

Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos

POR AURA TAZÓN CUBILLAS.

Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.
Colaboradora del Área de Derecho Romano de la Universidad de Cantabria.



El aumento de la población de credo musulmán en nuestro país está dando lugar a una mayor incidencia de lo que se ha denominado el “conflicto de civilizaciones”. Ese choque entre la cultura occidental y la del Islam se manifiesta muy especialmente en el Derecho de Familia y, dentro de éste, en la institución del matrimonio.

El presente trabajo tiene por objeto señalar ciertos rasgos del matrimonio islámico que pueden plantear serios problemas cuando entran o pretenden entrar en relación con el ordenamiento jurídico español. Nos referimos, fundamentalmente (aunque no únicamente), al consentimiento matrimonial, la poligamia y el repudio.

1. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO ISLÁMICO

Es imprescindible, como sugieren las profesoras ACUÑA y DOMÍNGUEZ¹, tener presente una serie de cuestiones previas a la delimitación del conflicto del matrimonio musulmán con el ordenamiento español, empezando por el concepto mismo de matrimonio. Para el Islam, el matrimonio es un mandato coránico y, por tanto, divino, aunque se caracteriza como contrato civil entre un hombre y una mujer, que abarca las relaciones personales, filiales y económicas; y como tal contrato, puede ser rescindido por voluntad de las partes. A este respecto, LABACA ZABALA² señala que “el matrimonio tiene una naturaleza contractual, requiere el mutuo consentimiento, esta abierto a condiciones adicionales que se pueden negociar, puede disolverse y sus términos pueden alterarse dentro de los límites legales”. No tiene, por tanto, un carácter religioso estrictamente hablando, aunque debemos tener en cuenta que en el Islam “la distinción entre lo que es sagrado y lo que no lo es nunca se ha explicitado”, de modo que “toda acción o transacción tiene implicaciones religiosas”.

Prescindiendo de la polémica en torno a la naturaleza de este contrato³, podemos considerar como elementos esenciales del mismo:

a la prestación del consentimiento, con intervención preceptiva del *walí* o tutor matrimonial de la mujer;

b la dote; y

c la presencia de dos testigos.

Para prestar el consentimiento matrimonial, ambos contrayentes deben tener capacidad por razón de su edad o haber obtenido la oportuna dispensa, amén de, por supuesto, no

estar incursos en ningún tipo de causa impeditiva.

Por lo que a la edad se refiere⁴, el *ius connubi* se adquiere al alcanzar la pubertad, si bien las distintas escuelas han fijado ese momento con distintos criterios: entre los *sunníes* el límite de edad mínima es de quince años para el varón y doce para la mujer, mientras que entre los *shííes* es de doce años para el varón y nueve para la mujer. A esto hay que añadir que las diferentes legislaciones establecen, con mayor o menor rigor civil, límites de edad superiores (así, veinte y diecisiete años respectivamente en el Código Tunecino del Estatuto Personal; dieciocho para ambos contrayentes en el Código de Familia Marroquí de 2004; o diecinueve en el Código Argelino de 2005). Esta normativa estatal se superpone a la *Sharia* o ley islámica sin invalidarla, si bien complicará el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio que la incumple. En cualquier caso, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, la falta de edad suficiente es dispensable. Esta dispensa es otorgada por los representantes legales, que deben prestar el consentimiento matrimonial en lugar de los contrayentes. No obstante, se trata de una regla que algunas legislaciones matizan, exigiendo declaración judicial.

En cuanto a los impedimentos, a grandes rasgos se puede hablar de impedimentos temporales y permanentes⁵, si bien es más interesante, para los ojos occidentales, hacer referencia a las peculiaridades de algunos de estos impedimentos. Así, el impedimento de parentesco alcanza tanto el parentesco de sangre, como el de leche, la adopción (si bien ésta no existe como tal, sino que se asemeja más a figuras como el acogimiento) y la afinidad colateral (prohibición de celebrar matrimonio con dos hermanas simultáneamente). Dentro de los impedimentos temporales, destacan los derivados de la obligación que se impone a la mujer de guardar ciertos períodos de continencia, y el que proviene de

1 ACUÑA, S. y DOMÍNGUEZ, R., “El Estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el derecho islámico”, en VV.AA., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coord. MOTILLA, A., Córdoba, 2003, p. 27 y ss.

2 LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/346006>, 2006. URIBE, S., “La familia islámica”, en *WebIslam*, www.webislam.com/?id=3540, 1997.

3 ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, pp. 33-34, explican cómo la tendencia más generalizada ha sido considerarlo análogo a la compraventa, comparando la dote con el precio que el marido ha de pagar por el uso de la mujer. En la n. 23 señalan que esta argumentación se originó en unas circunstancias sociales muy alejadas de las actuales, y que hoy día no es de recibo tal interpretación: “Parece, pues, que desde una óptica feminista podríamos decir que la dote se entrega con una función indemnizatoria”. Sin embargo, no parece la opción más conforme con la ley coránica, dado que, como pone de manifiesto LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*, “el matrimonio se perfeccionará entre el varón si es púber y tiene aptitud efectiva para consumir el matrimonio y el tutor de la mujer, con lo que ella será el objeto del contrato”.

4 ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, p. 45.

5 ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, pp. 47-51.



un triple repudio (el varón que ha repudiado por tres veces a su esposa, no se podrá casar con ella de nuevo hasta que se haya disuelto el vínculo de ésta con otro hombre). También se puede considerar un impedimento temporal el de diferencia de cultos que, como es sabido, resulta mucho más estricto para la mujer que para el hombre. Pero, sobre todo, llama la atención que la formulación de los impedimentos se hace refiriéndose sólo a los que afectan al varón; esto es así porque en el matrimonio islámico la iniciativa parte exclusivamente del hombre, mientras que la mujer mantiene una actitud completamente pasiva.

Dentro de los requisitos de capacidad merece especial atención, como es lógico, el tratamiento del vínculo previo. La poligamia es aceptada en el Corán, que permite al varón casarse con hasta cuatro mujeres, siempre y cuando pueda mantenerlas y tratarlas equitativamente⁶; más allá de este límite, no estaremos ante matrimonio sino ante concubinato. Debemos tener en cuenta, no obstante, que la tendencia de muchas legislaciones va encaminada a la supresión de la poligamia, o, cuando menos, a su limitación. Así, Túnez expresamente la prohíbe (art. 18 del Código del Estatuto Personal) y Marruecos permite a la mujer que, en el contrato matrimonial, imponga una cláusula de monogamia (art. 40 del Código de Familia); y, aun en el caso de que no se haya incorporado dicha estipulación, el posterior matrimonio de su esposo será causa de divorcio que ella podrá invocar.

