona al Marroc*. Institut Català de la Dona -1999

MASEDA RODRÍGUEZ, J. -“*El control de la constitucionalidad de la ley extranjera*”. Madrid, Eurolex 1997 -

MERCIER PIERRE -”*Conflits de civilisations et Droit International Privé. Poligamye et Répudiation*” - Librairie Droz - Ginebra 1972.

MERNISSI FATIMA - “*Marruecos a través de sus mujeres*”- Col.lecció Sociudades del oriente y del mediterraneo - Ediciones del Oriente y del mediterraneo - Madrid 1990.

MERNISSI FATIMA - “*El poder olvidado. Las mujeres ante un Islam en cambio*” - Icaria Antrazyt - 1993

MERNISSI, FATIMA - “*Marruecos a través de sus mujeres*”, *Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid 1991. 2º ed.*

MILLER, GARETH (ed.) - “*Frontiers of Family Law*” - ASHGATE, 2003

MILLIOT, LOUIS – BLANC, FRANÇOIS-PAUL - “*Introduction à l’étude du droit musulman*” - Éditions DALLOZ – 2001.

MORERAS JORDI - “*Musulmanes en Barcelona.*” *Espacios y dinámicas comunitarias*. CIDOB Edicions 1999.

MOTILLA, AGUSTÍN – LORENZO, PALOMA – “*Derecho de Familia Islámico - Los problemas de adaptación al Derecho español*” - Ed. COLEX- 2002

MOULAY RCHID, ABDERRAZAK - *La femme et la loi au Maroc* - Col.lecció “Femmes Magreb” dirigida per Fátima Mernissi - Editions Le fenec 1991.

MUERZA ESPARZA, JULIO J. - *Comentarios LEC. Comp. Jud.Intern Control d’ofici* - Ed. Aranzadi - 2001

NASH MARY – MARRE DIANA “ *Multiculturalismos y género*” *Un estudio interdisciplinar*. Serie General Universitaria; 11. Edicions Bellaterra. 2001.

NASIR JAMAL J.- “*The status of women under islamic law - Arab and Islamic Laws Series* - Editorial Grahan & Trotman - (1er. Edició 1990). – (2º Edició 1994).

NOUREDINE SAADI - *La femme et la loi en Algerie* - Col.lecció “Femmes Magreb” Dirigida per Fátima Mernissi- Editions Le fennec 1991.

O’CALLAGHAN, XAVIER – “*Conflicto de leyes y de jurisdicciones en materia de separación y disolución del matrimonio*” – Compendio de Derecho Civil. Tomo 4 (Derecho de familia) ( 2001)- ID. VLex VLEX-GP374

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, PATRICIA – “La celebración del Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español” - Ed. Aranzadi – 2002.

PAJARES, MIGUEL – “*La inmigración en España*” – Icaria & Antratzyt 119. 1998

PANSIER, FRÉDÉRIC-JÉRÔME – GUELLATY, KARIM – “*Le droit musulman*” Presses Universitaires de France – Paris – 2000

PARELLA RUBIO, SONIA - “*Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Anthropos. Rubí. 2003.

PECES MORATE, JESÚS ERNESTO (Director) “*Inmigración y Derecho*”. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL nº 41 - 2002

PÉREZ MARTÍN, JOSÉ ANTONIO - “*La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales* “ - Ed.Lex Nova 1995

QUESADA, CORONA - “*Derecho de Familia, vol. II*” - PPU - 1992

QUIÑONES, ESCÁMEZ, ANNA - “*Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*” - Fundación La Caixa. Premio 1999 - 2000.

RAMADAN, TARIQ – “*Les musulmans dans la laïcité*” – *Responsabilités et Droits des musulmans dans les sociétés occidentales*. Tawhid, cop 1998. Zona ed.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO – “*Jurisprudencia Procesal Civil Internacional*” - J.M.Bosch – Editor – Barcelona 2001

RAMÍREZ, ÁNGELES – “*Migraciones, Género e Islam – Mujeres marroquíes en España*” - Ediciones Mundo Árabe e Islam – Educación y Cultura – Agencia Española de Cooperación Internacional – Madrid 1998.

ROCA, ENCARNA - “*Las consecuencias del acuerdo con las comunidades*” - Institut de la Mediterrània (Mare Nostrum; 5) - 1998

RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir) – “*La multiculturalidad especial referencia al Islam*” Cuadernos de Derecho Judicial – Consejo General del Poder Judicial, 2002



RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA- “*Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*”. Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional. Núm 11. Editorial Comares 2002.

ROQUE , MARIA ÀNGELS, (ed) – “*Les cultures del Magreb*”- Editat per la Generalitat de Catalunya. Institut d’Estudis Mediterranis. Barcelona 1994

ROQUE MARIA ÀNGELS - “*Percepciones controvertidas: migración marroquí en Cataluña*”- PAPERS Revista de sociologia. Núm. 43 La construcció social del immigrant- Universitat Autònoma de Barcelona - Servei de Publicacions 1994.

ROQUE, MARIA ÀNGELS (dir) - “*Dona i migració a la Mediterrània occidental Tradició cultural i canvi social, reptes de la dona magrebina*” Institut Català de la Dona/Institut Europeu de la Mediterània – 1999.

ROQUE, M<sup>a</sup>. ÀNGELS (dir) - “*Mujer e inmigración en el Mediterraneo occidental. Tradiciones culturales y ciudadanía*” Icaria Antrazyt/ICM – 2000.

RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE – “*Des concubinages dans le monde*” – Ed. Centre national de la recherche scientifique, 1990- Paris.

SALA, TONI – “*Un relat de la nova immigració africana*” – Edicions 62 - 2004

SANCIÑENA ASURMENDI, CAMINO – “*El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*” - - Ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

SAREHANE, FATNA - “*L’estatut jurídic de la dona al Marroc*” - Institut Català de la Dona - 1999

SEBTI, Fadéla – “*Vivre Musulmane au Maroc. Guide des droits et obligations de la femme marocaine* “. LGDJ. Paris 1986. Edició renovada i incrementada. Edicions Le Fennec – Casablanca. Marroc. 1993.

SEGURA I MAS, ANTONI – “*Aproximació al món islàmic*” *Des dels orígens fins als nostres dies* – Edicions de la Universitat Oberta Catalunya. Àgora. Biblioteca oberta. Pòrtic Enciclopèdia catalana. Barcelona 2000.

SHADID WASIF - KONINGSVELD, SJOERD VAN (Eds.) - - “*Religious freedom and the neutrality of the state: the position of Islam in the European Union*” – Ed. Leuven: Peeters, cop. 2002

SIMÓ SANTOJA, VICENTE L.- “*Régimenes matrimoniales “(legislación comparada)*” Editorial Aranzadi 1991

SIPI, REMEI- ARAYA, MARIEL – “*Les dones migrades –Apunts, histories, eflexions, aportacions...*”-Institut Cátala de les Dones - Octubre 2005

SOLÉ, CARLOTA – “*La mujer inmigrante*” – Ministerio de Asuntos Sociales , Instituto de la Mujer DL 1994.

VAN HOOGSTRATEN, H.M.: *La Codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conference de la Haye*, RCDA 1967, vol 122 pp 337-435;

VARONA, MERY - "*Mujeres argelinas, la libertad prohibida*"- Federación mujeres progresistas - 1995

VERWILGHEN, MICHEL – DE VALKENEER, ROLAND (Directores) – "*Relations familiales internationales*" - BRUYLANT BRUXELLES – 1993.

VIRGOS SORIANO, MIGUEL – GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J. – "*Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*" –Civitas 2000

## HEMEROGRAFIA.

### Artículos en revistas especializadas

ABARCA JUNCO, ANA PALOMA - VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA - comentari de "*Sentencia Audiencia Provincial Cuenca, núm. 43/2004 (Sección 1ª), de 26 de febrero. Recurso de Apelación núm. 46/2004*" R.E.D.I, vol. LVI (2004), 2

ADROHER BIOSCA, SALOME - "*El derecho a contraer matrimonio en la emigración*" - Revista Migraciones, núm. 0 - Madrid 1996

ALI WIJDAN - "*La umma, cimiento de las sociedades musulmanas*"- Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació N. 1/2000

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO - "*El alcance de la reforma de la ley de enjuiciamiento civil en el derecho internacional privado: presentación general*"- Anuari Dret Internacional 2001

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO - "*La aplicación judicial del Derecho Extranjero bajo la lupa constitucional.*" - REDI vol LIV (2002), 1

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO - "*Aplicación judicial del derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa*" LA LEY NÚM. 6287 - 4/07/2005

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, AURELIA - "*La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990*"- Revista de Derecho Migratorio y extranjería LEX NOVA marzo 2003

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, AURELIA - "*La Sala 1ª del Tribunal Supremo ya no es competente para conocer del reconocimiento de las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras*"- Revista de Derecho Migratorio y extranjería LEX NOVA marzo 2004.

AMORES CONRADI, MIGUEL A. - *“La nueva estructura del sistema español de competencia”* REDI Vol. XLI 1989.1

ANCEL, BERTRAND - *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 83(2) - avril-juin 1994

ANCEL, BERTRAND - *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 85(1) - janvier-mars - 1996

ANCEL, BERTRAND - *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 88(2) - avril-juin - 1999

ANCEL, BERTRAND - *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 89(2) - avril-juin - 2000

ANCEL, BERTRAND - *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé num. 90 (2) - avril-juin 2001

ANCEL, BERTRAND - *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé num. 94 (2) - avril-juin 2005

ANCEL, BERTRAND - MUIR WATT, HORATIA - *“L'intérêt supérieure de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”* Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 94(4) octobre décembre 2005.

APARICIO HACKETT, ANTONIO - *“Divorcio en Francia”* -Revista Derecho de Familia n°.1- 1998

APARICIO HACKETT, ANTONIO - *“Divorcio en Italia”* -Revista Derecho de Familia n°.1 - 1998

APARICIO HACKETT, ANTONIO - *“El divorcio en Portugal”* -Revista Derecho de Familia Núm 9 - 2000.

