

## REVISTA DE REVISTAS

Derecho comparado . . . . . 1250

un grupo compuesto por padre, madre e hijos. Las otras posibilidades o son ignoradas o se habla de la "ruptura de la familia" para referirse a la ruptura del vínculo matrimonial. La ignorancia apunta precisamente a las alternativas que la inseminación artificial ofrece a aquellas mujeres que desean tener hijos pero no quieren tener relaciones con ningún varón. ¿Por qué calificar de antinatural algo que existe en la naturaleza?, ¿por qué señalar como patológico el deseo de la maternidad cuando durante siglos se le ha impuesto esta carga a la mujer sólo porque se realiza fuera de lo tradicionalmente aceptado?

Es cierto que el legislador debe adecuar nuestros ordenamientos a las nuevas circunstancias que se presentan en la evolución de la comunidad en cuestión, pero es de vital importancia que junto con esta adecuación se rompan estructuras sociales obsoletas y se legisle reconociendo, aceptando e, incluso, aprobando las diferencias que existen en la naturaleza humana.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE y NOROÑA

## DERECHO COMPARADO

BORRMANS, M., "Le nouveau Code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 1, enero-marzo de 1986, pp. 113-139.

¿Cómo situar el nuevo Código argelino de familia en el conjunto de los códigos musulmanos de estatuto personal? La cuestión es importante; en efecto, se trata de saber, por una parte, si Argelia ha tomado en cuenta la experiencia de los demás, y, por otra, de examinar las tendencias más o menos evolutivas del nuevo texto.

El Código argelino de familia, promulgado el 9 de junio de 1984, es el primero de esta categoría en Argelia, y se inserta en el amplio proceso de codificación del estatuto personal, que los países árabes conocen desde principio de este siglo. Ahora bien, en este dominio que interesa de muy cerca el Corán, el codificar aparece ya como una innovación importante, pues se trata de interpretar en términos precisos y en fórmulas limitativas el conjunto de disposiciones de la ley

islámica (la *Saria*) que, hasta hace poco, los jueces podían interpretar según métodos y criterios muy diversos.

El autor se propone examinar los puntos más relevantes del nuevo estatuto de la familia en materia de matrimonio, repudiación, divorcio y sucesión, así como comparar las soluciones argelinas actuales con las que han adoptado en este dominio las legislaciones anteriores del Islam árabe, elaboradas entre 1919 y 1984.

1. *¿Cuál es la edad mínima para contraer matrimonio?* Mientras el derecho musulmán clásico contempla siempre el matrimonio de los menores y otorga un derecho de constreñimiento al padre o a otro agnado interesado, el Código argelino fija la edad mínima en 21 años para el hombre y en 18 para la mujer. En este dominio, el legislador argelino revela ser el más exigente; en efecto, en varios países árabe-islámicos las edades establecidas varían entre 20 y 16 años para el hombre, y entre 15 y 17 años para la mujer.

2. *¿Qué sucede con el permiso poligámico?* La poligamia está prohibida so pena de nulidad en Túnez (desde 1964); en cambio, está autorizada en todas partes —si bien está sometida a ciertas condiciones, puesto que el Corán exige que el marido “sea equitativo entre sus esposas”—. En Argelia, Marruecos y Jordania, es atributo del marido el apreciar la referida condición de equidad; pero en Irak y en Siria, al juez es a quien compete apreciarla. El único freno que pone el Código argelino al permiso poligámico existe también en varios otros países árabe-musulmanos: la primera esposa debe ser informada del segundo matrimonio que se proyecta (y, en consecuencia, aceptar convertirse en coesposa), así como la segunda esposa debe ser enterada del matrimonio preexistente (y aceptar también convertirse en coesposa). Si una u otra no hubiere sido informada, podrá demandar el divorcio por dolo evidente y/o perjuicio grave.

3. *¿Sigue siendo la diferencia de religión un impedimento al matrimonio?* En este dominio, el legislador argelino adopta el derecho musulmán clásico, como los demás códigos árabes contemporáneos: prohíbe, pues, el matrimonio de la musulmana con un no musulmán, “dando así a entender que el musulmán sí puede casarse con una mujer no musulmana”.

4. *¿Qué es del impedimento clásico de “triple repudiación/divorcio”?* Aquí también el Código argelino sigue los demás legisladores árabes, al establecer que “está prohibido volver a casarse con la esposa repudiada/divorciada tres veces sucesivamente hasta que la interesada haya observado el periodo de continencia consecutivo a un nuevo ma-

trimonio celebrado con un tercero y disuelto después de haber sido consumado”.