Una vez que se ha constatado la capacidad de los contrayentes, procede manifestar el consentimiento matrimonial. Conforme a la *Sharia*, es preceptivo que el de la mujer sea emitido por un varón, el llamado tutor matrimonial o *walí*; se aplica esta norma a todas las mujeres, hasta el punto de que la tutora de una menor de edad tendrá que delegar el otorgamiento del consentimiento al matrimonio de su pupila en un varón. Se entiende que el *walí* es un mero mandatario que no puede actuar contra la voluntad de la

mujer; sin embargo, es una práctica extendida y confirmada por la tradición islámica que, si el *walí* es padre o abuelo de la casadera, podrá prestar el consentimiento matrimonial incluso contra la voluntad de su representada menor de edad o, si ya es púber, cuando no ha perdido la virginidad (aunque haya estado casada previamente). Esta tradición, no obstante, es rechazada ya por las legislaciones más avanzadas, como son el Código de Túnez y el marroquí de 2004. Aquél dispone claramente que el matrimonio se contrae por el consentimiento de ambos esposos (art. 3), y que el hombre y la mujer pueden concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario (artículo 9); con estas disposiciones coloca a los cónyuges en pie de igualdad en cuanto a capacidad y convierte al *walí* en una figura potestativa. En cuanto al Código de Familia de Marruecos, declara que en ningún caso el *walí* tiene derecho de coacción matrimonial, y lo convierte, además, en una figura potestativa cuya utilización es un derecho de la mujer mayor de edad, que podrá prestar el consentimiento por sí misma o hacer que la represente su padre (artículos 24 y 25).

Otro elemento esencial del matrimonio musulmán es la dote, cuyo fundamento ha sido largamente discutido. Se ha argumentado por los juristas islámicos pretéritos que es el precio que el marido ha de pagar por el uso de la mujer⁷, si bien las razones que actualmente se consideran más adecuadas justifican la dote por su virtualidad como obstáculo para el ejercicio arbitrario del repudio, así como para asegurar el mantenimiento de la esposa en caso de disolución del matrimonio (pues la mujer tras la ruptura matrimonial y transcurrido el período de retiro legal no tiene derecho a ser mantenida)⁸. La dote es una cantidad de dinero o bienes que el novio debe entregar a la novia para obtener su aceptación a la propuesta matrimonial. El contrato matrimonial debe contener necesariamente las cláusulas que identifiquen la dote y todos sus elementos: cuantía, canti-

6

Sura IV, Aleya 3: “Y si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces casaos con [otras] mujeres que os sean lícitas: dos, tres o cuatro; pero si teméis no ser capaces de tratarlas con equidad, entonces [sólo] una o [con] aquellas esclavas que sean de vuestra propiedad. Esto hará más probable que no os desviéis de la rectitud”.

7

Vid. núm. 3.

8

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, cit., p. 39; como excepción, Túnez, vid. n. 18. A la vista de la existencia del repudio por compensación, en el que la mujer puede pedir la disolución del vínculo sin alegación de causa pero con devolución de la dote, podríamos decir que el régimen de ésta se asemeja al de unas arras que estuvieran garantizando la obligación de procurar la perpetuidad del vínculo: si es el varón quien incumple y disuelve el matrimonio, perderá las “arras” entregadas, mientras que, si es la mujer, deberá devolver las recibidas. De todos modos, esta argumentación no sirve para explicar la función de la dote en los matrimonios temporales, en los que más parece que estamos ante un pago por el derecho de “uso” de la mujer.

9

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, cit., p. 41.

10

“Y a aquellas con quienes deseáis disfrutar en matrimonio, dadles la dote obligatoria; pero no incurriéis en falta si, después de [haber acordado] esta obligación legal, decidís de mutuo acuerdo algo [distinto]”.

11

Así, AYA, A., “¿Por qué sólo el hombre tiene derecho al repudio?”, en *WebIslam*, www.webislam.com/?idt=5306, 2006, que trata de defender la igualdad entre hombre y mujer en su derecho a



dad que se entrega a la celebración del matrimonio (*nacá*) y cantidad que se aplaza hasta la extinción del matrimonio (*cali*), forma de pago, etc. La dote no puede ser irrisoria, sino que se trata de una garantía para la esposa, y se requiere que sea proporcionada, determinada, efectiva y real.

Finalmente, es un requisito formal imperativo la publicidad del matrimonio a través de dos testigos, musulmanes y varones (aunque algunos sectores han suavizado esta exigencia permitiendo que también las mujeres puedan desempeñar esta función)¹². Sin embargo, actualmente la mayoría de legislaciones civiles de los Estados islámicos han introducido la exigencia de que se celebre el matrimonio ante una autoridad religiosa y que, posteriormente, sea inscrito en un registro público establecido al efecto.

El vínculo que forma el matrimonio musulmán, como sucede con el matrimonio civil español, tiene vocación de permanencia pero es disoluble. No obstante, cabe la posibilidad, admitida por la escuela *shii*, de matrimonios temporales o *mut'a*, fijándose un plazo y una compensación económica. La base jurídica para admitirlos está en la Sura IV, Aleya 24¹³, texto que establece como contenido mínimo del contrato matrimonial la regulación de la dote, admitiendo como válidos cualesquiera otros pactos entre los contrayentes. Frecuentemente este tipo de matrimonios temporales, también denominados “de placer”, son una forma de prostitución legal; de hecho, se justifica su existencia como medio para que el varón pueda mantener relaciones sexuales al margen del matrimonio ordinario, sin incurrir en falta moral. En Irán, por ejemplo, se admite el matrimonio temporal concertado por un plazo no inferior a veinticuatro horas y no superior a noventa y nueve años; el Código Jordano de Estatuto Personal, por su parte, considera el matrimonio temporal como meramente anulable (artículo 33.6^o).

Fuera del supuesto antedicho del matrimonio *mut'a*, el vínculo se disuelve por muerte de alguno de los cónyuges, por repudio y por divorcio.

La distinción entre estas dos instituciones no es sencilla ni pacífica; de hecho, hay autores dentro del mundo islámico que niegan la adecuación del término “repudio”¹⁴ y, por otra parte, hay legislaciones que, como la argelina, sólo hablan de divorcio, aun incluyendo dentro de sus términos lo que en castellano entendemos como repudio. Técnicamente podríamos diferenciar estas dos clases de disolución en función de la existencia o no de intervención judicial¹⁵; sin embargo, consideramos más interesante para nuestra exposición clasificarlas atendiendo a la exigencia o no de causa justificada en función del sujeto que tiene la iniciativa. Hablaremos, pues, de mecanismos que no precisan alegación de causa específica que corresponden al varón y a la mujer, y de mecanismos causales¹⁶.

Dentro de las posibilidades de ruptura del vínculo sin alegación de causa, el hombre tiene a su favor el repudio extrajudicial clásico o unilateral. Éste, a su vez, puede ser revocable o irrevocable; el primero es un repudio que no lleva aparejado inmediatamente el efecto disolutorio, sino que se permite un plazo de reflexión, transcurrido el cual sin reconciliación¹⁷ la ruptura es definitiva. El repudio irrevocable presenta dos modalidades en la tradición islámica:

a

Un método largo de disolución, que exige tres formulaciones de repudio revocable realizadas cada una tras el preceptivo período de pureza. Aunque de hecho la disolución del matrimonio se produce tras el último repudio, trae causa del primero¹⁸.

b

Un método irregular, contrario al espíritu de la *Sharia* (que sólo regula el expuesto en el apartado anterior), consistente en la pronunciación por el marido de tres fórmulas repudiatorias en un solo acto. Es, en realidad, la fórmula más extendida, por el respaldo jurisprudencial que ha tenido.