ARENAS GARCÍA, RAFAEL – *“Improcedencia a la aplicación del derecho español solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España”* – AEDIPr 2002.

ARENAS GARCÍA, RAFAEL *“La nueva redacción del artículo 107 del Código Civil”*. REDI, vol.LVI (2004) 1

ARENAS GARCÍA, RAFAEL - *“Comentari de SAP BARCELONA 31/03/2003”* AEDIPr, 2004

ARENAS GARCÍA, RAFAEL – *“La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”*- AEDIPr, t.V.2005, pp 351-371

ASÍN CABRERA, M<sup>a</sup>. ASUNCIÓN – “Comentari de la sentència de 21/01/2004 – de l’Audiència Provincial de Castelló. Secció 3<sup>a</sup>.” - AEDIPr, 2005

ARZAMENA LASO, CRISTINA – “Régimen de extranjería y matrimonio” - .Actualidad y Derecho , Revista semanal de actualidad jurídica, núm. 8 – 1995.

BÁRCENA, JALIL – “L’islam. Entrega confiada a la Divinitat”- DIALOGAL, Núm.5- 2003

BELGRANO LEDESMA, MARCELO “ Ley integral contra la violencia de género (III) “Vinculación con el Derecho de Extranjería” - IURIS Junio 2005, núm. 95

BERAUDO, JEAN-PAUL – “Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”. – J.D.I .4, 2001

BORRAS, ALEGRÍA – “Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam” - REDI Vol. LI (1999) 2 – 1999.

BORRAS, ALEGRÍA – “Les ordres plurilégislatifs” Academie de Droit International. Recueil des cours - 1994.

BOUAYACH, AMINA – “Reforma de la “Mudawana” en Marruecos” –AFKAR IDEAS, Núm. 1

BOZZO ANNA “ Estrategias del Islam político. El caso Argelia”- DEBATS Edicions Alfons el Magnánim. n<sup>o</sup> 49 setembre de 1994.

BRIOSO DÍAZ, PILAR – “La competencia de los tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio - Revista del Poder Judicial, número 23. Septiembre 1991.

BUCHER, A.- “La famille en droit international privé” –Recueil des cours de l’Académie de Droit International, Tome 283 – 2000.

BUXÓ I REY, M. JESÚS – CALVO, LLUIS – MEDINA, F. XAVIER – “Interculturalitat a la Catalunya d’avui”- L’Avenç (dossier) número 226. Juny 1997.

BUXÓ I REY, M. JESÚS – “De la definició de cultura en plural a les xarxes transculturals”- L’Avenç (dossier) número 226- Juny 1997

CALDUCH GARGALLO, MANUEL – “La asistencia jurídica gratuita al extranjero” Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Núm. 4 - -Ed. LEX NOVA S.A. Noviembre 2003.

CALVO BABÍO, FLORA - “El reconocimiento de las resoluciones extranjeras de nulidad, separación y divorcio”.- IURIS - Num. 76 - Octubre 2003.

CALVO BABÍO, FLORA - “La reforma del código del estatuto personal de Marruecos” IURIS -Núm. 87 - Octubre 2004

CALVO BABÍO, FLORA - “Problemas para probar Derecho extranjero de procedimientos judiciales españoles” - Iuris, núm.98 - abril 2005

CALVO BABÍO, FLORA -“Derecho de familia comunitario . El nuevo Reglamento en materia matrimonial y de responsabilidad parental” IURIS Nº. 94, may. 2005

CALVO BABÍO, FLORA - “Sustracción internacional de menores” - IURIS, junio 2005, núm. 95.

CALVO BABÍO, FLORA -“Divorcio, separación y nulidad -internacional- Reforma del artículo 107 del Código Civil.” - IURIS , núm. 86 -septiembre 2004

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS -CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER - “Normas de conflicto, aplicación del derecho extranjero en España y nueva ley de enjuiciamiento civil “. AEDIPr T. I, 2001

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS -CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER - “El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: La Sala de los social contraataca”. AEDIPr 2002.

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS -CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER - “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I)” LA LEY - Núm. 6024 de 24 mayo 2004.

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS -CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del derecho extranjero” (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004) . LA LEY NÚM. 6238 DE 25/04/2005

CARBALLO PIÑEIRO, L. “El caracter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal (y) constitucional”. AEDIPr 2002.

CARLIER, JEAN-YVES - “De Schengen à Dublin en passant par Maastricht” *Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille.* - VARIOS, Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à Jeançois Rigaux, Bruselas, Bruylant 1993.

CARLIER, JEAN-YVES - “Le Code belge de droit international privé” Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 94(1) - janvier-mars 2005

CARO GÁNDARA, ROCÍO - “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”- AEDIPr, t.V, 2pp. 391-412

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER - “Crisis Matrimoniales Internacionales: Foro de necesidad y derecho extranjero” - REDI, vol.LVI (2004) 1

CARRILLO POZO, LUIS FRANCISCO - “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera. A propósito de la STC 33/2002, de 11 de febrero (RTC 2002, 33)” - Aranzadi Social, núm. 7/2003 - 8/2003. Editorial Aranzadi SA. Pamplona 2003.

CLARET, ANDREU - “La qüestió àrab al segle XXI”- - MARC DE REFERÈNCIES, núm. 19 - Any VII - Tardor 2003.

COURBE, PATRICK - “Comentaris de sentències franceses” - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé num. 82 (2) - avril-juin 1993.

CUARTERO RUBIO, M.V. “Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva.” Derecho Privado y Constitución núm 14. 2000

CUNIBERTI, GILLES “Comentaris de sentències franceses” Rev. Crit. Dr. Internat. Privé num. 91 (1) - janvier-mars 2002

CHOLEWINSKI, RYSZARD - “The protection of the right of economic migrants to family reunion in Europe” - ICCQ, 1994-3

CHOYE, FATIMA - “Les veus de les dones musulmanes ”-DIALOGAL núm. 2/ 2002

CHUECA SÁNCHO, ÁNGEL G. - “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos.” - Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Núm. 9 - - Ed. LEX NOVA S.A. - julio 2005.

DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO A. “Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado” Revista de Derecho Privado -1998

DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO A. “Nota sobre el convenio con Tune de 24/09/2001 - AEDIPr, 2004

DÉPREZ, JEAN -“Droit International privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)- ). Recueil des cours de l’Académie de Droit International, Tome 211 - 1988

DÉPREZ, JEAN “Comentaris de sentències franceses” - Rev.Crit. Dr. Internat.Privé. 84(1) janv-mars 1995.

DÉPREZ, JEAN *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev.Crit. Dr Internat.Privé. 84(3) juillet-septembre 1995

DESDENTADO BONETE, AURELIO - *“¿Otro cierre en falso? La prueba del derecho extranjero”* .LA LEY 11/02/2005

DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. DEL PILAR - *“La nueva Mudawana marroquí y el derecho internacional privado”* REDI vol LVI /2004), 2.

DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> DEL PILAR - *“ Exequatur de sentències extranjeras de divorcio”* AEDIPr 2004.

DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. DEL PILAR - *“Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí”* - Publicado en Webislam.com Temas.- 02/08/2005.

ECHEZABARRETA FERRER, MAYTE - *“La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos para el debate (II).* Revista de Derecho de Familia número 9 2000.

EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, - *“El nuevo Derecho de Familia como sistema funcional”*.- “- Revista Derecho de Familia, núm. 27 - Ed. LEX NOVA - abril-junio 2005.

EL HUSSEINI, ROULA - *“Le droit international privé français et la repudiation islamique* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 88 (3)juillet-septembre - 1999.

ELVIRA BENAYAS, MARÍA JESÚS - *“El marco de la obtención de pruebas en el proceso con elemento extranjero en la nueva ley de enjuiciamiento civil.* AEDIPr T. I, 2001.

ELVIRA BENAYAS, MARÍA JESÚS -*“Comentari de la sentència de 4/03/2004, del Tribunal Constitucional 29/2004”* -REDI vol.LVI (2004), 2

ENCISO IGLESIAS, MIIGUEL - *“Estudios sobre la nueva LEC “(2<sup>a</sup>. parte) - Revista Amb la vènia número 7 maig - 2001.*

ESTEBAN DE LA ROSA, FERNANDO - *“Comentario auto 21-02-1997”* - REDI Vol L (1998) I - 1998.

ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ ANTONIO - *“Les religions i l'estat laic”* ,*Enemics reconciliables* - DIALOGAL núm. 1 2002

FACH GÓMEZ KATIA - *“Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea”*- Revista de Derecho Migratorio y extranjería LEX NOVA marzo 2003

FALLON, MARC - *“La nueva ley belga conteniendo el Código de Derecho Internacional Privado”* - REDI, vol. LVI (2004),2

FAYE, A . *“Les sources non écrites du droit international devant le juge français”*. Revue de Droit international et de Droit compare. Troisième trimestre 2002. Octobre . BRUYLANT Bruxelles 2002

FELIU LAURA - RAMÍREZ ÁNGELES *“Mujeres y derechos humanos en el Magreb”*. Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació N.2-3/2001.

