

DERECHOS DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA Y CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA: PROBLEMAS DE APLICACIÓN

LEGAL SYSTEMS INSPIRED IN ISLAMIC LAW AND THE CELEBRATION OF MARRIAGE IN SPAIN: PROBLEMS OF APPLICATION

María Asunción Cebrián Salvat*

Sumario: I. INMIGRACIÓN, CULTURA Y DERECHO. II. LA LEY APLICABLE A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA. III. LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO EN LOS DERECHOS DE FUENTE ISLÁMICA. IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Las normas españolas de Derecho internacional privado que determinan la Ley aplicable a la celebración del matrimonio conducen en algunos aspectos a la Ley nacional de los contrayentes. La aplicación de esas Leyes nacionales puede ser problemática para las autoridades españolas, sobre todo cuando dichas Leyes pertenecen a una cultura jurídica alejada como es la islámica. En este trabajo se estudia el contenido de los Derechos de inspiración islámica y los problemas que genera su aplicación a la celebración del matrimonio en España, proponiéndose soluciones a los mismos desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

ABSTRACT: Spanish private international law rules that determine the law applicable to the celebration of marriage usually lead to the application of the national law of the intending spouses. The application of these legal systems can be very problematic for Spanish authorities, especially when they belong to a remote legal tradition, such as the Islamic legal culture. In this paper, the content of these Muslim inspired legal systems is analyzed, together with the problems of application that they cause, in order to suggest possible solutions from a private international law perspective.

Fecha de recepción del original: 29 de junio de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de septiembre de 2017

*.Profesora en formación de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia, email: masuncion.cebrian@um.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del contrato de investigación doctoral de la autora, financiado por la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia (Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

PALABRAS CLAVE: Celebración del matrimonio, capacidad para contraer matrimonio, consentimiento matrimonial, forma del matrimonio, *lex matrimonii*, Derecho islámico, matrimonio por conveniencia.

KEY WORDS: Celebration of marriage, capacity of the spouses, marital consent, forms of marriage, *lex matrimonii*, Islamic law, marriage of convenience.

I. INMIGRACIÓN, CULTURA Y DERECHO

España, como la mayoría de países europeos, se ha convertido en los últimos tiempos en receptora de inmigrantes con una identidad profundamente diferente de la occidental, identidad que comprende aspectos tan diversos como la lengua, la religión, las tradiciones y por supuesto el Derecho¹. Estos inmigrantes, así como sus generaciones subsiguientes, junto con otros factores como el aumento de las relaciones privadas internacionales, han transformado las sociedades europeas en sociedades “súper diversas” en la que conviven personas con diferentes características². De esta forma, instituciones jurídicas que responden a “modelos de vida” propios de ciertos países “circulan” en la actualidad por todo el mundo y se introducen en otros países con una cultura diferente. Por ello es muy frecuente encontrar hoy en día en España fenómenos jurídicos ajenos a la cultura jurídica española tradicional como la *kafala* musulmana, la dote, la poligamia, el repudio, el *trust* anglosajón...

Cuando las personas portadoras de esta identidad comienzan a desarrollar su vida y su personalidad en el Estado de recepción pueden aparecer conflictos jurídicos entre la Ley de dicho Estado de recepción y la Ley que refleja su identidad cultural, que suele ser la Ley de su país de origen. Estos conflictos, cuando comportan un elemento extranjero “visible”, son llamados a ser resueltos por el Derecho internacional privado³. Esta rama del Derecho es en estos casos la encargada de resolver el conflicto entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que supone el respeto a la diferencia y los demás

¹ BORRÁS, A. ,“Europa: entre la integración y la multiculturalidad” en COMBALÍA, Z. / DIAGO DIAGO, M. P. / GONZÁLEZ-VARAS, A. (coords.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, p. 25.

² S. VERTOVEC, “Super-diversity and its implications”, *Ethnic and Racial Studies*, vol. 30, n. 6, Noviembre, 2007, pp. 1054-1054. A estas sociedades se les conoce también como multiculturales o interculturales. Sobre el debate entre el modelo de sociedad multicultural e intercultural véase COMBALÍA, Z., *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares, Granada, 2006, p. 86 y cfr. ELÓSEGUI, M., “Claves para el actual debate ético-jurídico sobre el interculturalismo, Islam y género”, *Diálogo Filosófico*, n. 55, enero-abril 2003, pp. 11-15.

³ Sobre la distinción entre conflictos visibles y conflictos ocultos, BORRAS, A., “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel », *Recueil des Cours*, tomo 249, 1994, p. 334; JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé posmoderne”, *RCADI*, 1995, vol. 251, pp. 9-267 ; SALERNO, F., “Sulla tutela internazionale dell’identità culturale delle minoranze straniere”, *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 257.

derechos fundamentales, en especial el derecho a la igualdad, que apuesta por aplicar las normas del foro⁴.

Las cuestiones relacionadas con la persona y la familia son de las que dan lugar a un mayor número de conflictos, sobre todo cuando esa Ley que contiene la identidad cultural se basa en principios profundamente diferentes a los occidentales, como es el caso del Derecho de los Estados musulmanes⁵. Estos países proclaman el Islam como religión de Estado y en consecuencia, la *Sharia*⁶ como fuente principal de su legislación, al menos, en materia de derecho de familia⁷.

En materia de celebración del matrimonio, la solución a estos conflictos entre identidad cultural y derechos fundamentales se debate entre aplicar la Ley a la que señale la norma de conflicto, que apuesta por el respeto a la diferencia, o la *lex fori*, a través de la excepción de orden público internacional, que apuesta por la uniformidad⁸. Junto con lo anterior, la aplicación de un Derecho culturalmente alejado puede plantear otros problemas, por ejemplo, de calificación, pues puede contener instituciones desconocidas para el ordenamiento español.

El objeto de este trabajo es tratar de dilucidar los posibles problemas que pueden surgir en España por la aplicación a la celebración del matrimonio de las Leyes de Estados con una cultura jurídica alejada de la occidental, como es la islámica y proponer soluciones a los mismos.

Ha de señalarse que el presente trabajo se ha abordado únicamente desde la perspectiva de Ley aplicable. Quedan fuera de su objeto el reconocimiento y la inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero, a los que debería aplicarse el “método del reconocimiento de situaciones”, si bien en la práctica las autoridades de muchos Estados

⁴ Es lo que DIAGO DIAGO, M. P., "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Annales de Droit de Louvain*, 2001-4, p. 408 denomina "tension entre l'identité culturelle et les droits fondamentaux".

⁵ A los efectos de este trabajo se denominará al ordenamiento jurídico de estos países "Derecho islámico" o "Ley islámica".

⁶ Translitterado del árabe: "*Sharia al Islamiya*", que significa "camino o senda del Islam". El término también se ha castellanizado con la forma "*Charía*" o "*Sharía*".

⁷ COMBALÍA SOLÍS, Z., "Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico", *Revista AequAlitas*, núm. 6, 2001, p. 15: "A grandes rasgos pueden distinguirse en la actualidad dos grandes grupos de países en cuanto a la aplicación de la Sharia: aquel grupo de Estados en los que la Sharia es hoy la única o, al menos, la principal fuente del derecho, y aquellos otros en los que la vigencia de la Sharia ha quedado reducida a la regulación de las cuestiones de estatuto personal; esto es, de derecho de familia y sucesiones fundamentalmente. En este ámbito del ordenamiento la aplicación del derecho islámico religioso es práctica generalizada en todos los países islámicos".