A la mujer, por su parte, también se le reconoce la posibilidad de solicitar

tomar la iniciativa para la disolución del vínculo, si bien no compartimos su argumentación ni sus conclusiones, dado que se advierte con claridad que a la mujer sólo le es posible obtener el divorcio ante los tribunales (salvo que hayan pactado en el contrato matrimonial la facultad de ejercer el repudio por delegación del marido y a cambio de una compensación).

12

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *o.c.*, p. 58, nos ofrecen la siguiente distinción: “la denominación repudio designa aquellos supuestos disolutorios «impuestos» unilateralmente o provenientes de uno sólo de los cónyuges o producidos por acuerdo mutuo de los cónyuges, mientras que la de divorcio integra aquellas otras formas de ruptura del vínculo que se generan por determinación judicial”.

13

Haremos referencia a los supuestos considerados en general, a partir de la tradición islámica, sin referirnos a las legislaciones de Estados concretos. Sí hay que decir, no obstante, que Túnez se coloca a la cabeza del mundo islámico en cuanto a la progresiva equiparación de sexos en esta materia.

14

Aunque la palabra reconciliación no parece la más apropiada, puesto que la reanudación de la vida en común es voluntad del esposo, que no requiere el consentimiento de la mujer.

15

En realidad, más que un método de repudio, parece una norma prevista para proteger a la mujer de la utilización arbitraria y abusiva del repudio revocable: el esposo no podrá usar de ese derecho más de tres veces. Es más, tras el tercer repudio, se le prohíbe CONTRAER matrimonio de nuevo con la que fuera su esposa, a no ser que ésta vuelva a casarse y, consumado su nuevo vínculo, enviude o sea repudiada irrevocablemente.



la disolución del vínculo matrimonial sin alegación de causa. Para ello se arbitran dos mecanismos:

a

El repudio ejercido por la propia mujer, cuando el esposo le otorgó tal facultad en el contrato matrimonial, a cambio de una compensación¹⁶.

b

Una variante del anterior, el denominado repudio *khol* o *jul'*, más conocido en el mundo occidental como “repudio por compensación”, conforme al cual la mujer acude al tribunal para exigir la disolución del vínculo, a cambio de la devolución de la dote¹⁷.

Fuera de estos casos, se puede acudir al divorcio por causa legal, que será declarado siempre por un tribunal¹⁸.

2. PUNTOS CONFLICTIVOS ENTRE LOS MATRIMONIOS ISLÁMICOS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A

Determinación de la ley aplicable

El ordenamiento jurídico español entra en relación con matrimonios islámicos de dos maneras: o bien *ab initio* de los mismos, cuando las personas contrayentes escogen celebrar su matrimonio en España conforme a lo dispuesto en el Acuerdo de Cooperación¹⁹; o bien a través de las normas de Derecho Internacional Privado, las cuales entran en juego al tratar de buscar el reconocimiento en España de matrimonios celebrados en países musulmanes, o los efectos de los mismos y su disolución. En cualquiera de los dos casos, lo primero que llama la atención son las dificultades en determinar la ley aplicable.

Para empezar, no hay en Derecho Internacional Privado español una ley única aplicable al matrimonio internacional; por el contrario, existen normas de conflicto que determinan separadamente la ley aplicable a la capacidad matrimonial, al consentimiento matrimonial y a la forma de

celebración del matrimonio. La capacidad se rige, en aplicación del artículo 9.1 del Código Civil, por la ley nacional de las personas contrayentes²⁰. En cuanto al consentimiento, CARRASCOSA GONZÁLEZ²¹ señala que la doctrina está dividida:

a

hay quienes sostienen que el consentimiento matrimonial es una cuestión de fondo y, que como tal, debe regirse por la ley del foro (opción que, a decir del autor citado, carece de sustento legal);

b

otros entienden que, por ser una cuestión que afecta al estado civil de las personas, debe regirse por la ley personal de los contrayentes. Este segundo argumento es predominante en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado²². Por lo que se refiere a la forma del matrimonio, la regla general es la aplicación de la *lex loci celebrationis* o bien la ley personal de cualquiera de los contrayentes²³.

Siendo esto así, observamos que, sin embargo, la mayor parte de la bibliografía consultada se refiere al derecho musulmán en general, es decir, el derivado de la *Sharia*²⁴. Dentro del campo dogmático parece una remisión lógica, dado que se trata de explicar a grandes rasgos las características comunes del matrimonio en el mundo islámico, pero la aplicación práctica es más peliaguda. Acabamos de ver cómo nuestro ordenamiento considera ley personal a la de la nacionalidad: así las cosas, es obvio que la ley personal de un tunecino será la de Túnez y la de un egipcio la de Egipto; no obstante, ambos son Estados islámicos que incorporan dentro de su ordenamiento, la Ley coránica²⁵. El juez o jueza, persona encargada del registro español, ¿hasta qué punto está obligado a aplicar la *Sharia*²⁶? ¿Qué hacer cuando un matrimonio se alega es válido para la ley personal de los esposos, porque cumple los requisitos de la Ley coránica, pero irregular civilmente por no haber cumplido alguna determina-

16

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *o.c.*, p. 63, señala que “no se trata de un repudio por mutuo acuerdo, que también puede darse, sino que estamos ante un nuevo supuesto de disolución unilateral”, explicando en n. 85 que se denomina *mubarat* a la repudiación por mutuo consentimiento, en la que la renuncia al vínculo matrimonial es recíproca. Según AYA, *o.c.*, este derecho a la disolución del matrimonio por voluntad de la mujer y sin dar explicaciones, recogido en el contrato matrimonial, se denomina *isma*.

17

GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C., “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUÍZ, E., Madrid, 2004, pp. 411-426, sólo habla, en la p. 413 de esta segunda modalidad. En realidad, entre este supuesto y el anterior (repudio de la mujer ejercido por delegación) hay una clara conexión, pues requieren un sacrificio patrimonial de la mujer y se apoyan ambos en las palabras del Profeta, como pone de manifiesto AYA, A., *o.c.*: “Este tipo de divorcio tiene claro reflejo en la *sunna* del Profeta: La esposa de Zābit bin Qais –Yasmina– fue al Mensajero de Al-láh y dijo: «¡Oh Mensajero de Al-láh! Yo no reprocho a Zābit por cualquiera de los defectos en su carácter o práctica religiosa, sino que no puedo soportar vivir con él». A lo que el Mensajero de Al-láh respondió: «¿Le devolverías el jardín que te regaló?» Ella contestó: «Sí» y el Profeta los separó (Al-Bujari)”. En cualquier caso, estamos con GARCÍA-VASO en que se trata de una solución para la mujer que dispone de recursos económicos.