FONT I SEGURA, ALBERT - *“Comentari de la sentència de 13/11/2003, de l’Audiència Provincial de Barcelona- Sec. 18<sup>a</sup>”* - REDI vol LVI (2004), 1

FORNER DELAYGUA, JOAQUIM J. - *“La ley catalana de mediación familiar”* REDI vol.LII - 2000

FORNER DELAYGUA, JOAQUIM J.- *“El artículo 111.3 de la ley catalana 29/2002, de 30 diciembre primera ley del código civil de Catalunya”* - REDI vol. LV- 2003

FULCHIRON, HUGUES - *“Ne répudiez point”*; *Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* - Revue international de droit comparé num. 1 Janvier-Mars 2006

GALLANT, ESTELLE *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé num. 94 (3) - juillet-septembre 2003

GANNAGÉ, LÉNA - *“Le droit international privé à l’épreuve de la hiérarchie des normes (l’exemple du droit de la famille. Rev.Crit. Dr. Intern. Privé 89 (2) avril-juin - 2000*

GANNAGÉ, LÉNA - *“Le droit international privé à l’épreuve de la hiérarchie des normes - Rev.Crit. Dr. Intern. Privé 90 (1) Janvier-Mars - 2001*

GANNAGÉ, LENA - *“Le relativisme des droits de l’home dans l’espace méditerranéen”* - Revue international de droit comparé num. 1 Janvier-Mars 2006

GANNAGÉ, PIERRE - *“Chronique de jurisprudence libanaise”* - J.D.I. 3 - 2001

GANNAGÉ, PIERRE - *“La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille (1) - Rev. Crit. Dr. Intern. Privé 81 (3) - Juillet-Septembre - 1992*

GARCÍA GARNICA, MARÍA DEL CARMEN - *“Consideraciones sobre la unificación del Derecho Privado Europeo”* - Editorial Aranzadi SA. 2002 -Aranzadi Civil 7/2002



GARCÍA, M<sup>a</sup>. LUISA TRINIDAD - “La reforma del artículo 107 del Código Civil”  
Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Núm. 4 - -Ed. LEX NOVA S.A.  
Noviembre 2003.

GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE - “Le pluralisme en droit international privé:  
richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). Recueil des cours de  
l’Académie de Droit International, Tome 312 - 2005

GHEZALI S. - TAIBO C. - GONZÁLEZ FAUS J.I. - “Les Tenebres de la Guerra”  
Algèria i Kosovo - Quaderns Reptes davant el 2000 - Quaderns Cristianisme i  
Justícia N 90, maig 1999.

GIORDANO ANTONIO- “Irán la llibertat general i la llibertat de les dones”  
L’AVENC n° 157 - Març de 1992

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: “El nuevo régimen del beneficio de la asistencia  
jurídica gratuita”. LA LEY, núm. 4020, 1996, p. 1-8.

GÓMEZ I SEGALÀ, JOAN - “De tot i força” - DIALOGAL Núm.13-2005.  
Quaderns de l’Associació UNESCO per al Diàleg Interreligiós.

GONZÁLEZ BEILFFUS, CRISTINA “La aceptación del Estatuto de la Conferencia  
de la Haya por Marruecos y sus consecuencias”. REDI. XLVI, 1994 (1). Pàg. 451-454.  
1994

GONZÁLEZ BEILFFUS, CRISTINA - “Nuevas normas catalanas: el código de  
familia y la ley de parejas de hecho.”- R.E.D.I- vol. L 1998

GONZÁLEZ BEILFFUS, CRISTINA - “Relaciones e interacciones entre Derecho  
Comunitario, Derecho Internacional Privado y Derecho de Familia Europeo en la  
construcción de un espacio judicial común.” - AEDIPr.t.IV, 2004.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. - “Diversification, spécialisation et matérialisation des  
regles de droit international privé.” Recueil des cours de l’Académie de Droit  
International, Tome 287 - 2000

GUZMAN ZAPATER, MÓNICA - “Divorcio sin intervención judicial y repudio.  
Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico” - Editorial Aranzadi SA.  
1999. Aranzadi Civil Vol. II Part Estudio

HACHEM, MOHAMED EL ARBI - “Le code tunisien de droit interna, Privé” - Rev.  
Crit. Dr. Internat. Privé 88 (1) Janvier-Mars 1999.

HAMMJE, PETRA - “Comentaris de sentències franceses” - Rev. Crit. Dr. Internat.  
Privé num. 93 (2) - avril-juin 2004

HERNÁNDEZ CABALLERO, MARÍA JOSÉ - *“Separación y divorcio internacional: su necesario tratamiento a nivel de adaptación”* - Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Núm. 6 - -Ed. LEX NOVA S.A. julio 2004.

HERRANZ BALLESTEROS, MÓNICA - *“El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”* - Ed.Aranzadi SA. - Pamplona 2004 - Aranzadi Civil 13/2004

HESS, BURKHARD - *“Nouvelles techniques de la cooperation judiciaire transfrontière en Europe”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 92 (2) avril-juin 2003

JAHEL, SELIM - *“La lente acculturation du droit maghrebin de la famille dans l’espace juridique français”* - Revue International de Droit Comparé 1 - 1994

JAHEL, SELIM - *“Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine.”* - R.I.D.C. 1-2003

JAHEL, SALIM - *“Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans”*-R.I.D.C. 4-2004.

KAHN, PHILIPPE *“Efectes del repudi a França. Comentari sentencies franceses”* - J.D.I. 2 - 1995

KERCKHOVE, ERIC *“Comentaris de sentències franceses”* - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 83(4) - Octubre-Décembre - 1994

KOHLER, CHRISTIAN - *“Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam.”* - Rev.Crit. Dr. Internat. Privé 88 (1) - Janvier-Mars - 1999

LABACA ZABALA, M<sup>a</sup>. LOURDES, - *“La familia polígama y pensión de Viudedad”* - Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm 22/2004. Ed. Aranzadi, SA. - Pamplona 2005

LAHLOU-RACHDI, NAJIA - *“Chronique de Jurisprudence marocaine”* - J.D.I. 2 - 1997

LARA AGUADO, ÁNGELES: *El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero*, p. 99-133. REDI, volum XLVIII , núm. 2, 1996.

LE GOFF, AYMERIC - *“Le port du voile islamique dans le domaine scolaire en France et en Allemagne.”*- R.I.D.C. 2-2005

LEGRAND, PIERRE - *“ Sens et non sens d’un coode civil européen”* - Revue International de Droit Comparé, N° 4 Oct-Des - 1996

LEQUETTE, YVES - "*Comentari Sent. 16-07-1998*" - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 88 Juillet-Septembre - 1999.

LÓPEZ BARGADOS, ALBERTO - "*Carisme i legitimitat al Marroc*" - L'Avenç - 1993.

LÓPEZ GARCÍA BERNABÉ - LARRAMENI MIGUEL H. - "*El Magreb*" - Cuadernos historia 16 - 1985.

LÓPEZ GARCÍA BERNABÉ - "*El Magreb en trance: la difícil transición a la democracia en los países del Magreb*" Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació N.2-3/2001

LOSADA, TERESA - "*La dona immigrant marroquina*" - DCDOP nº 43 1993.

LLISTERRI, JORDI - "*Una foto ben moguda*" Les minories religioses a Catalunya FOC NOU 12-01-2005.

MAHIEDDIN, NAHAS M. - "*La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien.*" — Revue international de droit comparé num. 1 Janvier-Mars 2006

MAILA JOSEPH - "*El modelo multicomunitario libanés: una organización del pluralismo religioso*"- Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació N. 1/2000

MARÍN LÓPEZ, ANTONIO - "*La prueba de la ley extranjera en la nueva ley de enjuiciamiento civil.*" AEDIPr T. I, 2001.

MARTÍN GARCÍA, JUAN JESÚS: "*La asistencia jurídica gratuita*". LOCUS APPELLATIONIS. Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de León, núm. 25, 1997, p. 43-49.

MARTÍN MUÑOZ, GEMA - "*Argelia y la desmitificación del origen de la violencia*" - Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació N.2-3/2001

MARTÍN RIAZA, J. ROMÁN - "*El reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras*" - IURIS, Núm. 83 Mayo 2004.

MASEDA RODRIGUEZ, J. - "*La aplicación judicial del derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" Actualidad civil 2002-12. Ed Aranzadi.

MERON, YAAKOV - "*L'accommodation de la répudiation musulmane*" - R.I.D.C. 4-1995

MEZGHANI, ALI – “*Quelle tolérance pour les répudiations?*” — Revue international de droit comparé num. 1 Janvier-Mars 2006

MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA – “*Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes – Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A. Coruña, 13 de julio 1998 (AS 2001, 1493)* – Editorial Aranzadi S.A. 2001- Aranzadi social 8/2001

MONÉGER, FRANÇOIS – “*Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?*” (1) J.D.I. 2, 1992

MONÉGER, FRANÇOISE – “*Les musulmans devant le juge français*” – J.D.I. 2, 1994

MONNET, NADJA – “*Cuando la diversidad se vuelve diferencia*” - Revista al hanna 2 - 2001.

MOULAY RCHID, ABDERRAZAK – “*Les droits de l’enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*” -). Recueil des cours de l’Académie de Droit International, Tome 268 - 1997

MOYA ESCUDERO, MERCEDES – “*Ley aplicable a la separación y al divorcio*” AEDIPr, 2005

MOYA ESCUDERO, MERCEDES – ZEK, HOUDA – “*Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos.*” – REDI vol. XLIX 1997.

MUERZA ESPARZA, JULIO – “*El reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*” – Actualidad Jurídica Aranzadi , Núm. 558 – 19 diciembre 2002.

MUIR WATT, HORATIA – ANCEL, BERTRAND- “*La desunion européenne: le règlement dit “Bruxelles II”* Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 90 (3) - Juillet-Septembre - 2001

MUIR WATT, HORATIA – “*Les principes généraux en droit international privé français.*” - J.D.I. 2 - 1997

MUIR WATT, HORATIA – “*Comentaris Jurisprudencia francesa*” - Rev. Crit. Dr. Internat. Privé, 90 (3) juillet-septembre 2001.

NIBOYET, MARIE-LAURE – “*Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*” — Revue international de droit comparé num. 1 Janvier-Mars 2006

NICOLAU COLL, AGUSTÍ – NICOLESCU, BASARAB – “Interculturalitat versus Transculturalitat” ILLACRUA, Núm. 101 -2002

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOZ, PATRICIA – “Repudio de una nacional española por ciudadano egipcio. Comentario del ATS 21-04-1998”. AEDIPr 2000.