⁸ Esta doble opción existe tanto a la hora de configurar la norma de conflicto como, una vez determinada ésta, a la hora de excepcionarla mediante la aplicación del mecanismo de orden público. *Vid.* CARLIER, J. Y., « Quand l'ordre public fait désordre », *Revue générale de droit civil belge*, 2008, p. 526 : « L'esprit internationaliste, permettant le rattachement à un droit étranger, est plus rudement mis à l'épreuve dans l'occurrence de droits fondés sur des principes plus différents, conduisant à des conflits de lois, qui se traduisent des « conflits de civilisations ». C'est alors que s'introduit l'exception d'ordre public, destinée à corriger ce que l'application normale des règles de droit international privé aurait comme conséquences « choquantes » dans l'ordre juridique du for ».

no aplican este método, sino que evalúan la legalidad del acto conforme a la Ley aplicable al mismo según sus normas de conflicto⁹. Se excluye también el estudio de los efectos del matrimonio, entendido como la relación jurídica creada como consecuencia del acto de la celebración del matrimonio¹⁰.

II. LA LEY APLICABLE A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA

El *ius conubii* o derecho a contraer matrimonio libremente viene reconocido por numerosos instrumentos legales internacionales (art. 16 de la Declaración de los Derechos Humanos, art. 23.2 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, art. 12 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y art. 9 Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea) así como por la Constitución española (art. 32). Ninguno de estos instrumentos reconoce un “derecho universal” a contraer matrimonio, sino que lo sujetan a las Leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Sin embargo, esta referencia a las Leyes nacionales no ha de ser entendida exclusivamente en su sentido material, sino que también incluye las normas de Derecho internacional privado. De esta forma, que un extranjero pueda contraer matrimonio en otro Estado no quiere decir que las condiciones de acceso o el contenido de esta institución hayan de venir determinados directamente por la Ley del Estado de celebración (“*lex fori*” o “*lex auctoritatis*”)¹¹. Dado que se trataría de una situación privada internacional, estas cuestiones vendrán determinadas por la Ley que designe la norma de conflicto aplicable al caso¹².

⁹ Sobre el método del reconocimiento, véanse, entre otros: MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 547-575, LAGARDE, P., «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures», *RabelsZ*, n. 68, 2004, p. 225-243; LAGARDE, P., «Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés», en LAGARDE, P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013, p. 19-25, en el que se da la siguiente caracterización de este método: «Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est que l'Etat dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation».

¹⁰ Sobre esta distinción, ROCA, E., “Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio”, en BORRÁS, A. / MERNISSI, S., *El islam jurídico y Europa*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998, p. 262.

¹¹ MAYER, P., *op. cit.*, p. 567: “Par exemple le mariage, qui repose sur le consentement des époux et nécessite le plus souvent une célébration par une autorité de l'État, n'est soumis ni dans ses conditions ni dans ses effets à la loi de cette autorité. Ce que célèbre l'officier de l'état civil français, c'est «un mariage», institution universellement connue, et non «le mariage du droit français», ou de tel autre droit. Rien ne s'oppose donc, sous réserve de quelques éventuels problèmes d'adaptation, à ce que les conditions de fond d'un mariage soient soumises, distributivement, à la loi A du mari et à la loi B de la femme, et les effets à une loi C, l'autorité ayant quant à elle agi selon sa *lex auctoris D*”.

¹² Este derecho no está abierto a todo el mundo, sino que se suele exigir una mínima conexión con el Estado de celebración. En España, por ejemplo, para que pueda celebrarse el matrimonio entre extranjeros se exige que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en España (art. 57 CC y 238 RRC).

Dicha norma de conflicto puede conducir a la aplicación de un ordenamiento que represente una cultura jurídica distante a la europea, lo que podría generar problemas de adaptación y aplicabilidad. Para este estudio se ha escogido el Derecho islámico como muestra de un ordenamiento de tales características, no sólo por esa lejanía cultural, sino también por la importante presencia de inmigrantes de origen islámico en España y en otros Estados europeos del entorno.

1. Matrimonio internacional, Derecho internacional privado y Derecho extranjero

La aplicación del Derecho islámico a un matrimonio celebrado en España se suele relacionar con la celebración de un matrimonio religioso de tipo coránico. Sin embargo, esta forma de celebración del matrimonio es una forma de celebración “española”. La misma fue introducida por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España¹³, que concede a los matrimonios celebrados bajo esta forma plenos efectos civiles¹⁴. En consecuencia, que un matrimonio sea celebrado según la forma religiosa coránica no quiere decir que se trate de un matrimonio celebrado conforme a la Ley extranjera. Estos matrimonios son celebrados conforme a la Ley española, ya que dicho acuerdo de cooperación, así como los preceptos que indican cómo ha de realizarse este tipo de matrimonio en España forman parte de la Ley española. Aquí, el Corán no se vería como una “Ley” que se aplica a la forma de celebración del matrimonio, sino únicamente como un libro religioso, que recoge la creencia y el rito que inspira estos matrimonios respecto de los cuales el Estado español admite su validez siempre que el consentimiento se preste ante ministros de culto reconocidos e integrados en la Comisión Islámica de España¹⁵.

Como es obvio, estos matrimonios no han de considerarse “internacionales” si ninguno de los contrayentes es extranjero y si no existe ningún otro elemento internacional. En esos casos de inexistencia de elementos extranjeros, la celebración del matrimonio se regirá directamente por la Ley española, por tratarse de una cuestión interna de Derecho español que no tiene trascendencia más allá de las fronteras del Estado¹⁶.

Esta situación cambia en presencia de un elemento extranjero, como por ejemplo, la nacionalidad de uno de los futuros contrayentes. En tal caso, la situación se convertiría en internacional y sí que habría de aplicarse primero la norma de conflicto para

¹³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 215-235.

¹⁴ El efecto civil más inmediato sería el de su inscripción en el Registro Civil.

¹⁵ La forma requerida por el ordenamiento español es la prestación del consentimiento ante el ministro del culto islámico y dos testigos mayores de edad (párrafo 1º del art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España).

¹⁶ En cualquier caso, a los requisitos exigidos legalmente se sumarán los requisitos “religiosos” en cuanto a la forma y el fondo del matrimonio, como pueden ser la presencia del *walí* o representante de la mujer, la estipulación de la dote, o la inexistencia de impedimentos según la ley islámica. La exigencia de estos requisitos consta en el modelo de certificado que se presenta ante el Registro Civil español para la inscripción del matrimonio. Puede descargarse uno de estos certificados en la sección de Documentos de la web del Centro Cultural Islámico de Valencia: <http://www.webcciv.org/web/?cat=16>.

determinar qué Ley ha de regir la celebración del matrimonio. Las normas de conflicto de leyes tendrán que aplicarse siempre que se celebre un matrimonio con un elemento extranjero, lo que no depende de su forma de celebración¹⁷.

2. Normas de conflicto relativas a la celebración del matrimonio

La norma que determina la Ley aplicable a la celebración del matrimonio no está unificada a nivel europeo. En consecuencia, España, como los demás Estados miembros de la Unión Europea, cuenta con su propia norma de producción interna para resolver los posibles conflictos de leyes que puedan plantearse.