18

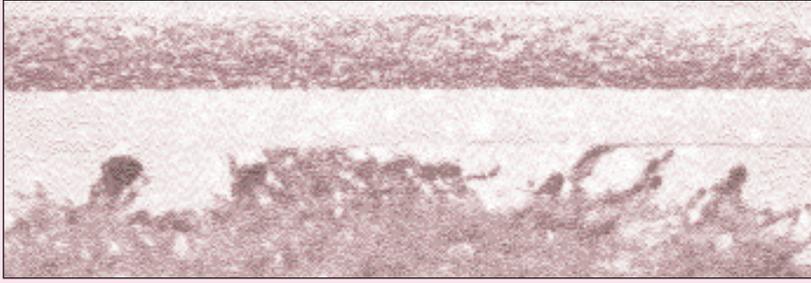
Es preciso señalar que, en el Código tunecino, el divorcio es la única forma de disolución del vínculo, pudiéndose obtener por mutuo consentimiento de los esposos, o a petición de uno, bien de manera causal (en razón del perjuicio sufrido), bien sin alegación de causa. En el supuesto de divorcio por petición de uno sólo de los cónyuges, se impone la reparación del perjuicio moral o material sufrido por uno u otro cónyuge como consecuencia del divorcio y, por lo que se refiere a la mujer, se dispone que el perjuicio material se repare en forma de renta mensual vitalicia, salvo que deje de necesitarla o contraiga nuevo matrimonio. Se trata de una prestación similar a la pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 del Código Civil español.

19

Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España de 10 de noviembre de 1992 (BOE 12/11/1992), en adelante, simplemente Acuerdo.

20

En cuanto a la ley nacional como rectora de la capacidad, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Celebración del matrimonio en casos internacionales y constitución de parejas de hecho en casos internacionales”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/288696>, 2006: “No existe en DIPr. español una norma específica que señale la Ley aplicable a la capacidad matrimonial. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia indican que la capacidad matrimonial es un aspecto particular de la «capacidad». Por ello, el art. 9.1 CC es aplicable y la Ley reguladora de la capacidad matrimonial debe ser la Ley nacional de cada contrayente en el momento de la celebración del matrimonio”.


21

 CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*
22

Así, la resolución de la DGRN de 29 de junio de 2005 considera que “dentro de la categoría de «capacidad matrimonial» se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales”.

23

Art. 50 Código Civil.

24

Pudiera decirse que la confusión entre ley personal y ley islámica lleva a algunos autores (entre ellos, ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, p. 42) a plantearse que el Acuerdo, al imponer la celebración del matrimonio ante una autoridad religiosa, está vulnerando el principio de libertad religiosa en aras de la seguridad jurídica. No podemos estar conformes con semejante conclusión, pues, como señala BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el derecho internacional privado español”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110, 2004, pp. 425-477, si bien la *Sharia* y la tradición islámica no requieren presencia de autoridad ninguna, “la práctica en la mayoría de los países musulmanes es que el matrimonio se celebra por una autoridad religiosa o una autoridad civil con connotaciones religiosas”. Siendo esto así, el Acuerdo no está exigiendo nada que repugne a la mentalidad religiosa islámica, puesto que la propia regulación civil de los países musulmanes (impregnada, como se ha dicho, del espíritu del Corán, cuyo contenido es para ellos vinculante) extiende la exigencia de emisión del consentimiento ante persona revestida de autoridad. Por ello, lo único que hace el Acuerdo es unificar (aunque con criterios que quizá no hayan sido muy afortunados) las características que debe reunir esa autoridad religiosa en cuestión, para que su intervención tenga reconocimiento en España.

25

Ambos países son Estados miembros de la Conferencia Islámica, que en 1990 aprobó la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, documento que proclama constantemente el poder normativo vinculante de la *Sharia*. Entre otras cuestiones, la *Sharia* regula el contenido de la patria potestad (artículo 7.c), la capacidad (artículo 8), la libertad ambulatoria (artículo 12), la ganancia económica mínima (artículo 14), la confiscación de bienes (artículo 17), el contenido y aplicación del derecho penal (artículos 19 y 20), los límites de la libertad de expresión (artículo 21), etc. Además, el artículo que cierra la declaración establece que “la *Sharia* islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento”.

26

Se podría incluso aventurar la posibilidad de considerar contrario al orden público español el aplicar un ordenamiento claramente confesional, dado que nuestra Constitución proclama la aconfesionalidad del Estado.

27

En algunos de estos Estados, como el Líbano, el Código de Estatuto Personal prevé diferentes reglas en función del credo de los sujetos; la *Mudawwana* marroquí, por su parte, excluye de la aplicación de sus preceptos a los judíos marroquíes, que tienen su propio código de estatuto personal; en la mayor parte, el código de familia vincula a todos. La Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre, llevada a cabo en Londres en 1981 por el Consejo Islámico de Europa (organismo integrado por eruditos y juristas representantes de los movimientos y corrientes del pensamiento islámico), considera, tal y como pone de manifiesto JORDÁN VILLACAMPA, M.L., “Reflexiones en torno a la justicia islámica y al Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España”, en VV.AA., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, Barcelona, 1996, pp. 696-706, “que en un país musulmán las minorías religiosas deben poder elegir, para solucionar sus asuntos cívicos y personales, entre la ley islámica y sus propias leyes”. Esta intención, loable desde el punto de vista de los valores occidentales, que consideran un yugo la ley islámica (especialmente para la mujer), no parece aceptable desde la perspectiva jurídica. En efecto, si las instituciones y Estados europeos admitiesen esta postura, estarían propugnando la creación de un derecho personalista y estatutario por razones religiosas en los países islámicos; entonces, ¿con qué justificación se podría rechazar la pretensión de un estatuto personal de las minorías musulmanas en Europa? No, desde luego, por razones de orden público, pues tan contrario para el orden público de un Estado islámico puede ser la igualdad de la mujer cristiana como para el nuestro la inferioridad de la musulmana. Y lo que parece muy claro es que Occidente no se puede permitir la creación de leyes de aplicación personal por razones religiosas, pues estaría vulnerando su propia esencia como civilización (al menos desde la Revolución Francesa a esta parte), amén de sus ordenamientos constitucionales.

28

BLANCO LÓPEZ, J., “La celebración del matrimonio en el derecho internacional privado español tras la reforma llevada a cabo por la ley 13/2005, de 1 de julio”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/362198>, 2007.

29

Ex artículo 15 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.

da exigencia? Todo ello sin entrar en los problemas que pueden plantear los distintos regímenes jurídicos aplicables a las minorías religiosas nacionales de los países islámicos²⁷.

Obviamente, en el caso de la celebración en España del matrimonio en forma religiosa islámica conforme al Acuerdo, el problema rara vez se plantea, dado que el artículo 7 de dicha norma obliga a los contrayentes a reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil español y, aunque nada se dice en el Acuerdo acerca del consentimiento, debemos entender que el encargado del Registro exigirá que sea libre, como cuestión de orden público (lo cual no tiene por qué estar reñido, como veremos, con la intervención del mandatario de la mujer). Sin embargo, la ley personal sí regulará los efectos del matrimonio, los derechos sucesorios de los cónyuges y las relaciones paterno-filiales, lo cual dará lugar a no pocos problemas de interpretación y aplicación de las normas.

En cambio, cuando nos encontramos ante el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero, se suscita la cuestión de verificar si sus elementos chocan o no contra el orden público español. Nuestro Código Civil omite este supuesto, de modo que, como expone BLANCO LÓPEZ²⁸, “sólo de manera indirecta aparece contemplado, en el artículo 11.1.º CC, relativo a la forma de los actos en general, al establecer que, «las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorgan»”. Así pues, “en base a dicho precepto habría que concluir afirmando que estos matrimonios serán válidos en España y, en general, en todos los demás Estados, si se celebró de acuerdo con la ley del lugar de celebración”. Esto supone que el reconocimiento del matrimonio celebrado entre extranjeros y extranjeras y en el extranjero se realiza de forma automática, y sólo a *posteriori*, cuando se deba inscribir en el Registro Civil español algún hecho derivado del mismo, se procederá a analizar la compatibilidad del matrimonio en cuestión con el orden público²⁹.