OTERINO COQUE, M<sup>a</sup>.SOLEDAD- “Extranjería” - Revista IURIS nº 32 - Octubre 1999,Ed.. La Ley - Actualidad S.A.

PALAU MORENO, G. REDI Vol.XLVI (1994) I

PALOMA ABARCA, ANA - “Sobre los efectos o relaciones entre los cónyuges” - Revista sense precisar.

PAMBOUKIS, CHARALAMBOS - “Cometaris de sentències franceses” Rev. Crit. Dr. Internat Privé. 84 (1) janv-mars 1995.

PARADELA, NIEVES – “Islam. Islamismo y Occidente”-Revista de libros – núm.75, marzo 2003.

PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN – “Ley aplicable a la pensión alimenticia” - AEDIPr, 2004

PASTOR VITA, FRANCISCO JAVIER – “Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio” - Revista Derecho Familia núm. 28, julio-septiembre 2005.

PASTORE, FERRUCCIO – “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia” – Revista di diritto internazionale 1/1993

PÉREZ GONZÁLEZ I ALTRES. .”Revista española de Derecho Internacional” – 2002 – 1 vol. LIV.

PÉREZ UREÑA , ANTONIO-ALBERTO – “La competencia de los Tribunales Españoles y la Ley aplicable en los casos de separación y divorcio internacionales”- Revista Derecho de Familia, núm.24 – Ed. LEX NOVA – julio 2004.

PÉREZ VOITURIEZ, ANTONIO “La nueva ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del derecho extranjero” AEDIPr T. I, 2001

PONS I RIBAS QUIM - “El meu veí Hassan” Tres aproximacions al fenomen de la immigració - Quaderns Cristianisme i Justícia N.114 setembre 2002.

PONS DE VALL ALOMAR, MARTA - “Tret de sortida del nou Dret Processal Civil Inter.”. - Món Jurídic. Maig 2001.

PRIVOT, MICHAEL- “On va l’islam europeu? - DIALOGAL Núm. 7 -2003

PULIDO QUECEDO, MANUEL - *“La Prueba del Derecho extranjero ante el Tribunal Constitucional (Apunte sobre la STC 10/2000) – Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. Vol I Parte Tributaria. Editorial Aranzadi, Pamplona 2000.*

RAMADAN, TARIQ - DUCH, LLUÍS -GALTUNG, JOHAN - ROVIRA, FRANCESC - *“DOSSIER El paper de les religions al segle XXI” – MARC DE REFERÈNCIES. Tardor 2002*

RAMADAN, TARIQ - *“El futur de l’islam: reformar i compartir” – MARC DE REFERÈNCIES. Núm 19 – Any VII . Tardor 2003*

REBOLLEDO VARELA, ÀNGEL LUIS - *“Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial (I y II) – Editorial Aranzadi , Pamplona 2003 Aranzadi Civil 15/2003*

RODRÍGUEZ MANZANO, IRENE - *“Motores, dinámicas y consecuencias de los flujos migratorios internacionales, mitos y hechos” – En preparació . Cedit per l’autora*

RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA (Universidad Autónoma de Madrid) - *“El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental - LA LEY – Núm. 5944 de 30 de enero 2004*

RODRÍGUEZ PINEAU, ELENA .-*“Algunas cuestiones sobre la aplicación del reglamento CE.2201/2003 en España” – AEDIPr,t.IV, 2004.*

ROQUE, MARIA ÀNGELS *“Sociedad civil: estrategias de la ciudadanía” Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació N.2-3/2001.*

ROQUE, M<sup>a</sup>.ANGELS - MEDINA, F. XAVIER - *“El repte intercultural a Catalunya, les noves migracions mediterrànies” L’Avenç (dossier) núm. 226.- Juny 1997.*

REVILLARD, MARIEL - *“Comentaris sentències franceses”- Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 84(2) - Avril-Juin 1995.*

ROVIRA, FRANCESC - *Dones en l’islam. Amb entrevistes a Jadicha Candela i Cristina Gómiz. DIALOGAL NÚM. 5 – 2003.*

RUBIO GARRIDO, TOMÁS – *“Interrogantes y sombras sobre el código europeo de Derecho Privado y los juristas “europeístas” Revista de Derecho Privado.*

RUIZ SUTIL, CARMEN - *“Comentari del auto 1/04/2003, de l’Audiència Provincial de Barcelona – Sec. 18<sup>a</sup>.”- REDI, vol. LVI (2004), 1*

SÁEZ, ALBERT - *“Mocadors i moltes coses més”* - FOC NOU 11 de març 2002

SAÏDI, KAMEL - *“La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation.”* Revue critique de Droit Comparé. N° 1 Janvier-Mars 2006.

SALVADOR GUTIÉRREZ, SUSANA - *Aplicación en el Registro Civil del Reglamento Comunitario 1347/2000 “Bruselas II”. Análisis comparativo con el nuevo Reglamento Comunitario 2201/2003 que deroga al 1347/2000 respecto al reconocimiento registral de resoluciones judiciales en materia matrimonial.* Revista Derecho de Familia, núm.23 - Ed. LEX NOVA - abril 2004.

SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A. - *“Ley aplicable a los supuestos de separación y divorcio”*- AEDIPr, 2004

SAREHANE, FATNA - *“La répudiation, quels obstacles pour les Marocains résidant en France? (Exercice au Maroc et reconnaissance en France)”*

SAREHANE Fatna - LALHLOU-RACHDI - *Chronique de jurisprudence marocaine* J.D.I. 2 1997.

SIRAT, RENÉ-SAMUEL - *“On va el judaisme europeu?”* - DIALOGAL, Núm. 7 - 2003

SOLA LUCIA, LLUÍS - *“L’Islam un diàleg necessari”* - C.J. Quaderns 82 - Edita Cristianisme i Justícia.

SOTO MOYA, MERCEDES - *“Competencia de los tribunales españoles en materia de separación y divorcio”* AEDIPr 2004.

TOZY MOHAMED - *“Islam y política: el caso de Marruecos”*- Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació N. 1/2000.

VILADRICH MERCÈ - *“Análisis del devenir político: trece siglos de historia del Magreb”* - Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació N.2-3/2001

VILALTA NICUESA, A. ESTHER - *“Procesos de familia (II) Más sobre uniones de hecho y competencia”*- IURIS, Núm. 75 - Septiembre 2003

VILALTA NICUESA, A. ESTHER - *“Procesos de familia (III) Competencia en procesos de nulidad, separación y divorcio”* IURIS Núm. 78 - Diciembre 2003

VIÑAS FARRE, RAMON. *“El tratado entre el Reino de España y la República Popular de China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil”*l. REDI pag 454-458. Vol XLVI. 1994. (I)

VON MEHREN, ARTHUR T. - *“La redaction d’une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?”* Rev. Crit. Dr. Internat. Privé (Janvier-Mars) - 2001

ZEKRI, HOUDA - *“El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes.”*- REDI vol.LVI (2004) 1

ZGHAL ABDELKADER *“Crítica de la hipótesis de la incompatibilidad del Islam con los valores de la sociedad civil”* Quaderns de la Mediterrània Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació N.2-3/2001

### **Números monogràfics i col.leccions de revistes.**

TEMAS PARA EL DEBATE. *“Los emigrantes”* nº 43 - Junio 1998. (monogràfic).

ÀMBITS DE POLÍTICA I SOCIETAT del Col.legi de Doctors i Llicenciats en Ciències Polítiques i Sociologia de Catalunya (monogràfic) *“Cap una cultura de la integració Nosaltres, vosaltres, ells”* Núm. 18 Estiu 2001.

CRISTIANISME I JUSTÍCIA CONSELL PERMANENT - *“Islam i Occident”* - Quaderns Cristianisme i Justícia N.109 novembre 2001 (monogràfic)

VANGUARDIA (dossier) (monogràfic) *“Hacia donde va el Islam”* - Núm. 1 abril/juny 2002.

CAPÇALERA - Revista del Col.legi de Periodistes de Catalunya - juliol-agost 2002.

L’AVENÇ REVISTA D’HISTÒRIA I CULTURA (monogràfic) *“L’atracció de Barcelona, Migracions del segle 20 – núm. 277 – febrer 2003*

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA - Doctrina - Jurisprudencia - Legislación Editorial Lex Nova - Número 1 octubre 1998 - Múm. 7 abril 2000 - Núm. 9 octubre 2000 - Núm. 18 enero 2003 - Núm. 19 abril 2003 - Núm. 20 julio 2003 - Núm. 22 enero 2004 - Núm. 23 abril 2004 - Núm. 24 julio 2004 - 25 octubre 2004- 27 abril-junio 2005 - 28 julio-septiembre 2005- 29 octubre-diciembre 2005.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Des de 1993 a 2005.

REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA - Editorial Lex Nova - Número 3 julio 2003- Número 4 noviembre 2003- Número 6 julio 2004- Número 5 marzo 2004- Número 9 julio 2005.

FAMILIA Persona y familia - SEPIN - Febrero 2003, núm. 19.

BULLETIN DE JURISPRUDENCE FRANÇAIS. J.D.J. 2 1995.



CRÓNICA JURISPRUDENCIAL FRANCESA. Rev Crit. Dr. Interna. Privé des de 1993 a 2005-

*“Le nouveau divorce international”* GAZZETTE DU PALAIS (2º Sem) - 1976

## **ANUARIS, INFORMES I RECULLS ESTADÍSTICS.**

### **Anuaris**

AJA, ELISEO- NADAL, MÓNICA.(Dir.) LA IMMIGRACIÓ A CATALUNYA AVUI. ANUARI 2003– Editorial Mediterrània.

LÓPEZ GARCÍA, BERNABÉ, BERRIANE, MOHAMED – *“Atlas de la inmigración magrebí en España”* : Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos. –Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

MORGAN ROBIN (Coordinadora) *“Mujeres del mundo. Atlas de la situación femenina* - Editat per Vindicación feminista Hacer 1era. Edició 1993.