Esta norma de producción interna no es única, es decir, no existe una única norma que señala la Ley aplicable a la totalidad de la celebración del matrimonio. Como en otros Estados europeos, existen normas independientes que señalan la Ley aplicable a los requisitos de forma y la Ley aplicable a los requisitos de fondo de celebración del matrimonio. Por ello, se ha dicho que no existe una única “*lex matrimonii*”, esto es, una única Ley aplicable a todos los requisitos para la celebración del matrimonio¹⁸.

En relación a estas normas, que se expondrán a continuación, España sigue las tendencias de otros Estados europeos con tradiciones jurídicas similares, como Francia, Bélgica o Italia. Así, las cuestiones de forma se suelen regir en estos Estados, como en España, por la ley de la autoridad que celebra el matrimonio (*lex auctoritatis* o *lex fori*¹⁹), aunque se reconoce alguna excepción en relación al matrimonio consular²⁰. En cuando a las cuestiones de fondo, se regulan de forma separada pues se admite generalmente que forman parte del “estatuto personal”²¹. Estas condiciones se rigen en algunos países europeos por la Ley del domicilio o residencia habitual de cada cónyuge (países con tradición de *common law* como Inglaterra e Irlanda y países nórdicos) y en otros por la Ley nacional de cada uno de ellos (países con tradición de *civil law*, como Francia, Italia, Bélgica y España). En Derecho español también se distingue dentro de

¹⁷ Más bien al contrario, como se verá más adelante, que el matrimonio sea internacional influye en las formas en que puede celebrarse el matrimonio, pues las mismas tendrán que ser determinadas conforme a la Ley aplicable a dicha forma.

¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Comares, Granada, 2013, p. 91.; DIAGO DIAGO, M. P., “La dot ...”, p. 419, ADROHER BIOSCA, S., *Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1993, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley: estudio de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2000 y ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. / BONOMI A., (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1999, p. 92-96.

¹⁹ Esta última denominación se admite aunque las autoridades que celebran el matrimonio sean administrativas y no judiciales, puesto que ambas realizarían una función “constitutiva”. También se ha denominado “*lex auctoris*” (ley del autor). Sobre estas denominaciones *vid.* ROMANO, G. P., “La bilateralité éclipsée par l’authorité. Développements récents en matière d’état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 462.

²⁰ En España, arts. 49 y 50 del Código Civil.

²¹ ROMANO, G. P., *op. cit.*, p. 468. No obstante, existen algunos Estados occidentales como Suecia, Finlandia, Países Bajos, Dinamarca, Suiza y Noruega que sujetan la capacidad y el consentimiento de ambos cónyuges a su *lex fori*, siempre que uno de ellos tenga la nacionalidad o residencia habitual en el país del foro.

los requisitos de fondo entre la Ley aplicable a la capacidad y la aplicable al consentimiento matrimonial de cada contrayente.

A) Capacidad

No existe en Derecho internacional privado español una norma específica que señale la Ley aplicable a la capacidad matrimonial, por lo que se aplica el art. 9.1 CC, relativo a la “capacidad” en general y expresión del principio general en la reglamentación de la Ley aplicable a las materias tradicionalmente incluidas en la categoría de estatuto personal²². Esta regla coincide con la acogida en varios instrumentos internacionales en vigor en España²³. En consecuencia, la capacidad para contraer matrimonio se rige en España por la Ley nacional de cada contrayente.

Dentro de esta categoría de “capacidad matrimonial” se incluiría la capacidad natural para poder prestar el consentimiento matrimonial (edad mínima y cualidades físicas o psíquicas exigidas para contraer el matrimonio) y la ausencia de impedimentos matrimoniales. En relación a estos últimos, y cuando las leyes nacionales de los contrayentes sean distintas, se aplicarán de forma cumulativa, de forma que el defecto de capacidad en uno sólo de los contrayentes vicia todo el negocio, siendo los efectos de dicho vicio los que determine la ley del cónyuge que padece el defecto de capacidad.

Algunas cuestiones que tradicionalmente se han considerado como impedimentos, como la identidad de sexo o la poligamia, han sido abordados de forma separada por parte de la doctrina científica, que ha considerado que no constituyen una cuestión de capacidad, sino un elemento estructural del propio derecho a contraer matrimonio que debería regirse por su propia norma de conflicto²⁴. La RDGRN no se ha pronunciado de forma concluyente al respecto, acogiendo una y otra posibilidad en relación al impedimento de identidad de sexo, al indicar que existía una “laguna legal” en relación a la Ley aplicable a este requisito e indicando, como se verá más adelante, que se ha de autorizar

²² Como señala la RDGRN num. 4/2006 de 7 abril, RJ\2007\3357, sobre matrimonio civil entre personas del mismo sexo, “No puede haber duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que Ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro Código Civil”. Así lo ha sostenido también reiteradamente el Tribunal Supremo (*vid.* Sentencias de 29 de mayo de 1970, RJ\1970\2501 y 22 de noviembre de 1977, RJ\1977\4284) y la DGRN (*vid.* Resoluciones núm. 1/2000 de 6 de noviembre de 2000, núm. 3/2002 de 24 de mayo, RJ\2002\8983 o, más recientemente, núm. 3/2005, de 24 de enero, PROV\2005\112980).

²³ Coincide con la acogida por el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, firmado en Múnich el 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, y con el contenido de la Recomendación de la misma Comisión adoptada en Viena el 8 de septiembre de 1976, relativa al derecho al matrimonio, que reconoce la competencia de los Estados para regular los requisitos, capacidad e impedimentos para contraer matrimonio. En la misma línea, el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que “el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio”.

²⁴ ARENAS GARCÍA, R., “La doctrina ...”, p. 356; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, p. 23-25. Sobre esta postura doctrinal, *vid.* apartado VI del presente trabajo: “Autoridad vs. bilateralidad”, y en especial su apartado 2: “El debate actual”.

la celebración del matrimonio entre contrayentes del mismo sexo aun cuando la Ley nacional de alguno de éstos lo impida²⁵.

B) Consentimiento

Tampoco existe en Derecho internacional privado español una norma de conflicto específica para determinar la Ley aplicable al “consentimiento matrimonial”. La DGRN se ha decantado de nuevo por la Ley nacional de cada contrayente, basándose en otro inciso del art. 9.1. CC, el relativo al estado civil²⁶. Esta postura se basa en que el consentimiento matrimonial está íntimamente unido a la persona y afecta a su estado civil y por ello debe aplicarse el art. 9.1 CC²⁷.

Esta misma tesis se sigue, como se ha indicado, en otros países del entorno, Francia, Bélgica e Italia, por la fuerte influencia de las enseñanzas de P.S. MANCINI de que la nacionalidad ha de constituir el factor principal de conexión, al menos en el área de la persona y la familia²⁸. Esta tendencia triunfó con rapidez por ser estos países emisores de emigrantes. Como indica Y. CARLIER, la aplicación de la Ley nacional corresponde a la preocupación de los Códigos Civiles de mantener bajo su Ley, bajo su soberanía, a sus ciudadanos, especialmente a los soldados²⁹.

Desde entonces, la Ley nacional de cada contrayente rige en España para determinar la existencia del consentimiento, la pureza del mismo y sus modos de expresión. Esta Ley será la que determine si dicho consentimiento es aparente o real, la existencia de vicios, los efectos del consentimiento viciado o simulado, el plazo para el ejercicio de las acciones y personas legitimadas y la necesidad de consentimiento al enlace de padres o tutores³⁰. Algunas de estas cuestiones, como la necesidad del consentimiento al enlace,

²⁵ Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, PROV 2005\184678 y RDGRN que la desarrollan, como por ejemplo, RDGRN núm. 4/2006 de 7 de abril, RJ\2007\3357.