B

El consentimiento matrimonial: intervención del *walí*

Como veíamos al principio, una de las características fundamentales del matrimonio



islámico en general (negado o mitigado en algunas legislaciones, como Túnez o Marruecos), es la peculiar forma de prestación del consentimiento de la mujer, a través del *walí*. Es una figura a la que no se hace ninguna referencia en el Acuerdo. Dado que nuestro propio ordenamiento admite la prestación del consentimiento a través de un mandatario³⁰, es obvio que la exigencia islámica del tutor matrimonial en principio no tiene por qué ser contraria al orden público español. ¿Por qué el Acuerdo no lo contempla, entonces, dentro del artículo 7?

ACUÑA y DOMÍNGUEZ³¹ consideran que en la base de tal omisión pueden estar dos cuestiones: “de una parte, la desigualdad clara y evidente en la posición de los cónyuges que se pone de manifiesto al ser sólo la mujer quien requiere de un tercero para ejercer su *ius connubii* y, de otra, la escasa garantía que dicho modelo nos ofrece en orden a la constancia de que el consentimiento haya sido emitido libre y voluntariamente”. Sin embargo, disipan fácilmente tales dudas: en primer lugar, sostienen que el silencio respecto al *walí* no impide su presencia en la celebración del matrimonio; en cambio, una prohibición hubiera atentado contra la libertad religiosa de la propia mujer, que movida por sus sentimientos religiosos y su autonomía, escoge esa forma de celebración. Este argumento no nos convence del todo, dado que presumir la igualdad y autonomía plena de la mujer musulmana a la hora de elegir la forma en que decide casarse es obviar las inevitables circunstancias de presión social y familiar a que puede estar sometida.

En cuanto a la posibilidad de coacción del consentimiento matrimonial, ciertamente estamos de acuerdo con las autoras citadas en que “tampoco la emisión personal y directa del consentimiento matrimonial es garantía plena de que se emite con las condiciones de libertad y conciencia que su validez requiere”³². Sin embargo, de nuevo consideramos un tanto ligera la idea que exponen a continuación, pues sostienen que la intervención del

mandatario resulta más garante de esa libertad. Para explicar esta idea, dan por hecho que la representación se conferirá mediante poder especial, como en el caso del artículo 55 de nuestro Código Civil; pero, como resulta que se aplica la forma islámica de celebración, no hay mecanismo que permita obligar al otorgamiento de una escritura pública, puesto que nada exige al efecto el credo musulmán.

En cualquier caso, la licitud de la intervención del tutor matrimonial queda sujeta a un interrogante desde que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha empezado a rechazar, alegando la excepción de orden público internacional, la aplicación de leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos³³. Este criterio da la sensación de que pretende salir al paso de las dudas generadas por la intervención del *walí* en los matrimonios celebrados en el extranjero conforme al rito musulmán. Ahora bien, si se puede considerar contrario al orden público internacional que la mujer no preste el consentimiento por sí misma, ¿no habrá de operar dicho criterio también cuando se trata de aplicar el Acuerdo? Dicho de otro modo: al amparo de la libertad religiosa, ¿se debe permitir la intervención de tutor matrimonial en los matrimonios celebrados en España conforme al Acuerdo, cuando se está empezando a invocar la excepción de orden público internacional en esta cuestión a los celebrados en el extranjero? No olvidemos que la Ley Coránica que subyace en la regulación que del matrimonio hacen los países islámicos es la misma que se aplica al rito religioso. De todos modos, es posible que no exista una respuesta categórica, sino que cada situación deba ser analizada cuidadosamente, teniendo en cuenta todas las circunstancias que permitan determinar si la intervención del *walí* encubre una coacción matrimonial o es una mera fórmula ritual sin mayor trascendencia.

30

Artículo 55 del Código Civil.

31

ACUÑA, S. y DOMÍNGUEZ, R., “El matrimonio islámico en el acuerdo con el Estado español de 1992”, en VV.AA., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coord. MOTILLA, A., Córdoba, 2003, p. 119 y ss., p. 130.

32

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El matrimonio...”, *cit.*, p. 131.

33

La resolución de la DGRN de 29 de junio de 2005 dice que “se ha rechazado la aplicación de la Ley extranjera alegando excepción de orden público en los siguientes casos:

- (a) Leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (cfr. Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4-7^a de diciembre de 2002, entre otras);
- (b) Leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las Leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (cfr. Resoluciones de 7 de junio de 1992 y 10-1^a de junio de 1999);
- (c) Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (vid. Resolución de 24-3^a de enero de 2005);
- (d) Leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (vid. a sensu contrario Resolución de 15-3^a de junio de 2004);
- (e) finalmente, se ha de añadir a esta lista la cita de la reciente Resolución de este Centro Directivo de 7-1^a de julio de 2005 relativa a las Leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos”.



C

La poligamia

El derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón pero, sin embargo, permite el matrimonio del varón con hasta cuatro esposas a la vez³⁴, si bien es cierto que esto dependerá de la capacidad del varón para mantenerlas³⁵ y que la tendencia en la mayor parte de las legislaciones es limitarla e incluso prohibirla, como vimos al principio³⁶. Como bien señala LABACA ZABALA³⁷, “el matrimonio polígamo es una de las singularidades que derivan del Derecho islámico que más directamente contrasta con los principios y valores de los ordenamientos occidentales, así también, con nuestro ordenamiento”, pues “en la legislación de los países occidentales, la monogamia en el ámbito matrimonial se constituye en uno de los elementos esenciales del mismo, cuya vulneración se considera contraria al orden público”. Así lo demuestra, por lo que se refiere a España, la reiterada aplicación de la cláusula de orden público por parte de la Dirección General de los Registros y el Notariado para denegar eficacia directa a los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero (aunque, como veremos, sí pueden tener ciertos efectos atenuados), así como para denegar el matrimonio civil a personas vinculadas en un matrimonio anterior³⁸. Esta excepción de orden público opera, por tanto, para impedir la inscripción de un matrimonio polígamo, “que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio”³⁹.

Ahora bien, los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero, si bien no son inscribibles, sí pueden desplegar ciertos efectos. Así se desprende de algunas resoluciones de la DGRN (v.gr., de 03/12/1996 y 20/02/1997), conforme a las cuales, a pesar de negarse la inscripción del matrimonio, “no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda producir para el ordenamiento español”.

Esto abre la posibilidad de reconocerles, por analogía, los efectos previstos por el Código Civil, en su artículo 79, a los matrimonios putativos. Con mayor claridad lo expresa la resolución de la DGRN de fecha 10/07/1996: “El hecho de que ese matrimonio no pueda ser inscrito en el Registro Civil [...] no ha de impedir, conforme a los artículos 61 y 79 del Código Civil, que el matrimonio islámico haya de surtir al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por tanto, siempre el carácter de la filiación matrimonial del menor, cuya inscripción, y mediatamente, su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo”.