SEAGER, JONI – *“Atlas Akal del estado de la mujer en el mundo (Material cartogràfic)* Madrid : Akal 2001

VV.AA. - ANUARI DE LA IMMIGRACIÓ A CATALUNYA – Elaborat Grup d’Estudis sobre els Drets dels Immigrants . Instituts de Dret Públic. 1ª. Edició 2000 Ed. Mediterrània ISBN 84-8334-194-8

VV. AA. - *GESTIONAR LA DIVERSITAT – REFLEXIONS I EXPERIÈNCIES SOBRE LES POLITIQUES D’IMMIGRACIÓ A CATALUNYA “* - IEMed. MI 03-1. Monografies mediterrànies. 2003.

VV.AA. - *EL ESTADO DEL MUNDO. Anuario económico y geopolítico mundial.* ED. AKAL. Edicions 1995, 2004 i 2005

### **Informes**

COMISSIÓ EUROPEA: *Guía de asesoramiento jurídico i beneficio de justicia gratuita en el Espacio Económico Europeo.* Ed. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997.

ENQUESTA SOBRE L’ADMINISTRACIÓ DE JUSTÍCIA A CATALUNYA – Generalitat de Catalunya Departament de Justícia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada – juliol de 1998.

ARGUMENTAIRE RELIGIEUX, JURIDIQUE ET SOCIOLOGIQUE EN FAVEUR DU PLAN NATIONAL D’ACTION POUR L’INTEGRATION DE LA FEMME AU DÉVELOPPEMENT – 1998 Ministère de la culture et de la Communication-Maroc - [www.mincom.gov.ma](http://www.mincom.gov.ma)

Atlas de recursos per la immigració estrangera de la Província de Barcelona. Àrea de serveis socials. Diputació de Barcelona. 1999.

PROPUESTAS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA – Consejo General del Poder Judicial 2000.

LES APORTACIONS DE LES DONES IMMIGRANTS PER A LA INCLUSIÓ A LA CIUTADANIA CATALANA DEL SEU GRUP: informe primera fase (setembre-desembre 2002) – Centre de documentació - Generalitat de Catalunya - Institut Català de la Dona.

PLA DE LA CONVIVÈNCIA A MATARÓ - Ajuntament de Mataró 2000

TRAMITAR LA SEPARACIÓN DE UN MATRIMONIO MIXTO - IURIS ESTUDIANTES 2000.

MEMORIA 2001 CGPJ– Centro de Documentación Judicial – San Sebastián

CARTA DE DERECHOS DE LOS CIUDADANOS -Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Madrid, 5 marzo 2002.

OBSERVATORI DEL MERCAT LABORAL DEL MARESME – Dades socioeconòmiques del període 1996-2000 - Informació publicada el 2-07-2002- web: [www.ccmaresme.es](http://www.ccmaresme.es)

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO – *Informe Anual 2002 y debates en las Cortes Generales I Informe.*

LAS MUJERES MUSULMANAS A TRAVÉS DE LA PREMSA. Publicat a [webislam.com](http://webislam.com) (Temas) i [pangea.org](http://pangea.org) el 28-01-2003.

DEBATS D'IMMIGRACIÓ A CATALUNYA – Aportacions de la societat civil – Generalitat de Catalunya – Departament de la Presidència - Secretaria per a la immigració – abril 2003.

PRESENCIA I IMATGES DEL SUD ALS INFORMATIUS DE LES TELEVISIONS DE CATALUNYA.- Diputació de Barcelona, Àrea de Govern Gabinet de Relacions Internacionals. – juny 2003.

DISCOURS DE S.M. LE ROI MOHAMMED VI – LORS DE L'OUVERTURE DE LA DEUXIÈME ANNÉE LÉGISLATIVE DE LA 7ÈME LEGISLATURE (vendredi 10 octobre 2003)

CALVO, M.- GASCÓN, E. – GARCÍA, J. INMIGRACIÓN Y JUSTICIA. El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia. Laboratorio de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. 2003.

NOUVELLES ET PRINCIPALES DISPOSITIONS DE LA LOI 03-70 PORTANT CODE DE LA FAMILIA. Document de treball, facilitat per IEMED l'any 2004, que

recull un quadre comparatiu entre l'antiga legislació, els debats parlamentaris, les justificacions legals i religioses i el text final.

GUIDE PRACTIQUE DU CODE DE LA FAMILLE. Elaborada pel Ministeri de Justícia del Marroc en relació al Dahir n° 1.04.22 du hija 1424 (3 fevrier 2004) portant promulgation de la loi n° 70.03 portant code de la famille. 2004

RESUMEN DE LOS PRINCIPALES LINEAS DEL NUEVO CODIGO DE LA FAMILIA. Consulado de Marruecos en Madrid. Octubre 2004, publicat a internet [www.maec.gov.ma/madrid](http://www.maec.gov.ma/madrid)

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA – Guía para la profesión jurídica. – Editat per la Comissió Europea. 2004.

MEMORIA 2004 DE CÀRITAS DIOCESANA DE BARCELONA: “Un futur per a tothom”.

GEDDES, A.- NIESSEN J.- BALCH, A. -BULLEN, C. - PEIRO, M.J.. EUROPEAN CIVIL CITIZENSHIP AND INCLUSION INDEX. British Council Brussels. Foreign Policy Centre, Migration Policy Group. 2004.

L'ADVOCACIA – ESTAT ACTUAL I PERSPECTIVES DE FUTUR – ESTUDI RADIOGRAFIA DE LA PROFESSIÓ –COL.LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA – COMISSIÓ DE PROSPECTIVES SOCIOPROFESSIONALS – de 7 de juny 2005

L'ANUARI 05. Fundació Catalunya. TVE3. Catalunya Ràdio. AVUI.

Med. 2005 “*El año 2004 en el espacio euromediterráneo*” IEMed. - Fundació CIDOB

La Inmigración en España – Un enfoque Económico – MANUEL BALSAMEDA Economista Jefe para España y Europa – Servicio de Estudios BBVA - Madrid julio 2005.

LA RAZÓN PRINCIPAL PARA EMIGRAR ES LA PRESENCIA DE COMPATRIOTAS EN EL LUGAR DE DESTINO, SEGUIDA DE LOS NIVELES DE POBREZA Y DESEMPLEO EN EL PAÍS DE ORIGEN – FUNDACIÓN BBVA. Departamento de comunicación. 2005.

INFORMES, ESTUDIOS Y DOCUMENTOS – INFORME SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA – DEFENSOR DEL PUEBLO-MADRID 2005.

MIGRATIONS MEDITERRANEENNES – rapport 2005 – Cooperation project on the social integration of immigrants , migration, and the movement of persons – Financed by the European Commission --[www.carim.org/publications/Annual.asp](http://www.carim.org/publications/Annual.asp).

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS – “LIBRO VERDE SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y LA COMPETENCIA EN ASUNTOS DE DIVORCIO” COM(2005) 82 FINAL

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL “LIBRO VERDE SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y LA COMPETENCIA EN ASUNTOS DE DIVORCIO” COM(2005) 82 FINAL

LAS MIGRACIONES EN UN MUNDO INTERDEPENDIENTE: NUEVAS ORIENTACIONES PARA ACTUAR -INFORME DE LA COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONES. GLOBAL COMISIÓN ON INTERNATIONAL MIGRATION. 2005.

CONDICION SOCIAL DE LA MUJER ARGELINA: LAS CONTRADICCIONES DE SU SITUACIÓN - GEMA MARTÍN MUÑOZ –  
[www.ub.es/solidaritat/observatori/esp/argelia/temas/mujer.htm](http://www.ub.es/solidaritat/observatori/esp/argelia/temas/mujer.htm) (consulta feta a la web 2006

**INSTRUCCIÓN 1/04 de fiscalía sobre:** reclamación internacional de alimentos: legitimación: Convenio de Nueva York: intervención del Ministerio Fiscal: situación anterior y actual en la que no es un órgano de representación y de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia: la legitimación corresponde al interesado o al Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia como autoridad intermedia: período transitorio: continuación en la contestación a las solicitudes de información que se les dirijan desde la Fiscalía General sobre los expedientes pendientes mientras no se les reclame la devolución del mismo y en la tramitación judicial de las demandas interpuestas ante los Tribunales siempre que no se plantee por el Tribunal o alguna parte la ausencia de legitimación. (AZ JUR 2004/98101).

**GUÍA PRÁCTICA PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO BRUSELAS II** (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000). Versió actualitzada a 1 de juny de 2005, elaborada per la Comissió en consulta amb la xarxa judicial europea en matèria civil i mercantil. Es pot consultar [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm) (pàgina de la xarxa judicial europea en matèria civil i mercantil).

**INSTRUCCIÓN de 20/03/2006 de la DGRN** sobre prevención de del fraude documental en materia de estado civil. (BOE núm. 97 de 24-04-2006).

**RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 15-06-2006 de la DGRN** sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales. (BOE núm. 207 de 30-08-2006).

### **Reculls estadístics.**

ESTUDI DE LA POBLACIÓ A MATARÓ - Ajuntament de Mataró - 1999.

ANUARI ESTADÍSTIC DE CATALUNYA 2003 – Web: [www.idescat.net/cat/societat/socjustic.html](http://www.idescat.net/cat/societat/socjustic.html).

Dades estadístiques de INE i del IDESCAT, així com dels diferents Ajuntaments que han facilitat les seves dades estadístiques de població dels anys 1996, 1997, 1998 i 1999.