²⁶ Vid. RDGRN núm. 1/2001 de 26 de noviembre, PROV\2002\78278 y otras citadas en la Instrucción mencionada *ut supra*.

²⁷ DIAGO DIAGO, M. P., “La nulidad de los matrimonios por conveniencia o la historia de los matrimonios que nunca existieron”, en CHUECA SANCHO, A. ET AL. (coords.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens, Barcelona, 2009, p. 301. Al respecto es muy clara la argumentación de la Instrucción DGRN de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia, *BOE*, n. 41, 17 febrero 2006, JUR\2006\53392.

²⁸ SEFIR, K. A., *Droit international Privé Comparé*, Sader / Bruylant, Paris, 2005, p. 69, señala que el 22 de enero de 1851, P. S. MANCINI, titular de la cátedra de Derecho internacional de la Universidad de Turín, pronuncia su lección inaugural bajo el título “Della nazionalità come fundamento del diritto delle genti”. En la época del despertar de las nacionalidades, el mencionado profesor quiso fundamentar el Derecho internacional en la coexistencia de las nacionalidades bajo el imperio de la Ley. Pero no se limitó a promulgar una concepción nueva del Derecho internacional público, sino que también pretendió transformar el Derecho internacional privado, con la idea de que la nacionalidad debía ser el principal punto de conexión.

²⁹ CARLIER, J. Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad” en CALVO CARAVACA, A. L. / IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, 1999, p. 29. Esta es la razón de la redacción unilateral, aún actualmente, del art. 3.3 de los Códigos Civiles francés y belga: « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français (Belges) même résidant en pays étrangers ».

³⁰ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 115.

son calificadas como cuestiones relacionadas con el consentimiento en Derecho internacional privado español, pero dicha calificación puede diferir de la que se les otorgue en otros Estados europeos. Por ejemplo, la necesidad de autorización de otra persona para contraer matrimonio en Derecho inglés se considera cuestión de forma³¹. Otro ejemplo sería la calificación de modos de expresión del consentimiento, como la posibilidad de contraer matrimonio por poderes (*proxy marriage*), que en la mayoría de Estados Miembros se considera también como una cuestión relativa a la forma³².

Por último, ha de tenerse en cuenta que esta Ley rige todas las cuestiones en torno a la prestación del consentimiento, pero no el “contenido” de la institución para la que se da el consentimiento, ese contenido vendrá determinado por la Ley aplicable a los efectos del matrimonio³³.

C) Forma

La forma se sujeta como regla general a la Ley del lugar de celebración (*lex loci celebrationis*) que coincide con la Ley de la autoridad que celebra el matrimonio (por lo que también se le conoce como *lex auctoritatis* o *lex fori*³⁴). Esta norma se complementa con la posibilidad de que los matrimonios entre extranjeros puedan contraerse conforme a la Ley nacional de cualquiera de ellos y con una excepción relativa al matrimonio de los españoles en el extranjero, a los que se les permite no sólo el matrimonio de acuerdo con la Ley del lugar de celebración como el matrimonio de acuerdo con su Ley nacional, esto es, conforme a las formas admitidas por la Ley sustantiva española (arts. 49 y 50 CC)³⁵.

Dentro de la forma de celebración del matrimonio se incluyen todas aquellas cuestiones relativas al modo externo y público en que se crea el vínculo matrimonial, como puede ser la exigencia de presencia de una autoridad habilitada o de testigos, o la posibilidad

³¹ FAWCETT, J. / CARRUTHERS, J., *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 878. Véase el caso *Simonin v. Mallac*, Sent. Full Court of Divorce and Matrimonial Causes, 1860 (2 Sw. & Tn 6; M.P.:C. Creswell).

³² Al respecto, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley: estudio de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2000, p. 114.

³³ MAYER, P., « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 567.

³⁴ Esta última denominación se admite aunque las autoridades que celebran el matrimonio sean administrativas y no judiciales, puesto que ambas realizarían una función “constitutiva”. También se ha denominado “*lex auctoris*” (ley del autor). Sobre estas denominaciones *vid.* G. P. ROMANO, *op. cit.*, p. 462.

³⁵ Art. 49 CC: “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1º. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2º. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración” y art. 50 CC: “Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos”.

de admisión del matrimonio sin forma externa de celebración o como un mero contrato³⁶.

3. Control de validez de los matrimonios celebrados en España

El control por parte de las autoridades de la concurrencia de los requisitos esenciales para la validez de la celebración del matrimonio antes expuestos (capacidad, consentimiento y forma) se ha de realizar necesariamente de forma previa a la inscripción del matrimonio y también puede realizarse con posterioridad si dicha validez es impugnada ante una autoridad judicial. Por la peculiaridad de los mencionados Acuerdos de 1992, la cuestión merece un tratamiento más detenido.

A) Control previo a la inscripción

En relación al control de los requisitos para la celebración del matrimonio de forma previa a la celebración del matrimonio se hace preciso distinguir distintos supuestos:

(i) Control por el juez ante el que se abre el expediente matrimonial, de forma previa a la celebración del matrimonio. Este expediente es obligatorio en caso de que se vaya a celebrar matrimonio civil o hebraico³⁷ y voluntario cuando los cónyuges vayan a celebrar su matrimonio por rito católico o islámico³⁸. El juez instructor en el curso de dicho expediente habrá de oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia de impedimentos para la celebración (art. 246 RRC). Además, el juez podrá acordar de oficio que se practiquen cuantas pruebas sean necesarias para la acreditación del estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios (art. 245 RCC). Si de la tramitación de dicho expediente el instructor conociese la existencia de obstáculo legal, denegará la celebración del matrimonio.

(ii) Control por parte del encargado del Registro civil en que se inste la inscripción posterior a la celebración del matrimonio. Cuando el matrimonio se celebra con forma islámica o católica, no es necesario un control previo de la capacidad de los cónyuges por parte de la autoridad civil española, pues se asume que dicho control será llevado a cabo por el ministro religioso encargado de la celebración³⁹. Si existe expediente previo,

³⁶ SEFIR, K. A., *Droit international Privé Comparé*, Sader / Bruylant, Paris, 2005, p. 69; FAWCETT, J. / CARRUTHERS, J.M., *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 878.

³⁷ Art. 56.1 CC: “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”.

³⁸ Art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, en consonancia con la precitada Instrucción de la DGRN de 10 febrero 1993.

³⁹ STC n. 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, rec. n. 6654-2012, BOE n. 11, de 13 enero 2015, FJ 5. Vid. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n. 2. 2015, pp. 382-399; A.L. CABEZUELO ARENAS, “Ilegitimidad del matrimonio contraído por rito islámico:

en el momento de la inscripción el encargado del registro se limitará únicamente a controlar que el matrimonio se ha celebrado en una de las formas previstas por la Ley española, incluida sus normas de conflicto (art. 246 RRC)⁴⁰. En caso de que no exista el expediente previo, el encargado del Registro habrá de comprobar todos los requisitos de validez del matrimonio (capacidad, consentimiento y forma)⁴¹. Las consecuencias de la percepción de un defecto insubsanable será la denegación de la inscripción del mismo.