Este criterio es de gran importancia, pues los casos de matrimonios polígamos que llegan a conocimiento de las autoridades no sólo son solicitudes de inscripción, de autorización para contraer matrimonio en España y de reconocimiento de sentencias extranjeras sobre disolución del vínculo. En efecto, destacan en los últimos tiempos los siguientes supuestos, de contenido claramente económico:

a

solicitud de reclamación al INSS de la pensión de viudedad por parte de dos mujeres, legítimas esposas de un musulmán fallecido, según su ley personal, todos de religión musulmana; y

b

de pensión de orfandad para los hijos habidos con las dos mujeres⁴⁰.

Opinamos, junto a LABACA ZABALA⁴¹, que “estas uniones convivenciales son también unidades familiares y a las mismas debe concederles el ordenamiento jurídico protección, más aún cuando las mismas están integradas por sujetos desprotegidos, esposas sucesivas e hijos e hijas habidos de estas uniones”. Por tanto, en aplicación de los artículos 39 y 14 de la Constitución Española, es necesario admitir ciertos efectos a los matrimonios polígamos, en la medida en que

34

Poligamia en su modalidad de poliginia. MOTILLA, A., “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, en VV.AA., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coord. MOTILLA, A., Córdoba, 2003, p. 145 y ss., p.156.

35

Vid. núm. 8. LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*, pone de manifiesto que una de las críticas que se han hecho a las cláusulas de autorización o permisivas de la poligamia es que “sólo permite este derecho a los ricos”.

36

Vid. capítulo I, “Características del matrimonio islámico”.

37

LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*

38

Aunque la existencia de vínculo previo debe probarse, no bastando la mera sospecha para aplicar la cláusula de orden público. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *o.c.*, recoge una serie de casos tratados por la DGRN ilustrativos de esta afirmación. En concreto, la resolución de 28/09/2001 dice textualmente que la “sola sospecha no debe bastar por sí sola para coartar un derecho fundamental de la persona como es el *ius nubendi*”.

39

Vid. resoluciones de la DGRN de 03/12/1996, 20/02/1997, 10/06/1998.

40

LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*

41

LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*



se trata de situaciones de hecho cuyos miembros no pueden quedar desamparados.

Ahora bien, este principio de igualdad parece quebrar en el caso del reagrupamiento familiar. Es un derecho de todo extranjero que resida legalmente en España, consistente en la posibilidad de que se reúnan con él los miembros más próximos de su familia, residentes en el extranjero, en condiciones más favorables que las aplicadas al resto de extranjeros⁴². La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social limita el ejercicio de este derecho a una sola esposa y a las hijas e hijos habidos con ella; con esto, según MOTILLA⁴³, se reconoce implícitamente al varón el derecho de elegir la esposa que podrá solicitar la residencia por reagrupamiento; según este autor, es una “situación paradójica la de nuestro Derecho y la de otros Derechos europeos que siguen el Reglamento sobre extranjería de la Unión Europea de 1996, por cuanto se rechaza la institución de la poligamia por vulnerar la igualdad entre los sexos pero consolidan la situación discriminatoria frente a la mujer, al otorgar al varón la potestad, con efectos jurídicos, de elegir entre las esposas”. No estamos del todo conformes con esta afirmación, pues una interpretación lógica con el resto del ordenamiento jurídico debe llevar, necesariamente, a permitir la reagrupación sólo con la primera esposa, ya que el suyo es el único matrimonio válido para el ordenamiento español.

Lo antedicho no obsta para que consideremos deficiente la regulación europea de esta figura. En efecto, la Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, declara en su Considerando 11 que el mismo “debe ejercerse en el debido respeto a los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y de los niños y niñas, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de

reagrupación familiar de familias poligámicas”. Esta afirmación lo que hace es sentar las bases legales de una discriminación entre los descendientes de distintos matrimonios y sus correspondientes madres, imponiendo que sólo la primera esposa y su descendencia tienen derecho a ser respetados. Las siguientes esposas (no lo olvidemos, perfectamente legítimas en sus países de origen) y sus respectivas proles, sorprendentemente, no son consideradas dignas de recibir la protección y el trato no discriminatorio que las instituciones europeas predicaban para la mujer y para la infancia en general.

En esta línea, LABACA ZABALA⁴⁴ estima que “el reagrupamiento familiar sólo tiene sentido en cuanto que procede de un deber de protección de la vida familiar del extranjero, derivado de un derecho fundamental, cuyo contenido esencial no puede desvirtuarse a raíz de su configuración legal”. Configuración que, según esta autora, engloba las relaciones afectivas (cónyuge, pareja de hecho) y las propiamente familiares (filación, parentesco y dependencia), de modo que, “si bien resulta prudente y lógico, en aras a la seguridad jurídica, que se determinen en las legislaciones promulgadas por los distintos Estados las personas reagrupables, esto no significa que se imponga al titular del derecho los parámetros de su vida afectiva y familiar”. Además de estar en franca contradicción con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵, vulnera lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Constitución, que impone a los poderes públicos la protección de la familia: “(...) teniendo en consideración que este precepto extiende dicha protección a las madres y su descendencia, sea cual sea su origen y estado civil (...) la limitación establecida por la persona que legisla ordinariamente en el desarrollo legal al prohibir el reagrupamiento familiar polígamo se constituye en una injerencia en la privacidad familiar protegida por el artículo 8 del Convenio de Roma, y no cumple con la protección que deben dirigir los poderes públicos a la familia”.

42

LABACA ZABALA, L., “La prohibición del reagrupamiento familiar polígamo en la legislación de extranjería: limitación legítima o ilegítima del legislador ordinario en el ámbito familiar”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/235580>.

43

MOTILLA, *o.c.*

44

LABACA ZABALA, “La prohibición...”, cit.

45

Esta doctrina es tajante cuando considera que la relación de padres e hijos se constituye en un elemento fundamental de la vida familiar, de manera que cualquier medida que impida dicha relación se constituye en una injerencia en el derecho protegido en el artículo 8 del Convenio de Roma (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Por esta razón, LABACA ZABALA, “La prohibición...”, *cit.*, considera preponderante este derecho sobre la potestad de los poderes públicos para controlar la entrada y residencia de los extranjeros.

46

Vid. capítulo I, “Características del matrimonio islámico”.

47

MOTILLA, *o.c.*, p. 176.

48

Según CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*, hay que distinguir varias situaciones:

- (a) los divorcios acordados por autoridades públicas no judiciales (notarios, alcaldes, gobernadores civiles...), que, por ser resoluciones similares a sentencias, deben superar el *exequatur*;
- (b) los divorcios meramente visados por autoridades públicas, con respecto a los cuales el Tribunal Supremo considera que deben superar el *exequatur* (aunque el autor considera que esto es erróneo, puesto que no son resoluciones equivalentes a sentencias y deberían tramitarse por el procedimiento de reconocimiento de documentos públicos extranjeros); si bien rara vez lo obtienen, puesto que la autoridad no interviene con funciones constitutivas sino como fedataria, lo cual es considerado contrario al orden público español por el TS.
- (c) Por último, el divorcio privado puro, pactado sin intervención de ninguna autoridad. Estos divorcios no se contienen en decisiones extranjeras y, por tanto, no plantean problemas de validez extraterritorial de decisiones sino de derecho aplicable.