ANUARIO ESTADÍSTICO DE EXTRANJERÍA – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Secretaría de Estado de Inmigración – 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, (2002 presentación del anuario) 2003. Web: [www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos\\_index.html](http://www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos_index.html)

DADES BASIQUES DE JUSTICIA I SEURETAT A CATALUNYA 2003 – Generalitat de Catalunya Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

BOLETINES ESTADÍSTICOS DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN — Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Secretaría de Estado de Inmigración . N°. 04 enero 2005, n°. 03 septiembre 2004, n°. 02 junio 2004, n°. 01 marzo 2004, n° 8 abril 2006 Web: [www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos\\_index.html](http://www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos_index.html)

DATOS DE INMIGRACIÓN IRREGULAR POR MEDIO DE EMBARCACIONES, a fecha 31 de diciembre, de 2003 y 2004. – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Secretaría de Estado de Inmigración - Web: [www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos\\_index.html](http://www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos_index.html)

INFORMES ESTADÍSTICOS : EXTRANJEROS CON TARJETA O AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA EN VIGOR - – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Secretaría de Estado de Inmigración – a 31 de marzo 2005, a 31 diciembre 2004, a 30 septiembre 2004, a 30 junio 2004, a 31 diciembre 2004. Web: [www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos\\_index.html](http://www.extranjeros.mir.es/es/general/DatosEstadisticos_index.html)

INFORMES ESTADÍSTICOS :MATRIMONIOS Y DIVORCIOS – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales– Instituto de la Mujer. – Web: [www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/familia/matrimonios\\_divorcios.htm](http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/familia/matrimonios_divorcios.htm)

### **PONÈNCIES EN CONGRESOS I JORNADES.**

Ponència: situació actual del torn d'ofici i l'assistència jurídica gratuïta. Text i conclusions. I Congrés d'Advocats Joves de Catalunya, juny 1997.

Ponències de les I Jornadas de Estudio sobre la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, febrer 1998.

AMITI, KHADIJA - *“Femmes et citoyenneté dans le rive sud de la méditerranée. Cas du Maroc.”* Seminari Internacional *“Dona i ciutadania a la Mediterrània”*. Febrer 2003. IEMed.

AUBARELL, GEMMA. *“El paper de la dona en les noves tendències migratòries. Claus per una reflexió euromediterrània”*. Seminari Internacional *“Dona i ciutadania a la Mediterrània”*. Febrer 2003. IEMed.

BABADJI, Ramdane - *“Les relations entre la “Shari’a” et le droit positif”* - Curs: Europa davant la problemàtica jurídica del món islàmic” - novembre 1994

BENRADI, MALIKA - *“Femmes marocaines entre tradition et modernité: une citoyenneté inachevée (L’expérience du projet du plan d’action national pour l’intégration des femmes au développement)*. Seminari Internacional *“Dona i ciutadania a la Mediterrània”*. Febrer 2003. IEMed.

BRAMON, DOLORS- *“Las mujeres y el islam: tópicos e historia”*. Seminari Internacional *“Dona i ciutadania a la Mediterrània”*. Febrer 2003. IEMed.

DONALSON, Michael *“La immigració a debat: diversitat i ordenament jurídic*. Col·lecció Debats Fundació Jaume Bofill. Núm. 3. 2003. ([www.fbofill.es.org](http://www.fbofill.es.org))

DUPRET Baudoin - *“Interpreter l’Islam politique”* - Curs: Europa davant la problemàtica del món Islàmic. . novembre 1994.

*Les fonts del dret islàmic*. Els dimarts de l’Islam. Amics de la UNESCO de Barcelona. 4-11-2003.

EL MESSAOUDI, AMINA, EL HAKKAOUI, BASIMA, MASSANA, DOLORS. *Reforma de la mudawana i realitat social al Marroc*. IEMed. 18-12-2003.

KHADER BICHARA - *“Islam et modernité”* - Curs: Europa davant la problemàtica del món Islàmic - novembre 1994

MERNISSI, SALIMA- *“Le statut de la femme au Maroc”* - Curs: Europa davant la problemàtica del món Islàmic- Jornades de la UIMP novembre 1994.

PARELLA RUBIO, SONIA - *“La realitat social de les dones immigrants a Catalunya”* - CURS: EL MERCAT LABORAL I LES DONES IMMIGRANTS. Escola Universitaria del Maresme. 2001.

PARELLA RUBIO, SONIA - *“Retrat i evolució de la dona immigrant a Catalunya i Espanya”*. CURS: DONES IMMIGRANTS: FAMÍLIA CULTURA I INTEGRACIÓ. Escola Universitaria del Maresme. 2002

QUIÑÓNES, ANNA. *“Nacionales de países islámicos residentes en Europa: ¿ Que Derecho de familia? Seminari Internacional “Dona i ciutadania a la Mediterrània”*. Febrer 2003. IEMed.

RECOLONS, LLUÍS - *“Els processos migratoris a Catalunya 1990-2000”* - V Setmana de teologia. La immigració un problema teològic?. 2000.

SGHIR JANJAR, MOHAMED. *“Surgimiento de la sociedad civil en Marruecos: el caso del movimiento asociativo femenino”*. Seminari Internacional *“Dona i ciutadania a la Mediterrània”*. Febrer 2003. IEMed.

SEKIK, ONZA - *"Femmes et citoyenneté en Tunisie."Savoir-Faire: une stratégie socio-économique"* Seminari Internacional *"Dona i ciutadania a la Mediterrània"*. Febrer 2003. IEMed.

SGHIR JANJAR, MOHAMED *"Surgimiento de la sociedad civil en Marruecos: el caso del movimiento asociativo femenino "* Seminari Internacional *"Dona i ciutadania a la Mediterrània"*. Febrer 2003. IEMed.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. President AEAFA *"Les reformes no afrontades en els projectes de modificació de la separació i el divorci"* JORNADA DRET DE FAMILIA DEL 13/06/2005- CONSELL DEIL.LUSTRES COL.LEGIS D'ADVOCATS DE CATALUNYA

### **ARTICLES EN PREMSA**

LÓPEZ GARCÍA, BERNABÉ - *"¿Islam laico o estado teocrático?"* - EL PAÍS 29-09-1990.

KEPEL, GILLES - *"Los movimientos de la reislamización"* - EL PAÍS 29-09-1990

*"Argelia - Seiscientos españoles viven atemorizados ante las amenazas de los integristas islámicos que actúan contra los residentes extranjeros"* - Kim Amor - LA VANGUARDIA 12-12-1993

NAÏR, SAMI *"Las trampas del integrismo"* - EL PAÍS 15-12-1994

KEBIR, RABAH *"Negociación o dictadura y caos"* - EL PAÍS 15-12-1994

*"Ser mujer en Argelia. Diario íntimo de una tragedia"*- Semanal EL PAÍS 30/04/1995. Número 219. pag14 a 26.

*"Ahmed Ben Bella- Primer presidente de Argelia "Siempre hay un general tras los que matan en Argelia"* - EL PAÍS 16-11-1997

RAMOS RIOJA, ISABEL *"Las candidatas del islam"* -- LA VANGUARDIA 06-04-1997

MASANA, M<sup>a</sup> DOLORES *" La doble lucha de las mujeres argelinas"* - - LA VANGUARDIA 8-03-1998

*"Buteflika consigue una aplastante victoria en las urnas y legitimidad para su política de reformas"* - Cerca de un 99% de votos favorables en el referéndum sobre la paz en Argelia" - EL PAÍS 18-09-1999

*"El camino hacia la igualdad- Egipto y Marruecos proponen cambios en la legislación para reconocer los derechos de la mitad de su población"* - LA VANGUARDIA 29-01-2000

*“Masiva manifestació islamista al Marroc contra els drets de les dones – El pla de reforma del Codi de Família divideix el país” - AVUI 13-03-2000*

*“Aprobado el reconocimiento mutuo de sentencia en Derecho de Familia”- Noticiero Jurídico Aranzadi , núm. 67 – 8-06-2000*

*“El govern de Premià de Mar no tancarà la mesquita perquè ara diu que no té competències per fer-ho.” . EL PUNT 19-04-2001.*

*“Oposición a que los musulmanes alcen una mezquita en su solar. – LA VANGUARDIA 06-07-2001.*

*“Un futuro con pocos niños” – Revista LA VANGUARDIA 2/09/2001*

HEREDIA, SERGIO –*“Pañuelos con muchos significados” – REVISTA (La Vanguardia)- Domingo 24 febrero 2002*

RUIZ DÍAZ, JULIAN – *“La polémica del velo en la escuela” Los imperativos culturales no lo son tanto – Et. Ciervo 22 – abril 2002*

VÉLEZ-PELLIGRINI, LAURENTINO –*“ El ejemplo de la escuela republicana francesa” Et. Ciervo 23 –abril 2002*

*“Una rebelión de alto riesgo” – LA VANGUARDIA Revista 05-05-2002*

MOLINER, EMPAR . *“El racismo y la alcaldesa de Premià” -EL PAÍS 11-05-2002*

*“Mil vecinos rechazan la mezquita de Premià” - LA VANGUARDIA 19-05-2002*

CUNCHILLOS, MAITE - *“Divorcios a la carta” - ACTUALIDAD Aranzadi , núm.533 25-05-2002.*

*“Mataró y el colectivo musulmán firman un pacto de convivencia” –LA VANGUARDIA 09/06/2002.*

*“Mataró pacta con otra asociación islámica un local para su mezquita” LA VANGUARDIA 24-07-2002*

*“Premià y la comunidad musulmana firman el acuerdo que cierra la crisis de la mezquita” – LA VANGUARDIA 06-09-2002*

*“España y Alemania se reparten casi la mitad de los inmigrantes que llegan a Europa”- EL PAÍS 11-01-2003*

*“Premià crea el Consell per la Convivència” “EL PERIÓDICO” 15-01-2003*

*“Signos de contrarreforma en Marruecos” – EL PAÍS 9-02-2003.*

*“El nombre d’immigrants es triplica a Catalunya en 5 anys” EL PERIÓDICO 15-02-2003.*



*“La población extranjera aumenta en 22% en Cataluña por la reagrupación familiar”*  
– LA VANGUARDIA 15-02-2003

*“La inmigración legal descendió en 2002 por primera vez en 10 años”* – EL PAÍS 17-02-2003.