B) Control posterior a la inscripción

El control de la validez de un matrimonio celebrado en España e inscrito en el Registro civil solamente puede darse en sede judicial. A la impugnación de validez de un matrimonio, los tribunales españoles aplicarán el art. 107.1 CC: “La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la Ley aplicable a su celebración”.

Dado que, como ya se ha indicado, no existe una *lex matrimonii*, la referencia que realiza el art. 107.1 CC debe entenderse hecha a “las Leyes” que regulan la “celebración del matrimonio”. Su justificación se encuentra en el significado mismo de la nulidad: sanción legal por el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para la validez del matrimonio⁴². Así, la autoridad judicial que debe decidir acerca de la validez del matrimonio aplicará el art. 9.1 CC si la validez se cuestiona en torno a un requisito de consentimiento o capacidad y los artículos 49 y 50 CC si lo que se alega es un defecto en la forma de celebración⁴³.

La Ley aplicable al requisito cuya validez se pretende impugnar es la que determinará la legitimación del que alegue la falta de validez del matrimonio (que en algunos ordenamientos se reserva a los cónyuges y en otros se abre también a terceros), los plazos para el ejercicio de la acción y las consecuencias del ejercicio de dicha acción (sanción de nulidad, anulabilidad o sus correlativas en otros ordenamientos, convalidación del matrimonio...)⁴⁴.

Por ejemplo, si se insta la nulidad de un matrimonio celebrado en España entre un ciudadano español y una ciudadana marroquí, por la existencia de un impedimento de ligamen por parte de esposa, será la Ley aplicable a la capacidad de la esposa la que

denegación de inscripción en el Registro Civil y de la pensión de viudedad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5. 2015, pp. 83-94.

⁴⁰ En la práctica, generalmente se limita a comprobar si se ha realizado en los seis meses siguientes a la emisión del certificado de capacidad nupcial.

⁴¹ Así lo establece la mencionada Instrucción de la DGRN de 10 febrero 1993.

⁴² DIAGO DIAGO, M. P., “La nulidad ...”, p. 296.

⁴³ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 278-279: “Visto que la nulidad es el reverso de la validez de un acto jurídico, la Ley reguladora de la eventual nulidad del matrimonio debe ser la ley reguladora de su presunta validez”. Esta es la solución con un mayor apoyo. *Vid.* también DIAGO DIAGO, M. P., “La nulidad...”, p. 296 y cfr. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Nulidad, separación y disolución del matrimonio”, en AAVV, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, vol. 2, Oviedo, 1984, p. 145-168.

⁴⁴ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 280.

determine (i) quién puede impugnar la validez de este matrimonio por la existencia de un vínculo previo, es decir, la legitimación activa, aunque en cualquier caso se reconocerá siempre legitimación al Ministerio Fiscal (art. 74 CC); (ii) si se está en plazo para dicha impugnación; (iii) si existe un vínculo anterior y (iv) qué consecuencias tendrá ese vínculo sobre este segundo matrimonio (matrimonio nulo de raíz, matrimonio anulable, matrimonio irregular, convalidado por la consumación...). Posteriormente el juez español tendría que “traducir” las consecuencias de dicha invalidez a la figura española más similar (nulidad o subsanación), para poder determinar si procede o no instar la cancelación en el Registro Civil de la inscripción del matrimonio.

III. LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO EN LOS DERECHOS DE FUENTE ISLÁMICA

Como se ha visto, las normas de conflicto españolas aplicables a la celebración del matrimonio pueden conducir a una Ley extranjera. Esta Ley extranjera puede ser un Derecho de fuente islámica, es decir, inspirado en el Islam. En este apartado se estudiará el contenido material de algunos de estos Derechos de inspiración coránica, especialmente en lo que se refiere a la capacidad y el consentimiento para contraer matrimonio, para posteriormente poder analizar los problemas de aplicación de estas normas a la celebración de un matrimonio en España. Previamente han de hacerse dos precisiones:

La primera, que hablar de Derechos de fuente islámica o de “Derecho islámico” es aludir a una realidad plural, pues existen muchas diferencias en la forma en que las escuelas han interpretado el Corán y en cómo los Estados que tienen al Islam como religión de Estado han recogido y codificado esas interpretaciones, transformándolas en normas jurídicas⁴⁵. La principal división entre escuelas se produjo inmediatamente después de la muerte del profeta, entre *shíites* y *suníes*. En el seno de la comunidad *sunní*, que es el Islam mayoritario, existen cuatro escuelas jurídicas y religiosas: *hanafí*, *maliki*, *shafei*, y *hanbali*, que difieren en cuanto al modo de estudiar e interpretar el Derecho⁴⁶. Su existencia se debe a la imposibilidad de basar todas las decisiones y normas en las fuentes primarias del Islam (el Corán y la *Sunna*). Entre estas escuelas y entre los Códigos que las han ido acogiendo existen muchas diferencias en relación al Derecho matrimonial. Por ello, la pauta metodológica que se seguirá en este apartado del trabajo expondrá lo que la *Sharia* prescribe de cada una de estas cuestiones, y cómo los vigentes Códigos de las distintas escuelas acogen tal regulación, con especial

⁴⁵ GIMÉNEZ COSTA, A., “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español”, en LASARTE ÁLVAREZ, C. ET AL. (coords.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 1, disponible en:

⁴⁶ COMBALÍA, Z., *op. cit.*, p. 7. Sobre una historia detallada del nacimiento y desarrollo de las cuatro escuelas puede consultarse SUDQUI EL ALAMI, D., *The marriage contract in islamic law*, Graham & Trotman, London, 1992, p. 2.

atención al ordenamiento de los países cuyos nacionales tienen una mayor presencia en España (principalmente Marruecos y Argelia, ambos de escuela *maliki*)⁴⁷.

En segundo lugar, ha de hacerse una precisión en cuanto al concepto de matrimonio. No se puede realizar una aproximación a los requisitos de capacidad y de consentimiento en los Derechos de fuente islámica partiendo de la concepción “occidental” de esta institución. Ha de tenerse en cuenta que el matrimonio es universal, pero su contenido “varía enormemente según sea el círculo cultural examinado”⁴⁸. Según la concepción islámica clásica, el matrimonio se trataba de una forma de recibir el derecho exclusivo de gratificación sexual sobre una o más mujeres simultáneamente mediante la entrega de una cantidad convenida o dote⁴⁹. En la cultura jurídica islámica contemporánea el matrimonio sigue teniendo un carácter eminentemente contractual, pero éste cumple además un fin social⁵⁰.

Esta concepción contemporánea de matrimonio es la que ha pasado a los códigos de familia de países como Marruecos o Argelia. En Marruecos, el Código de la familia de 2004 o *Moudawanna* (en adelante, “CFM”) en su art. 4 define el matrimonio como “un pacto basado en el consentimiento y una unión legítima de forma duradera entre el hombre y la mujer, cuyos objetivos son la pureza, la castidad y la constitución de una familia estable, mediante el cuidado mutuo de los esposos de conformidad con las disposiciones de este Código”⁵¹. En Argelia, el Código de Familia de 1984 (en adelante, “CFA”) lo define como “un contrato entre un hombre y una mujer según la forma legal. Tiene entre otros fines la fundación de una familia basada en el afecto, la mansedumbre y la ayuda mutua, la protección moral de ambos cónyuges y la preservación de los vínculos familiares”⁵².