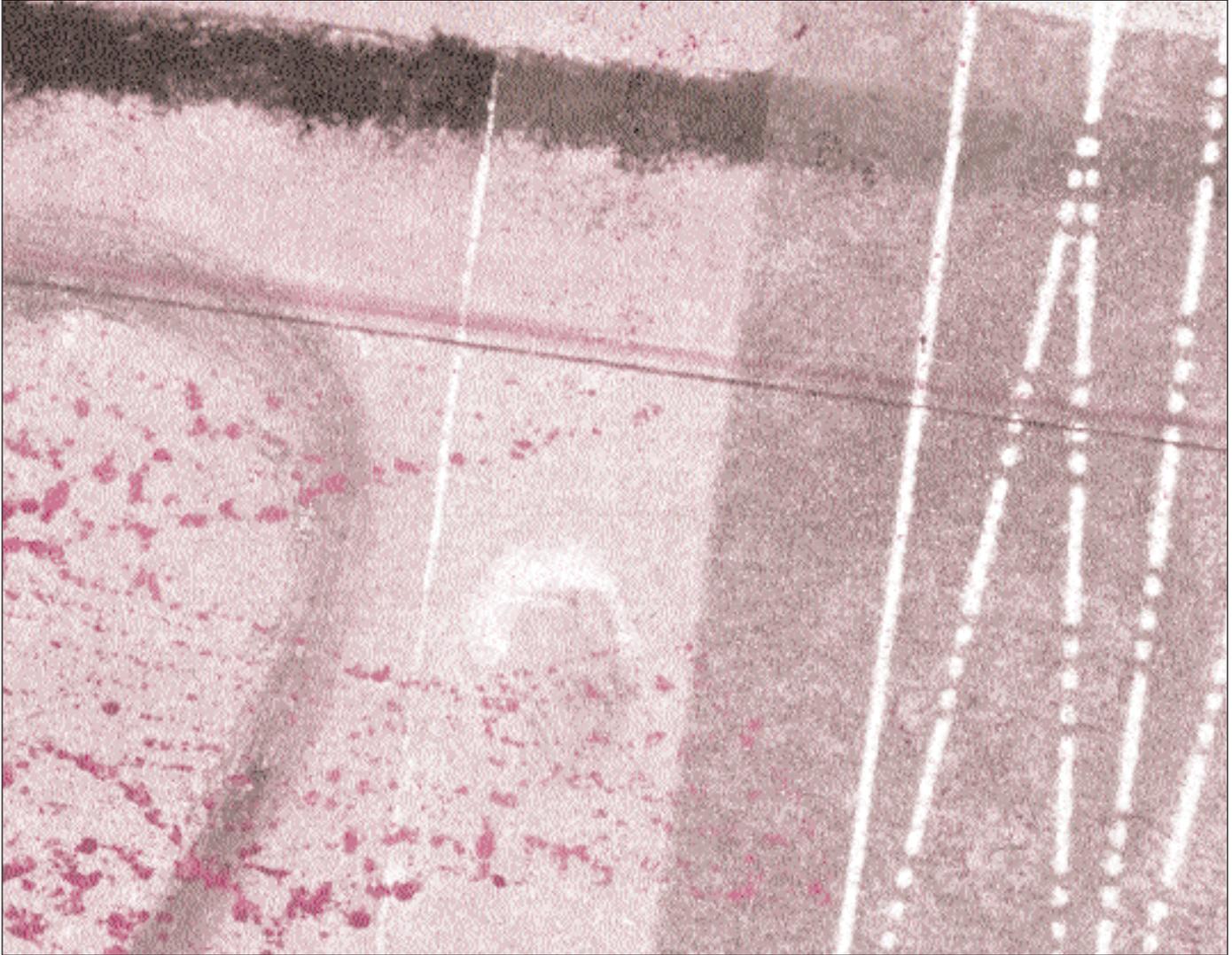
En consecuencia, “estos divorcios serán válidos si se acomodan a la Ley que rige el fondo del divorcio (art. 107.2 CC) y la forma de los actos (art. 11 CC), si bien el autor reconoce que “es una «victoria sin alas», porque al no constar en documentos públicos, estos divorcios no pueden acceder al Registro civil español, y no surtirán efectos constitutivos en España (art. 81 RRC)”.

49

GARCÍA-VASO, *o.c.*, p. 413.

50

Así, MOTILLA, *o.c.*, p. 177; GARCÍA-VASO, *o.c.*, pp. 414 y 424; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*



D El repudio

Las especiales características del repudio islámico, antes analizadas⁴⁶, llevan a que, inevitablemente, los tribunales occidentales mantengan encendida una permanente voz de alarma ante las solicitudes de reconocimiento de divorcios operados en el extranjero; o ante la pretensión de obtener la disolución del vínculo en Europa, pero aplicando la ley personal de los cónyuges ciudadanos de un país islámico. Como pone de manifiesto MOTILLA⁴⁷, el problema de admisión del repudio islámico no reside sólo en el hecho de ser un privilegio del varón casado, sino también en aspectos como su revocabilidad en ciertos casos, o su carácter de “divorcio privado”, sin intervención judicial⁴⁸.

Los principios de igualdad y de no discriminación por razón de sexo llevan a aplicar la cláusula de orden público internacional para rechazar la eficacia del repudio, por tratarse de un acto unilateral desvinculante del marido, del cual no puede hacer uso la mujer. Sin embargo, en torno a esta institución hay muchas incógnitas o “conflictos ocultos”, especialmente relacionados con la situación de la mujer repudiada. GARCÍA-VASO⁴⁹ define el problema con mucha claridad: “A la vista de las circunstancias descritas, algunas de las cuestiones que inmediatamente se plantean son las siguientes: ¿Cómo puede un país que no conoce la institución del repudio atender a los problemas planteados por el cambio que opera en el estado civil de los extranjeros residentes en el territorio? ¿Cabe reconocer efectos a

un repudio pronunciado en el extranjero? ¿Basta con que la institución sea contraria al principio de igualdad entre el hombre y la mujer para rechazar su eficacia o se requiere comprobar que el repudio produce un resultado inadmisibles para nosotros? ¿Cabe rechazar de plano todo repudio en favor de una función pedagógica del derecho aunque tuviera el efecto perverso de que la mujer repudiada viera limitada su capacidad nupcial?”. Por todo ello, buena parte de la doctrina⁵⁰ considera que la inadmisión del repudio islámico no debe atender tanto a razones de orden público en abstracto, como del resultado de la aplicación de la norma extranjera: sólo cuando tal efecto concreto sea contrario al orden público español, debe éste intervenir para negar eficacia al repudio.



Así, con CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵¹ debemos distinguir varias situaciones:

a

En primer lugar, el repudio revocable, que vulnera el principio fundamental de la “estabilidad del estado civil” y por ello es contrario al orden público internacional español. Esta es la postura de la DGRN (resoluciones de 23/09/2000, 12/09/2002) y del TS (auto de 21/04/1998). Sin embargo, habría que analizar si puede ser una figura equivalente a la separación, al menos cuando la posibilidad de retomar la convivencia requiera el acuerdo de ambas partes. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, superado el plazo de retiro legal de la mujer, el repudio deviene irrevocable, con lo cual, si se solicita el reconocimiento una vez transcurrido dicho término, no se podrá aplicar esta consideración de orden público⁵².

b

En segundo lugar, el repudio marital clásico, que será contrario al orden público español cuando haya supuesto una vulneración de los derechos de defensa de la mujer a quien, habiendo querido defenderse en el proceso seguido en el país de origen, se le haya negado tal posibilidad. Sin embargo, cuando la mujer haya renunciado a sus derechos de defensa, haya solicitado ella misma ser repudiada y, además, sea ella la que inste el reconocimiento del repudio, no habrá infracción concreta del orden público español y será posible el *exequatur*⁵³. Lo mismo sucede con la resolución extranjera que acuerda un repudio por compensación incoado por la propia mujer⁵⁴.

c

Y, por último, opina el autor seguido en esta materia que, cuando el repudio comporta una situación de desprotección económica total de la esposa, la resolución que contiene dicho repudio es contraria al orden público internacional español.