5. *¿Debe la futura esposa acudir a un tutor matrimonial?* Conforme a la interpretación malekita del derecho musulmán clásico, y como en Marruecos y Koweit, el Código argelino mantiene la obligación de acudir a un tutor matrimonial (el pariente agnado más cercano) que representará de oficio a la futura esposa durante la ceremonia contractual y expresará su libre consentimiento. Notemos que si bien el consentimiento de la mujer de ahora en adelante es exigido expresamente so pena de nulidad, en cambio el tutor matrimonial es quien debe expresarlo... ¡y no la interesada!

6. *¿Qué es de la forma y de la prueba del matrimonio?* Como los demás códigos árabes contemporáneos, el Código argelino mantiene las condiciones esenciales que exige el derecho clásico: pregunta y aceptación expresadas durante una misma ceremonia contractual en la que el futuro esposo y el tutor matrimonial expresan los consentimientos de las partes ante dos testigos, la dote y su monto siendo determinados en el mismo contrato. Así es, pues, la forma del matrimonio cuya prueba está establecida por el acta celebrada ante un notario o un funcionario legalmente habilitado, quien debe asegurar la transcripción del documento en el registro del estado civil.

7. *¿Puede el hombre argelino valerse todavía de la repudiación?* El derecho musulmán clásico se ha esforzado en disciplinar el poder discrecional que reconoce a todo marido musulmán de repudiar a su esposa, cuando y como quiera, sin nunca tener que justificar su actitud. Varios códigos modernos (Koweit, Irak, Siria, etcétera) consagran las múltiples formas de la repudiación clásica. Por su parte, el legislador argelino establece: “El tribunal pronunciará el divorcio: 1) en caso de consentimiento mutuo de los esposos; 2) a petición de uno de los cónyuges en razón del perjuicio que ha sufrido, y 3) a petición del marido o de la mujer.” De ahí que el divorcio solamente puede proceder de una sentencia del tribunal. En realidad, los dos primeros tipos de divorcio (consentimiento mutuo, petición de la esposa) corresponden a la repudiación pura y simple y a la repudiación a petición de la esposa; pero la innovación radica en la necesidad de acudir a un tribunal para obtener un fallo del juez.

8. *¿Cuáles son entonces las causas actuales del divorcio?* Como las demás legislaciones árabes contemporáneas que han adoptado la solución asentada en favor de la mujer por el derecho musulmán clásico, el Código argelino autoriza, pues, a la esposa para demandar el divor-

cio por falta de pago de la pensión alimentaria, por vicio redhibitorio del marido, por la ausencia más o menos prolongada del mismo, por perjuicio, o por desavenencia caracterizada.

9. *¿Existe vocación hereditaria entre personas de religiones diferentes?* El derecho musulmán clásico siempre ha afirmado que no existe ninguna vocación sucesoria entre un musulmán y un no musulmán—solución adoptada por Marruecos, Koweit, Siria y Egipto—. Por su parte, el Código argelino, a ejemplo del tunecino, ha preferido guardar silencio en este dominio: para heredar, basta con “no encontrarse incurso en una causa de incapacidad para suceder”.

10. *¿Qué sucede con el “reliquat” de la masa hereditaria cuando no hay herederos agnados?* El derecho musulmán clásico establece una partición diferente de la masa hereditaria entre los herederos, según sean herederos reservatorios o herederos universales (agnados). ¿Qué sucede, pues, cuando el patrimonio no ha sido enteramente distribuido entre los reservatarios y cuando no existe heredero universal? La interpretación hanafita del derecho clásico propone una distribución del *reliquat* entre los herederos reservatarios, a título de “retorno”. El Código argelino, a ejemplos de las legislaciones siria, egipcia y jordana, establece que el *reliquat* será repartido entre los reservatarios a prorrata de sus partes hereditarias, y a exclusión del cónyuge supérstite.

11. *¿Existirá de ahora en adelante un derecho de “representación hereditaria”?* Según el derecho musulmán clásico, los nietos de un hijo premoriente del *de cuius* no pueden suceder, puesto que son suplantados por sus tíos y tías: no pueden, pues, recoger la parte que hubiere sido atribuida a su padre si éste fuere vivo, a título de “representación hereditaria”. La interpretación zahirita del derecho musulmán clásico ha resuelto este difícil problema: constituye a los referidos nietos en beneficiarios de un testamento que el *de cuius* hubiese debido redactar en su favor: el llamado “testamento obligatorio”. Después de Egipto, Siria, Marruecos, Túnez y Jordania, el legislador argelino adopta esta misma solución jurídica: se aplicará a los nietos del hijo premoriente, en la medida en que la parte así concedida no exceda de la tercera parte de la masa hereditaria, y siempre que los interesados no sean beneficiarios por otra parte de herencia, legado o donación.