*“Cola para divorciarse a la española” Mujeres musulmanas esperan una reforma legal para separarse de sus maridos* - LA VANGUARDIA – 23-02-2003.

*“Mujeres bajo la sombra de la Mudawana”* - LA VANGUARDIA 8-03-2003

*“Procesan al imán de Fuengirola por incitar a la violencia doméstica”* – LA VANGUARDIA 25/04/2003

*“L'imparable esclat multiètnic – En els dos últims anys la població estrangera de la ciutat s'ha duplicat, fins a arribar al 10,7 %”* - EL PERIÓDICO 30-04-2003

*“Cataluña alcanza a Europa en inmigración”* – EL PAÍS, 10-05-2003

*“Un observatorio de la inmigración”* - EL PAÍS, 16-05-2003

*“Inmigrantes ante el juzgado”* – EL PAÍS 25-05-2003

VARGAS LLOSA, MARIO *“El velo islámico”*– EL PAÍS 22-06-2003

*“El 38% de los extranjeros afirma que se quedará en Cataluña”*. EL PAÍS 02-07-2003.

*“El perfil más frecuente del extranjero”* – ABC 02/07/2003

*“Sólo cuatro de diez inmigrantes tienen una intención clara de quedarse en Cataluña”*- ABC 02/07/2003

- *“El 64% dels immigrants tenen estudis”* – EL PERIÓDICO 02-07-2003

*“Mohamed VI hace historia al anunciar el fin de la poligamia y leyes a favor de la mujer”* – EL PAÍS 12-10-2003

MORÁN, GREGORIO *“El velo, el fuero y el huevo”* – LA VANGUARDIA 06-12-2003.

NADAL CARLOS – *“El debate sobre el velo musulmán”* – LA VANGUARDIA 28/12/2003.

*“Condena ejemplar al imán de Fuengirola”* – LA VANGUARDIA 15/01/2004

*“Los musulmanes de España aplauden la condena al imán de forma mayoritaria”* – LA VANGUARDIA 15/01/2004

*“El Parlamento marroquí reduce la desigualdad hombre-mujer”* LA VANGUARDIA 18-01-2004

“ *El maquillaje es el velo occidental*” Entrevista a Nawal El Sadawi per Lluís Amigué – REVISTA La Vanguardia 4-04-2004.

TUQUOI, JEAN-PIERRE - “*Le gouvernement algérien prépare un nouveau code de la famille plus favorable aux femmes*” – - LE MONDE 29-09-2004

“*La población de España ya supera los 43 millones de habitantes*” EL PAÍS 14-10-2004.

RAMOS RIOJA, ISABEL - “*Bajo el dilema del velo*” Marruecos – MAGAZINE La Vanguardia – Núm. 59 - 14 noviembre 2004,

“ *La mujer marroquí no logra aún la igualdad*” - EL PAÍS 21-02-2005.

BEAUGÉ, FLORENCE – “*Ourida Chouaki, président de l’association féministe “Tharwa n’Fadma n’Soummer” “Cette réforme est une concession de plus faite aux islamistes*” –LE MONDE 25-02-2005.

BERNARD PHILIPPE - “*Un impact limité pour les immigrés vivant en France*” – LE MONDE 25-02-2005.

“*Mariage, polygamie, héritage et aménagements du droit de la nationalité*” – LE MONDE 25-02-2005

BEAUGÉ, FLORENCE – “*En Algérie, le code de la famille maintient la femme sous tutelle*” - LE MONDE 25-02-2005

“*L’Algérie modifie le code de la famille*” – LE MONDE 25-02-2005

“*Europe’s identity crisis*” *Is multiculturalism dead? Inside the bitter backlash against Muslim immigrants.* A special report - TIME 28-02-2005

“*La población marroquí aumenta en Cataluña el 500% en 12 años*” EL PAÍS 03-03-2005.

“*Argelia reforma el código de familia, pero mantiene la tutoría masculina sobre la mujer*” IGNACIO CEMBRERO – EL PAÍS 03-03-2005

“*Algérie: Ce qui change dans le code de la famille: A défaut d’égalité, plus de protection pour les femmes*” LE QUOTIDIEN D’ORAN – 10-03-2005

“*El despertar de las árabes*” – EL PAÍS 8-05-2005

“*Catalunya, país sin fronteras – En los dos últimos años ha acogido más inmigrantes que Alemania o Francia.* – LA VANGUARDIA 15-05-2005

“*El Maresme creix menys que altres anys, però ja s’acosta als 400.000 habitants.*” - EL PUNT 17-05-2005

*“Càritas reclama una renda mínima per frenar la pobresa”* EL PERIÓDICO 27-05-2005

*“El 41% de las musulmanas en Cataluña trabajan fuera de casa”* - EL PAÍS, 11/06/2005

*“Més mataronins, però no tants”* - EL PUNT – 11/06/2005

*“La inmigración se modera a pesar del proceso de regularización” – La cifra de inmigrantes empadronados creció el 11% en 2004* –EL PAÍS, 23-06-2005.

*“España registra la mayor cifra de nacimientos desde 1985”* – EL PAÍS, 23-06-2005

*“Más bodas con extranjeros”* EL PAÍS, 23-06-2005

*“Dones treballadores del Marroc: vida i migració”* – NOVA CIUTAT VELLA – Juny 2005

*“España, quinto país de la UE en la integración de inmigrantes”.* EL PAÍS – 13/06/2005

*“Islam en las escuelas”* –EL PAÍS 23-10-2005

*“El islam deja asomar el feminismo más combativo”* - LA VANGUARDIA -30-10-2005

*“Cautivas en nombre de Alà”.* – EL PAÍS 07/01/2006.

*“La revisión del padrón rebajará la cifra de inmigrantes”* – EL PAÍS, 15/01/2006.

*“Los retos de la multiculturalidad”* –LA VANGUARDIA 15/01/2006

*“El número de extranjeros residentes en España crece un 23% en un año”* – EL PAÍS 17/01/2006

*“La población extranjera alcanza su mayor aumento con 700.000 personas en un año” ya suponen el 8,5 % de la población* – EL PAÍS 18/01/2006

*“Una marroquí se divorcia en España contra el deseo del esposo”* – EL PAÍS 18/01/2006

*“El 73% de los jóvenes marroquíes sólo se casaría con musulmanes”-* EL PAÍS 25/01/2006.

*“La ministra holandesa de Inmigración quiere que en la calle sólo se hable holandés”* – EL PAÍS 30/01/2006.

*“La inmigración también escoge – Los musulmanes prefieren Catalunya; los latinoamericanos optan por Madrid”* - LA VANGUARDIA 26/03/2006.

*“Las marroquíes no logran la igualdad” - EL PAÍS 21/05/2006.*

*“Tantos extranjeros como en Francia, España, con 4 millones, es ya el segundo país con más inmigrantes de la UE” - LA VANGUARDIA 11/06/2006.*

*- “Musulmanes y occidentales se miran con desconfianza “ - EL PAÍS 24/06/2006.*

*“La població estrangera s’ha multiplicat per cinc en sis anys” - L’AVUI 29/06/2006.*

*“El número de inmigrante se multiplica por cinco en seis años y un tercio de ellos son irregulares” - EL PAIS 29/06/2006.*

## **TEXTOS NORMATIUS**

### **Normativa comunitaria**

Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre 2000, del Consejo Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Reglamento (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo 2000 del Consejo. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre 2003, del Consejo. Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y deroga Reglamento (CE) núm.1347/2000, de 29 de mayo, del Consejo

Reglamento (CE) núm. 1348/2000. de 29 de mayo 2000, del Consejo. Notificación y traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

Reglamento (CE) núm. 1206/2001. de 28 de mayo 2001, del Consejo. Cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Directiva 2003/8/CE, de 27 enero 2003, del Consejo, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

### **Convenis internacionals**

Convenio de cooperació judicial en matèria civil, mercantil i administrativa entre el Regne de Espanya i el Regne de Marruecos de 30-05-1997. BOE de 24-06-1997.

Convenio entre el Regne de Espanya i el Regne de Marruecos sobre assistència judicial, reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria de drets de custòdia i dret de visita i devolució de menors de 30-05-1997. BOE de 24-06-1997.

Convenio Espanya-Túnez, 24 setembre 2001. Assistència judicial en matèria civil i mercantil i reconeixement i execució de resolucions judicials, fet a Túnez. Instrument de ratificació 28 octubre 2002.

Convenio entre el Regne de Espanya i la República Argelina democràtica i popular, relatiu a la assistència judicial en el àmbit civil i mercantil, fet ad referendum en Madrid el 24-02-2005 (BOE de 1-05-2006).

Conveni de la Haia relatiu al procediment civil, de 1 de març de 1954.

Conveni de la Haia encaminat a facilitar l'accés internacional a la justícia, de 25 d'octubre de 1980.

Conveni de la Haia de 25-10-1980 sobre aspectes civils de la substracció internacional de menors.

Conveni de la Haia de 2-10-1973 sobre la llei aplicable a les obligacions alimentàries.

Conveni de la Haia de 19-10-1996 sobre competència, llei aplicable, reconeixement i execució en la cooperació en matèria de responsabilitat parental i mesures de protecció dels menors. (encara no ratificat per Espanya)

Convenis bilaterals d'assistència judicial, de cooperació d'autoritats i reconeixement i execució de resolucions judicials estrangeres continguts a *Legislación básica de Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, 6ena edició, 1996. També tots els continguts a *Código de Derecho Internacional Privado. Colección códigos básicos*. Editorial Aranzadi. 2º ed 2004.

Conveni bilateral amb la URSS de 26-10-90, ratificat el 22-11-96. BOE, 25-6-97, núm. 151, p. 19.579 i següents.

Estat de les signatures i ratificacions dels Convenis de la Haia i dels Convenis de Brusel·les i Lugano. REDI, volum XLIX, núm. I, 1997.