Cuestión distinta es ver qué sucede cuando se pretende aplicar la ley extranjera que admite el repudio, como ley personal, a una ruptura de vínculo operada en España. Esta materia viene regulada en el artículo 107.2 del Código Civil español, en su redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Establece este precepto tres normas de conflicto en cascada: ley nacional común; en su defecto, ley de la residencia habitual común; a falta de ésta, ley de la última residencia habitual común si uno de los dos aún vive en dicho Estado. Pero lo más llamativo es que establece una cláusula de exclusión de la ley aplicable, en favor de la *lex fori*, cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en tres situaciones:

a

si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas;

b

si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; y

c

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

La doctrina considera mayoritariamente que la redacción de este artículo es torpe e incluso pernicioso, por excesivamente legefórista, por fomentar las situaciones claudicantes, porque presenta lagunas de difícil solución⁵⁵ y, por último, porque introduce una precisión de la cláusula de orden público completamente innecesaria⁵⁶. Como soluciones a este problema, se apunta por la doctrina la posibilidad de acudir al criterio de la autonomía de la voluntad para elegir la norma de conflicto⁵⁷ y a la aplicación de la excepción de orden público internacional en atención al resultado⁵⁸.

51

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*

52

Así lo reconoce el TS en auto de 18/05/2004, que cita CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Para que intervenga el orden público internacional español contra el reconocimiento de una resolución extranjera de repudio revocable, es preciso que el repudio siga siendo revocable en el momento de instar el reconocimiento: si ha transcurrido el tiempo durante el cual el varón podía revocar el repudio y no lo ha hecho, el repudio se transforma en definitivo y no debe intervenir el orden público internacional español”.

53

ATS 21/04/1998.

54

ATS 27/01/1998.

55

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*, plantea, por ejemplo, que “el art. 107.2 CC no señala la Ley aplicable al caso de un divorcio instado ante juez español entre un andorrano casado con marroquí que residen habitualmente cada uno en su país y cuya última residencia habitual estuvo en España, donde poseen bienes inmuebles”.

56

Así lo consideran CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.* y DIAGO DIAGO, M.P., “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales”, en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E., Madrid, 2004, pp. 271-294.

57

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*, sostiene que “los más modernos sistemas de DIPr. de otros países sí admiten esta solución (art. 55 Código Belga DIPr. 2004)”, pues “la «elección de Ley» es una solución idónea: evita sentencias claudicantes, ahorra costes de prueba, potencia la multiculturalidad jurídica, fomenta el arreglo interpartes de las crisis matrimoniales y es una solución «económicamente neutral» que evita el recurso a «paraísos divorcistas»”. En cambio, GARCÍA-VASO, *o.c.*, p. 416 considera que no es la solución más adecuada por varias razones:

- (a) Cuando topamos con un ordenamiento jurídico de corte confesional, que no permite a sus nacionales renunciar a la ley aplicable en favor de un derecho distinto del islámico, se corre el riesgo de una opción en masa por la ley nacional, auspiciada por los imames.
- (b) No es útil para resolver el problema que más frecuentemente se plantea ante los tribunales europeos, que es la falta de acuerdo entre los esposos.
- (c) Se encuentran grandes dificultades para establecer los límites a esa autonomía de la voluntad, ya que ésta debe ceder ante valores superiores, y no puede servir para “inmunizar la esfera familiar contra toda intervención estatal cuando el derecho extranjero discrimina a las personas en función del sexo y de la religión”.



sica de toda sociedad. El concepto que una sociedad tenga de la familia y de la posición de cada uno de sus miembros, será determinante no sólo del modo en que se van a llevar a cabo las relaciones privadas, sino también de importantes facetas del derecho público. Como muestra, baste aludir aquí al modelo jurídico de familia patriarcal que existió en España hasta 1978: el reconocimiento de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer ha propiciado lo que probablemente sea la mayor y más rápida transformación ocurrida a la sociedad española en su historia.

El reto al que nos enfrentamos es lograr cohonestar los principios de igualdad y libertad de nuestro ordenamiento jurídico, con aquellos valores culturales extranjeros que pueden vulnerarlos. No es una cuestión sencilla. La libertad religiosa e ideológica, uno de los pilares de nuestro Estado, obliga a respetar las culturas diferentes, aun cuando ellas no se rijan por los mismos principios. Sin embargo, no se puede permitir que, al amparo de tales valores superiores, nos veamos obligados a aceptar la introducción de instituciones que puedan poner en peligro el orden público.

No obstante, la determinación de los límites de ese orden público que debe ser mantenido, ese núcleo esencial invulnerable de las instituciones de derecho privado, es harto difícil. Así lo hemos podido comprobar al hablar de los efectos de la poligamia, o del reconocimiento del repudio, o en relación con los problemas planteados por la peculiar forma islámica de emisión del consentimiento matrimonial. Incluso la determinación de la ley aplicable plantea la duda acerca de hasta qué punto es admisible alegar ante nuestros tribunales un ordenamiento jurídico que incorpora un libro religioso como norma vinculante. Lo cierto es que se trata de una realidad conflictiva en creciente expansión, y que genera situaciones que el derecho debe tratar de solventar de la manera más justa y ecuánime posible.

3. CONCLUSIONES

Nuestra sociedad está marcada por el impacto de la inmigración y, como se suele decir, de la “multiculturalidad”. Ello provoca una serie de encuentros más o menos conflictivos entre las situaciones jurídicas de los extranjeros que residen en nuestro país y nuestra propia organización social. Este choque se hace especialmente difícil cuando nos encontramos, además, ante un “conflicto de civilizaciones”, como sucede con el mundo islámico.

En el campo del matrimonio y del derecho de familia, como hemos podido ver someramente, esta confrontación es particularmente peliaguda; no en vano la familia es la unidad bá-

58

GARCÍA-VASO, *o.c.*, p. 424 sugiere que “debe tratarse de un método en el que se aprecie «caso por caso» el resultado al que conduce en el foro la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una decisión extranjera, de manera que el juez o jueza pueda “adaptar las instituciones jurídicas extranjeras a los destinatarios de las mismas y al contexto en el que pretenden surtir efectos”. No obstante, la autora reconoce que con un sistema de estas características “se corre el riesgo de incurrir en una excesiva flexibilidad, lo que hará peligrar la uniformidad y la «previsibilidad» del derecho”. Mas, si bien una solución como la propuesta “no es sencilla a la hora de su aplicación práctica (...), la idea de justicia a la que obedece exige un esfuerzo que posibilite su consecución”.