### Conclusión

Este estudio de derecho comparado nos permite situar las opciones del legislador argelino en materia de derecho familiar. Así es como se ha inspirado en el derecho musulmán clásico en los dominios en que numerosos códigos árabes demuestran ser conservadores; se ha atrevido a adoptar ciertas disposiciones evolutivas en los dominios en que los demás códigos manifiestan la misma tendencia; y, en fin, ha ido más lejos en diferentes puntos muy precisos, a ejemplo del legislador tunecino. El Código argelino de 1984 —destaca el autor— refleja el deseo fundamental de dar a la familia un marco que sigue siendo auténticamente árabe-islámico, a la par que acoge con prudencia ciertas evoluciones.

Monique LIONS

GÉLARD, Patrice, "Les transformations constitutionnelles en Pologne et en Hongrie", *Pouvoirs*, París, núm. 38, 1986, pp. 127-134.

#### 1. *La creación de jurisdicciones constitucionales*

Hasta hace unos veinte años, la tradición jurídica constitucional de los Estados socialistas europeos no era favorable al control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos y tampoco al de la legalidad de los actos administrativos. En efecto, siendo la Asamblea el órgano supremo del poder, sus actos no podían ser sometidos a control alguno.

Esta situación ha ido modificándose a partir de la década de los sesenta. Así es como la Constitución yugoslava de 1963 y la carta federal checoslovaca de 1968 han creado sendas *Cortes Constitucionales*, y en varios países (Bulgaria, Rumania, etcétera), se han dictado disposiciones tendentes a asegurar el respeto a la Constitución.

Además, una nueva etapa acaba de abrirse: Hungría, desde 1984, y Polonia en 1986, se han dotado de un órgano específicamente encargado de velar por el control de la constitucionalidad. En efecto, en Hungría, la ley número 1 de 1984 crea un *Consejo del Derecho Constitucional*, y la ley polaca de 29 de abril de 1985 instituye un *Tribunal Constitucional* que empezó a funcionar el 1º de enero de 1986.

1) *Composición de las jurisdicciones constitucionales.* El Consejo del derecho constitucional húngaro está integrado por 11 a 17 miembros, elegidos por la Asamblea y revocados por la misma, que ejercen sus funciones durante cuatro años, es decir, durante una legislatura. Por otra parte, el ministro de Justicia, el presidente de la Corte Suprema y el procurador general participan en las sesiones del Consejo con voz consultiva.

El Tribunal Constitucional polaco consta de doce miembros elegidos y destituidos por la Dieta, que ejercen su mandato durante ocho años.

2) *Competencias y reglas procesales.* El Consejo del derecho constitucional es competente respecto de cualquier texto: leyes, reglamentos, actos administrativos de las autoridades centrales o locales, contratos, etcétera; por su parte, la competencia del Tribunal polaco es más restringida, pues existen tribunales administrativos. En efecto, el Tribunal es competente solamente para las leyes y los reglamentos dictados por el Consejo de Estado (es decir, el jefe del Estado, órgano colegiado), el gobierno o la administración central, con exclusión de los actos de las autoridades locales. Tanto el Consejo húngaro como el Tribunal polaco deben presentar un informe anual ante la Asamblea legislativa.

Las modalidades de *saisine* (el someter un caso al examen del juez) son comparables en los dos países. Solamente determinadas autoridades u organismos pueden acudir al juez constitucional, pero su número es mucho más extenso que en el caso de la *saisine* francesa.

El Consejo húngaro puede conocer un caso de por sí, o sea de oficio; también la Asamblea, el Consejo de ministros, un diputado, un miembro del gobierno, el presidente de la Corte Suprema y el procurador general pueden someterle un asunto, así como los dirigentes de las organizaciones sociales (sindicatos, movimientos de juventud, etcétera), de las cooperativas, de los consejos municipales o departamentales, y también un tribunal que decida sobreseer hasta conocer la decisión del juez constitucional.

De la misma manera, numerosas autoridades y organismos tienen competencia para someter un caso al examen del Tribunal Constitucional polaco; citemos, entre otros, la presidencia de la Dieta, cincuenta diputados, el Consejo de Estado, el Consejo de ministros o su presidente, el primer presidente de la Corte Suprema, el procurador general, los consejos departamentales del pueblo, los órganos centrales de las organizaciones sociales, cooperativas y agrícolas, etcétera.