Resolucions de la Secretaria General Tècnica del Ministeri d'Afers Exteriors, sobre aplicació de l'article 32 del Decret 801/1972, relatiu a l'ordenació de

l'activitat de l'Administració de l'Estat en matèria de Tractats Internacionals, publicades al BOE.

Acuerdo euro-mediterraneo de 17-07-1995. Creación de una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros por una parte y la República de Tunes por otra. BOE de 26-03-1998. Núm 73 Suplemento.

Acto del Consejo de 28 de mayo de 1998 por el que se celebra con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea el convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOCE, sèrie C, núm. 221, 16-07-1998, p. 1-18.

### **Repertoris de legislació.**

*Legislación básica de Derecho Internacional Privado.* Editorial Tecnos. 6º edició 1996.

*Código de Derecho Internacional Privado. Colección códigos básicos.* Editorial Aranzadi. 2º ed 2004. (edición preparada por IRIARTE ÁNGEL, J.L.; PÉREZ BEVIÁ, J.A.; COMTE GUILLEMET, N.)

- BASE DE DADES DE LEGISLACIÓ ARANZADI.

### **Normativa interna.**

Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, 1/1996, de 10 de gener.

Real Decreto 2103/96, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (BOE 14-04-2000).

LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE 12-01-2000).

LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE

RD 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre. (BOE 21-7-2000).

LO 11/2003 de 29 de setiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE 30-09-2003).

LO 14/2003, de 20 de noviembre de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre; de la ley 7/1985 de las Bases del Régimen Local; de la ley 3071992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y de la ley 3/1991, de 10 de enero de la competencia desleal (BOE 21-11-2003).

RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE 7-01-2005).

Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (BOE 2-07-2005).

Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE 9-07-2005).

Ley 16/2005 de 18 de julio por la que se modifica la Ley 1/1996 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea.

Resolución circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. (BOE 8-08-2005).

Legislació estrangera

#### **Algèria:**

- Code de la famille. Loi 84-11 du 9/07/1984.
- Notes sobre les reformes al Codi de família introduïdes per la reforma aprovada pel govern el 23-02-2005.

#### **Marroc:**

- Code du Statut Peronnel 1957-1958. (text que recull els Dahirs de 22-11-1957 (BO n° 2378 de 23/05/1958) sobre el matrimoni i la seva dissolució, dari de 18-12-1957 (BO 2387 de 25/07/1958) sobre filiació i Dari de 25-01-1958 (BO 2409 de 26/12/1958) sobre capacitat i representació legal).
- Code du Statut Peronnel 1993 modificat per Dahir 10-09-1993 (BO 4222 de 29-9-1993).
- Dahir n° 1.04.22 DU HIJA 1424 (3 FEVRIER 2004) PORTANT PROMULGATION DE LA LOI N° 70.03 PORTANT CODE DE LA FAMILLE. (Traducció no oficial al Francés realitzada per el Ministerio de Justicia de Marruecos. Diciembre de 2004).
- *La Mudawana – El nou Codi de Família marroquí* - Col.legi Advocats Barcelona – Grup Advocats joves –Comissió Dones Advocades – Ed. Mediterrània SL – novembre 2005. Edició comentada per QUIÑONES ESCAMES, ANNA.

#### **Tunísia:**

- Code du Statut Personel. Decret du 13/08/1956 (6 noharem 1376) portant promulgation du code du Statut Personnel. JOT n ° 104 de 28/12/56
- 

EL CORAN. Edición preparada por Julio CORTÉS. Ed. Herder. 1986.

EL CORAN. Introducción, traducción y notas de Juan VERNET. Ed. Planeta SA. 1991.

### **Treballs preparatoris**

Conférence de la Haye de Droit International Privé. Actes et documents de la quatorzième session. (6 au 25 Octobre 1980) Tome IV. Entraide Judiciaire. Edités par le Bureau Permanent de la Conférence, Imprimerie National/ La Haye 1983.

Informe P. Jenard-Möller sobre el Conveni de Lugano de 16 de setembre de 1988, relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil. DOCE, sèrie C, núm. 189, 28-7-90, p. 80

Informe P. Jenard sobre el Conveni de Brusel.les de 27 de setembre de 1968, relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil. DOCE, sèrie C, núm. 189, 28-7-90, p. 169-170.

Informe A. Borrás, explicatiu del Conveni celebrat d'acord amb l'article K3 del Tractat de la Unió Europea sobre la competència, el reconeixament i la execució de resolucions judicials en matèria matrimonial. DOCE, sèrie C, núm. 221, 16-07-1998, p. 27-65.

*Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (presentada por la Comisión) SEC (2005) 1629. Brusel.les 15-12-2005 COM (2005) 649 final. 2005/0259 (CNS)*

### **Jurisprudència**

- Bases de dades de Jurisprudència d'Aranzadi.
- Base de dades de EL DERECHO
- Base de dades EL DERECHO FAMILIA

### **Pàgines web**

[www.webislam.com](http://www.webislam.com)

[www.imarabe.org](http://www.imarabe.org) (Inst. Monde Arabe Paris)

[www.springerlink.com](http://www.springerlink.com) (Arab law quarterly)

[www.irmcmaghreb.org](http://www.irmcmaghreb.org) (Institut de recherché sur le Magreb)



[www.maec.gov.ma](http://www.maec.gov.ma) (pàgina web del ministeri d'afers estrangers marroquí)

[www.mincom.gov.ma](http://www.mincom.gov.ma) (pàgina web del ministeri de comunicació marroquí)

[www.ejustice.justice.gov.ma](http://www.ejustice.justice.gov.ma) (pàgina web del ministeri de justícia marroquí)

[www.mujiresenred.net](http://www.mujiresenred.net)

[www.marocainsdumonde.gov.ma](http://www.marocainsdumonde.gov.ma) (pagina del Ministeri encarregat de la comunitat marroquina a l'exterior, depenent del Ministeri d'Afers estrangers i de cooperació)

[www.cmidef@iam.net.ma](mailto:www.cmidef@iam.net.ma) (Centre Marocain d'Information, de Documentation et d'Études pour la femme)

[www.ministeres.tn](http://www.ministeres.tn) (pàgina web del govern de Tunísia)

[www.juristetunisie.com](http://www.juristetunisie.com) (Codi sencer)

[www.iemed.org](http://www.iemed.org) (pàgina web de l'Institut Europeu de la Mediterrània)

[www.ine.es](http://www.ine.es) (pàgina web Institut Nacional Estadística)

[www.cgpj.es](http://www.cgpj.es) (pàgina web del Consell General del Poder Judicial)

[www.gencat.net](http://www.gencat.net) (pàgina web de la Generalitat de Catalunya)

[www.bbva.com](http://www.bbva.com) (Fundación BBVA)

[www.mininteriorjusticia.gov.es](http://www.mininteriorjusticia.gov.es) (Ministerio del Interior y de Justicia. República de Colombia)

[www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es) ((la página del defensor del pueblo)

[www.maec.es](http://www.maec.es) (Ministeri d'Afers Exteriors i de Cooperació del Govern espanyol.

[www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) (pàgina del diari francès Le monde)

[www.lemonde-diplomatique.fr](http://www.lemonde-diplomatique.fr)

[www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/remi/](http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/remi/) (pàgina web de laLa Revue Européenne des Migrations Internationales)

[www.cemes.org/](http://www.cemes.org/) (pàgina web deCentre for European Migration and Ethnic Studies)

[www.carim.org](http://www.carim.org) (Euro Mediterranean Consortium for Applied Research on International Migration)

[www.gcim.org/es](http://www.gcim.org/es) (Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales)

[www.europarl.eu.int/delegations/noneurope/id/dmaq/default-en.htm](http://www.europarl.eu.int/delegations/noneurope/id/dmaq/default-en.htm)  
(Parlament Europeu, Delegació per a les Relacions amb els Països del Magreb i la Unió del Magreb Àrab.)

[www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org) (Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos)

[www.fride.org](http://www.fride.org) (FRIDE. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior)

[www.medeas.be](http://www.medeas.be) (MEDEA Intitut europeu de recherche sur la coopération méditerranéenne et euro-arabe)

[www.aspeninstitute.it](http://www.aspeninstitute.it) (Aspen Institute Italia)

[www.euromesco.net](http://www.euromesco.net) (Euro-Mediterranean Study Comisión. Network of Independent Research Institutes)

[www.ministeriorjusticia.gov.co](http://www.ministeriorjusticia.gov.co) (Ministerio del Interior y de Justicia República de Colombia)

[www.freedomhouse.org](http://www.freedomhouse.org)

[www.tn.refer.org](http://www.tn.refer.org) (Legislació Tunisia)

[www.lexalgeria.net](http://www.lexalgeria.net) (Legislació Algèria)

[www.ins.nat.tn](http://www.ins.nat.tn). (National de la Statistique de Tunisia)

[www.hcch.net](http://www.hcch.net) (Conferència de la Haia Dret Internacional Privat)

[www.mediterraneas.org](http://www.mediterraneas.org) (Dones Mediterrànies)

[www.gisti.org](http://www.gisti.org) (Groupe d'information et de soutien des immigrants)

[www.cidob.es](http://www.cidob.es)

[www.intermigra.info/extranjeria](http://www.intermigra.info/extranjeria)

[www.techno.net.ma/femmes/fadela.htm](http://www.techno.net.ma/femmes/fadela.htm) (guia sobre els drets de la dona musulmana al Marroc).

[www.un.org/spanish](http://www.un.org/spanish) (pàgina de les Nacions Unides)

[www.ohchr.org/spanish](http://www.ohchr.org/spanish) (Oficina del Alt Comissionat de les Nacions Unides pels Drets Humans).

[http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm) (pàgina de la xarxa judicial europea en matèria civil i mercantil).

[www.fbofill.es.org](http://www.fbofill.es.org) (pàgina web de la Fundació Jaume Bofill).

[www.amnesty.org/library](http://www.amnesty.org/library) (pàgina d'Amnistia Internacional).