También se ha de tener presente que el matrimonio islámico se funda sobre un mandato coránico, que lo considera el “estado perfecto” al que ha de tenderse para aumentar los

⁴⁷ Datos del Informe sobre Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en 31 diciembre 2016, disponible en: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html> (fecha última consulta: 28/06/2017).

⁴⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales De Derecho Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, p. 113, cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Derecho de familia. El matrimonio”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. ET AL., *Derecho Internacional Privado*, Eurlex, Madrid, 1995, p. 289.

⁴⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé*, tomo 2: *Le mariage. La dissolution du mariage*, Mouton, Paris y La Haya, 1965, p. 124, citado por GIMENEZ COSTA, A., *op. cit.*, p. 1.

⁵⁰ I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, “La célébration du mariage avec un ressortissant étranger. Le cas des citoyens marocains”, *Paix et Sécurité Internationales*, n. 4, 2016, pp. 167-195, p. 170.

⁵¹ Ley nº 70-03 sobre el Código de la Familia, promulgada el 3 febrero 2004. Traducción tomada de la obra ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *Código marroquí de la familia*, Blanca Impresiones, Jaén, 2009.

⁵² Ley 9 junio 1984. Traducción tomada de la versión oficial en francés publicada en el *Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire* realizada por P. LORENZO, “Régimen matrimonial en los códigos sobre estatuto personal en los países del Magreb”, en A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 91.

fieles de *Allah*⁵³. Por ello, el matrimonio siempre será religioso (en los Derechos de inspiración islámica no se concibe el matrimonio exclusivamente civil). Además de esta misión procreadora y de cumplimiento de un acto piadoso, el matrimonio islámico persigue otras funciones que, como se ha visto en las anteriores definiciones, vienen de la codificación de ese mandato religioso, como son la fundación de una familia, la gratificación emocional, la garantía de estabilidad social, la consecución de alianzas interfamiliares y la solidaridad del grupo⁵⁴.

Por último, ha de señalarse que el matrimonio islámico no se basa en la igualdad de los cónyuges, sino en su complementariedad: “*the aim of the Sharia with regard to marriage is that it should be a connection and a joining and intermingling in love and affection, moreover the two partners should be complementary, one to the other, as two halves making a whole*”⁵⁵. Esta complementariedad está basada en la inferioridad de la mujer. A pesar de lo anterior, en algún país se ha interpretado la *Sharia* en una clave más igualitaria. Como ejemplo, el Código del Estatuto Personal de Túnez de 1956 (en adelante, “CEPT”) introdujo en sus últimas reformas novedades como la prohibición de la poligamia y la obligación de prestación del consentimiento matrimonial por ambos cónyuges⁵⁶.

Una vez realizadas estas precisiones, se analizará a continuación el régimen sustantivo de los requisitos de fondo que exigen estos Derechos de inspiración coránica para la celebración del matrimonio⁵⁷.

1. Capacidad de los contrayentes

En los Derechos de inspiración islámica se suele tratar de forma independiente la habilidad de los contrayentes y los impedimentos para contraer matrimonio. Así, por

⁵³ “Y casad a los solteros de vosotros”, Sura XXIV, aleya 32. Citas del Corán extraídas de CANSINOS ASSENS R., (trad.), *El Corán (versión literal e íntegra)*, Aguilar, Madrid, 1957.

⁵⁴ MOTILLA DE LA CALLE, A., “El derecho islámico y su adaptación al derecho español. Planteamientos generales” en MOTILLA DE LA CALLE, A. (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 35-36.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Tela (Egipto) 776/36, de 20 abril 1937, citada por SUDQUI EL ALAMI, D., *The marriage contract in islamic law*, Graham & Trotman, London, 1992, p. 11.

⁵⁶ Decreto 13 agosto 1956 por el que se aprueba el Código de Estatuto Personal. Ha sido objeto de varias reformas.

⁵⁷ No obstante, ha de indicarse que en las legislaciones de los Estados musulmanes no se suele distinguir entre requisitos de fondo y de forma, estableciéndose todos ellos como “elementos constitutivos del matrimonio”. Así, por ejemplo, el art. 13 CFM: “El contrato de matrimonio ha de reunir los siguientes requisitos: 1. capacidad del esposo y de la esposa, 2. no debe haberse estipulado la supresión de la dote, 3. la presencia del tutor matrimonial, en caso de necesidad, 4. la presencia de los dos testigos en el momento en que tiene lugar la declaración de la oferta y la aceptación de los cónyuges y su legalización, 5. la inexistencia de impedimentos legales” y el art. 9 del CFA: “El matrimonio se contrae mediante el consentimiento de los contrayentes en la presencia del tutor matrimonial y de dos testigos, y la constitución de una dote”. También el art. 5 del CMEP: « Les éléments constitutifs du mariage sont: les deux époux, le tuteur « weli », la dot et le consentement ».

ejemplo, el art. 13.1 del CFM se refiere a las exigencias de capacidad del esposo y la esposa y el art. 13.5 del CFM al requisito de la inexistencia de impedimentos.

A) Edad

Los distintos Estados han legislado en relación a la edad mínima para contraer matrimonio y han hecho coincidir dicha edad con la mayoría de edad legal. Así, en Marruecos, la capacidad para el matrimonio se adquiere con 18 años de edad (art. 19 CFM), en Argelia con 21 años cumplidos para el varón y 18 para la mujer (art. 7 CFA), y en Túnez con 20 para el varón y 17 para la mujer (art. 5 del CEPT). Estas tendencias dan más peso a la madurez de juicio para hacer frente a las responsabilidades derivadas del matrimonio que a la aptitud para la procreación como elemento determinante de la capacidad matrimonial⁵⁸.

Ahora bien, también se permite el matrimonio por debajo de esta edad. Para estos casos se suele requiere la autorización del tutor matrimonial del cónyuge menor de edad junto con el consentimiento del menor, y, en algunos Estados, autorización judicial (Túnez, Marruecos y Argelia⁵⁹). En los derechos de los Estados analizados no existe un tope mínimo a partir del cual no se permita contraer matrimonio en ningún caso, pero los juristas coinciden en fijar este límite mínimo en la pubertad, momento en que se entiende que se alcanza la madurez de la persona. Esta interpretación se basa en el Corán, que establece la pubertad como la línea que divide la menor de la mayor edad⁶⁰. La ausencia de límite mínimo de edad ha generado en muchos de estos Estados la proliferación de los matrimonios con niñas. En Marruecos, estos matrimonios han aumentado en los últimos años hasta suponer un preocupante 12% del total⁶¹.

B) Estado mental

Para contraer matrimonio se exige que los contrayentes se encuentren en plenas facultades mentales (art. 19 CFM). Aun así, se permite el matrimonio del que sufre una minusvalía mental, también con la autorización del tutor o autorización judicial. En Marruecos, el CFM lo permite siempre que lo autorice el juez, tras recabar un informe sobre el estado de la minusvalía y siempre que el otro cónyuge sea mayor de edad (art.

⁵⁸ ABAD ARENAS, E., “Libertad matrimonial y matrimonios forzosos”, *Diario La Ley*, n. 1607/2014, p. 2 y LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 41.

⁵⁹ Art. 20 CFM, art. 7 CFA y art. 5 CTEP.

⁶⁰ Sura IV, aleya 6: “Tantead a los huérfanos hasta que alcancen la nubilidad. Cuando los creáis ya maduros, pasadles su hacienda (...)”.