Ante el Consejo húngaro, el procedimiento es de tipo inquisitorial; el Consejo estatuye por mayoría de votos, y su presidente tiene voto de calidad. En cambio, el juez constitucional polaco ha adoptado un procedimiento contradictorio con la comparecencia obligatoria de los quejosos, de la parte adversa y del procurador. Sesiona en grupos de cinco miembros, y de tres cuando se trata de resolver cuestiones prejudiciales.

3) *La sentencia.* En materia de inconstitucionalidad de las leyes, tanto en Polonia como en Hungría, los poderes del juez son bastante restringidos. En efecto, la Dieta polaca deberá examinar la decisión del Tribunal cuanto antes y decidir o bien modificar la ley, o bien abrirla, o bien ignorar la decisión del juez constitucional. La ley húngara, muy sucinta, prevé que la Asamblea decidirá en última instancia.

En materia de constitucionalidad de los demás textos jurídicos, los poderes del juez constitucional son más extensos que respecto de las leyes. Tanto en Hungría como en Polonia, la jurisdicción constitucional puede impartir un plazo a la autoridad administrativa para que ponga fin a la violación constitucional, y también puede suspender la aplicación del texto hasta que éste sea abrogado o modificado; en cambio, las decisiones de la Presidencia o de la Corte Suprema no pueden ser suspendidas.

4) *Observaciones.* La creación del Consejo húngaro y del Tribunal polaco "constituye una verdadera revolución jurídica —estima el autor— en los países socialistas europeos", si bien estos dos órganos no pueden asimilarse a verdaderas jurisdicciones constitucionales, en razón de su composición y del modo de designación de sus miembros. Además, su competencia sigue siendo restringida en lo concerniente a la constitucionalidad de las leyes, pues se limita a llamar la atención del Parlamento sobre irregularidades jurídicas de forma. En cambio, en materia de control de los actos administrativos, la innovación es "evidente y espectacular": de ahora en adelante, un órgano de carácter jurisdiccional puede suspender, anular u obligar a modificar un texto administrativo inconstitucional. Esta situación nueva podría, a plazo, influir sobre el modo de funcionamiento de la administración y llegar a sustituir las reglas del centralismo democrático —que implican el poder jerárquico de la autoridad administrativa superior sobre los actos de la autoridad administrativa inferior— por el control jurisdiccional.



## 2. Las reformas al derecho electoral

1) *Las elecciones húngaras de 8 y 22 de junio de 1985.* La ley constitucional de 1983 ha modificado el sistema electoral húngaro y se ha aplicado por primera vez en junio de 1985. Este texto —que suscitó vivos debates, tanto en el seno del Partido como en los círculos jurídicos— introduce tres cambios esenciales: en lo concerniente a las posibilidades para escoger a los candidatos —margen en el que “una gran libertad ha sido admitida”—, en lo concerniente a la obligación de pluralidad de las candidaturas, y, en fin, la creación de una segunda votación en favor de una lista única nacional que reúne a las personalidades más importantes del Partido y del Estado, a los representantes de las minorías regionales y de las Iglesias.

Esta doble consulta (escrutinio mayoritario de dos vueltas y escrutinio de lista nacional de una vuelta) suscitó una participación del 93.9%. “Así es como —destaca el autor— funcionó por primera vez en Hungría la dualidad de candidaturas”; así es como “por primera vez los electores pudieron ejercer una selección” entre los candidatos propuestos.

2) *Las elecciones polacas de 13 de octubre de 1985.* En Polonia, inspirada por el modelo húngaro, la ley de 29 de mayo de 1985 ha modificado sustancialmente el sistema electoral vigente. En efecto, de ahora en adelante existe la obligación de pluralidad de las candidaturas (cuando menos dos candidatos por una misma curul), así como se instaura una lista nacional, de cincuenta candidatos, que reúne a las personalidades importantes del Partido y del Estado, a los jefes de las formaciones políticas, de las organizaciones sociales y de las agrupaciones religiosas.

Pero, la participación ha sido tan sólo del 78.64% —tasa muy baja en un Estado socialista—, pues *Solidaridad* hizo campaña para el boicoteo de la consulta.

Estas dos reformas electorales —concluye el autor— constituyen un intento interesante para la democratización de las elecciones en los países socialistas europeos. El elemento nuevo y más sorprendente radica en la obligación, para el candidato, de realizar una campaña efectiva, tomar la palabra y contestar las preguntas de los electores. Sin embargo, la reforma polaca es menos audaz que la húngara, la que, a plazo, podría ser el modelo de las reformas electorales en las democracias populares de la Europa del este.

Monique LIONS