⁶¹ “El ministro de justicia marroquí dice que el matrimonio legal con menores es por el bien de las niñas”, *Diario ABC*, 15 diciembre 2015, disponible en: http://www.abc.es/sociedad/abci-ministro-justicia-marroqui-dice-matrimonio-legal-menores-bien-ninas-201512152135_noticia.html (fecha última consulta: 28/06/2017).

23). Los autores explican esta posibilidad en clave religiosa: se hará si ello preserva su honor y el de su familia⁶².

2. Impedimentos

Las circunstancias que hacen que una persona sea *h'aram* (prohibida) para otra son difíciles de sistematizar porque se trata de un tema especialmente casuístico y en que las legislaciones de los distintos Estados musulmanes carecen de una unidad de criterio. Pese a lo anterior, puede indicarse que existen algunos impedimentos que sí son comunes a todos ellos y son los que se recogen directamente en el Corán⁶³.

Estos impedimentos se han clasificado por la doctrina clásica como permanentes o temporales en función de la posibilidad que exista de la desaparición del hecho que constituye la prohibición⁶⁴.

A) Impedimentos permanentes

Son impedimentos permanentes los derivados de la relación de parentesco, entendida esta en un sentido más amplio que el occidental. Como indican S. ACUÑA Y R. DOMÍNGUEZ, esto puede obedecer a la tendencia a los grandes clanes familiares en la cultura islámica⁶⁵.

i. Consanguinidad: El Corán prohíbe el matrimonio con los parientes consanguíneos de forma absoluta en cuanto a los ascendentes y descendientes en cualquier grado, y también respecto a los colaterales de segundo y tercer grado (hermanos, tíos y sobrinos)⁶⁶. Respecto a los colaterales de grado ulterior (primos) se permite⁶⁷. Este impedimento se recoge, por ejemplo, en el art. 36 del CFM.

ii. Afinidad o alianza: Queda vedado de forma permanente (aunque se extinga el vínculo matrimonial), el matrimonio del hombre con los ascendentes de su esposa y, en todos los grados, con las ex esposas de ascendentes y descendientes⁶⁸. Con las descendientes de su esposa podrá hacerlo siempre que no haya consumado el matrimonio con la madre. Se refleja por ejemplo en el art. 37 CFM.

⁶² SUDQUI EL ALAMI, D., *The marriage contract in islamic law*, Graham & Trotman, London, 1992, p. 52: "This power is effectively a duty if it appears that there is a need for her to marry, that is to protect her from fornication and protect her honour".

⁶³ Sura IV, aleya 27 (impedimento de consanguinidad y lactancia); Sura XXIII, aleya 37 (prohibición de contraer matrimonio con una adoptada); Sura II, aleya 228 (período de continencia de las repudiadas); Sura II, aleya 234 (período de continencia de las viudas); Sura II, aleya 220 (prohibición de contraer matrimonio con una idólatra).

⁶⁴ ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R., "El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho islámico" en A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 48.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁶ Sura IV, aleya 27.

⁶⁷ Sura XXXIII, aleya 50.

⁶⁸ Sura IV, aleya 22 y 23.

iii. Lactancia: La evidencia de la prohibición del matrimonio por lactancia se encuentra en el Corán⁶⁹ y en un *hadith* del Profeta: “Lo que está prohibido por relación de sangre también está prohibido por lactancia”. La lactancia genera impedimentos similares a la filiación y al parentesco por alianza (art. 38 CFM). El niño amamantado durante los veinticuatro primeros meses de vida por la nodriza se considera como su hijo y en consecuencia no puede contraer matrimonio ni con su nodriza, ni con sus hijas, hermanas o tías de aquella. Tampoco pueden contraer entre sí dos niños amamantados de la misma nodriza. Por lo que respecta a la nodriza, además de afectarle el impedimento respecto del amamantado, también le prohíbe el matrimonio con el padre y descendientes de aquél⁷⁰.

B) Impedimentos temporales

i. Afinidad colateral: Este impedimento tiene su consecuencia en la admisión de la poligamia y supone que, en caso de que exista ya un matrimonio, éste no puede simultanearse con otro cuando la que se pretende como nueva cónyuge tenga estrecha relación de parentesco con la primera esposa (madre, hermana, tía...). Este impedimento incluye tanto el parentesco de sangre como el de lactancia.

ii. Retiro legal: La extinción del vínculo conyugal conlleva el sometimiento de la mujer a un periodo de retiro legal denominado *idda* que se extiende durante tres periodos menstruales o hasta el momento del parto si la mujer está encinta. Durante este tiempo la mujer no puede contraer nuevo matrimonio y mantiene el derecho de alimentos del anterior marido (*nafaqa*). La finalidad primordial de este periodo es asegurar la determinación de la paternidad en caso de embarazo⁷¹.

iii. Repudio triple: El repudio irrevocable mayor o perfecto (*kubra*), es decir, aquél que se pronuncia por tercera vez, no permite un nuevo matrimonio entre los cónyuges, salvo que la mujer, tras el tercer repudio, haya contraído, consumado y posteriormente disuelto matrimonio con otro hombre⁷². En el Derecho islámico clásico el divorcio mediante imprecación mutua (acusación a la esposa de haber cometido adulterio) también impedía volver a contraer matrimonio entre los cónyuges, pero esta forma de divorcio no ha pasado a los Códigos modernos.

iv. Diversidad de culto: El hombre musulmán puede contraer matrimonio con una mujer que pertenezca a una *din samawi*, una de las religiones aceptadas o “del libro”, es decir, el Islam, el Cristianismo o el Judaísmo⁷³. A la mujer musulmana, sin embargo, se le impide el matrimonio con cualquier varón que no sea musulmán. Esta permisibilidad respecto al varón se fundamenta en la presunta influencia que debe ejercer él mismo

⁶⁹ Sura IV, aleya 23.

⁷⁰ ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R. *op. cit.*, p. 48.

⁷¹ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Revista AequAlitas*, núm. 6, 2001, p. 15.

⁷² El repudio irrevocable menor o imperfecto (*sugra*) permite la celebración de un nuevo contrato matrimonial con la misma esposa. *Vid.* art. 70 y 71 CFM.

⁷³ Sura II, aleya 221; Sura V, aleya 5; Sura DX, aleya 10.

sobre la mujer en el terreno espiritual, mientras que la intransigencia con relación a la musulmana tiene su base en que los hijos han de seguir la religión profesada por el padre⁷⁴. Las distintas escuelas difieren sobre si la posibilidad de casarse con una judía o una cristiana está permitida en países no musulmanes, puesto que en estos casos el marido tendría que adaptar su modo de vida y exponería a sus hijos a una religión distinta del Islam⁷⁵.

El impedimento de diversidad de culto rige en los Estados islámicos actuales⁷⁶. Incluso Túnez afirma en el artículo 5 del su vigente Código de Estatuto Personal que ninguno de ambos futuros esposos deben encontrarse en ninguno de los casos de impedimento previstos por la ley, y una Circular del Ministerio de Justicia de 5 de noviembre de 1973 precisó que esto debía incluir los matrimonios con diversidad de culto.

v. *La poligamia*: La mujer no puede contraer válidamente matrimonio más que con un varón, pero el varón puede tener hasta cuatro esposas si puede tratarlas de forma equitativa⁷⁷. Así lo señala el Corán⁷⁸. No obstante, se prohíbe el matrimonio con una mujer casada o en período legal de continencia (art. 39.5 CFM). Los matrimonios que se contraigan excediendo estos límites legales se estiman nulos⁷⁹.

Con independencia de la existencia de posiciones más o menos abiertas en cuanto a su admisión, que el hombre puede tener cuatro mujeres al mismo tiempo ha sido admitido unánimemente en las distintas escuelas islámicas⁸⁰. En cuanto a los Estados que permiten la poligamia, son treinta y tres en el mundo, la mayoría de inspiración islámica⁸¹. Tal y como indica Z. COMBALÍA, de estos Estados, el único que la ha prohibido legalmente es Túnez, basándose en posiciones de autores más liberales que han defendido que en el Corán hay un mandato de monogamia implícito, ya que es imposible que un hombre trate de la misma forma a todas sus esposas⁸². Los demás países musulmanes, incluso los que cuentan con un Derecho matrimonial más igualitario, como Marruecos, mantienen la validez del matrimonio polígamo dentro de los límites señalados (art. 8 CFA, art. 40 CFM)⁸³.

⁷⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé*, tomo 2: *Le mariage. La dissolution du mariage*, Mouton, Paris y La Haya, 1965, p. 124.

⁷⁵ Sobre la opinión de los *hanafis* y *malikis* en relación al matrimonio con una mujer de las religiones de libro, *vid.* SUDQUI EL ALAMI, D., *op.cit.*, p. 41-46.

⁷⁶ Art. 29 CFM, art. 31 CFA o art. 12 CFLibia.

⁷⁷ Sobre el matrimonio poligámico y su tratamiento en Derecho internacional privado español puede consultarse CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, p. 115-124.

⁷⁸ Sura IV, aleya 3: “(...) entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal”.

⁷⁹ Sura IV, aleya 3 y 29; Sura XXIII, aleya 6; Sura LXX, aleya 36.

⁸⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé*, tomo 2: *Le mariage. La dissolution du mariage*, Mouton, Paris y La Haya, 1965, p. 134-135.

⁸¹ UNITED NATIONS, “World marriage patterns”, *Population facts*, n. 1. 2011, p. 4.

⁸² COMBALÍA SOLÍS, Z., “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Revista AequAlitas*, núm. 6, 2001, p. 15.

⁸³ En Argelia está permitida dentro de los límites de la *Sharia*, si hay motivo justificado, si se reúnen las condiciones e intención de equidad, y tras la previa información a la precedente y futuras esposas (art. 8

vi. *Otros impedimentos*: Otros impedimentos reconocidos por el Derecho islámico clásico como la enfermedad terminal, la diferencia de estado social y la ausencia de defectos no han pasado a los nuevos Códigos de Estatuto Personal, pero aún cabe en algunos supuestos su alegación ante los tribunales a efectos de declarar nulo, o no vinculante el matrimonio ya celebrado.

3. Consentimiento

El consentimiento matrimonial se entiende en Derecho islámico como el concurso de la oferta de un cónyuge y la aceptación del otro. En el Islam clásico es el hombre el que realiza siempre la oferta, lo que explica que la mayor parte de la regulación del matrimonio vaya dirigida al hombre (por ejemplo, los impedimentos). No obstante, en Códigos modernos como los de Túnez, Argelia y Marruecos no se especifica quién ha de realizar la oferta y quién la aceptación, por lo que se entiende que hoy día puede ser realizada tanto por el hombre como por la mujer⁸⁴.

A) Existencia del consentimiento

Para que un matrimonio se considere válido es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Se puede afirmar como principio que el matrimonio en contra de los deseos de los cónyuges no es válido⁸⁵. No obstante, este principio se rompe en algunos Estados como Mauritania, cuyo Código sobre el Estatuto Personal permite casar al cónyuge menor de edad o que no esté en plenas facultades mentales sin su consentimiento (e independientemente de su sexo)⁸⁶.

B) Pureza

Se han de considerar dos aspectos: el sometimiento del matrimonio a condición o término y los vicios del consentimiento.

En cuanto al primero, es sabido que en Derecho español cualquier tipo de condición, término o modo respecto al consentimiento matrimonial se tendrá por no puesta. ¿Ocurre lo mismo en los Derechos de inspiración islámica? En la mayoría de ordenamientos islámicos también se prohíbe el sometimiento del matrimonio a condición, plazo o término. El art. 11 del CFM indica que se requiere que la propuesta y la aceptación “sean decisivas, sin que estén condicionadas por un plazo o una condición suspensiva o resolutoria” (en el mismo sentido el art. 62 CFM). En los primeros tiempos

CFA). En Marruecos es más estricta su configuración legal: “Se prohíbe la poligamia cuando puede tener lugar una injusticia entre las esposas. Está igualmente prohibida cuando la esposa haya establecido una cláusula en virtud de la cual el esposo se compromete a no tomar a otra esposa” (art. 40 CFM).

⁸⁴ SUDQUI EL ALAMI, D., *The marriage contract in islamic law*, Graham & Trotman, London, 1992, p. 20: “We may note that the proposal may originate from either the man or the woman or her representative”.

⁸⁵ ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 44-45.

⁸⁶ Loi n° 2001.052 du 19 juillet 2001 portant Code du statut personnel, *Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie*, n° 1004, 15 agosto 2001, p. 406-436.

del Derecho islámico clásico se aceptaba el matrimonio temporal (*al-mut'a*)⁸⁷. Pero la práctica de estos matrimonios, cuya traducción es “matrimonios de placer”, se interrumpió en los primeros tiempos del Islam. Hoy en día, solamente se admite en Irán, país de tradición *shii'*. La imposición de este plazo al matrimonio tiene consecuencias como que la mujer no tiene derechos sucesorios y que los hijos que nazcan del mismo no son reconocidos como tales por los padres⁸⁸.

En cuanto a los vicios del consentimiento estos también varían de Estado a Estado. En Marruecos, se reconocen legalmente la coacción, el error y el fraude (art. 12 CFM), si bien, como se ha indicado anteriormente, su control por parte de las autoridades deja mucho que desear, en especial a lo que se refiere al matrimonio de niñas.

4. La presencia de testigos o de autoridad religiosa

Tanto en el Derecho islámico tradicional como en los ordenamientos actuales la presencia de dos o más testigos (“*adules*”) resulta un requisito esencial para todo matrimonio. Su misión radica en certificar tanto el intercambio del consentimiento en que se basa el contrato matrimonial como los acuerdos estipulados por los contrayentes. Generalmente, se requiere que estos testigos sean varones, de religión musulmana, mayores de edad y libres de “condición y actitud”, es decir, que no actúen forzados, y que no sean sordos⁸⁹. En Marruecos, estos testigos privilegiados son una suerte de “funcionarios” adscritos al partido judicial en que se ha instruido el expediente matrimonial (art. 13 CFM)⁹⁰. Como se verá más adelante, al considerarse el matrimonio como un negocio privado, su presencia no es constitutiva del matrimonio, pero sí requisito para la prueba de su existencia, pues han de incluir su firma en el acta matrimonial (arts. 16 y 65 CFM)⁹¹.

Precisamente por esta consideración del matrimonio como acto privado, tampoco se exige en la mayoría de Estados que el matrimonio se celebre ante una autoridad religiosa, aunque su presencia *de facto* en la ceremonia resulta habitual. Por ello resulta llamativo que la “forma islámica” de celebración del matrimonio regulada por el Derecho sustantivo español, esto es, la contenida en el Acuerdo de 1992, exija que los

⁸⁷ Sura IV, aleya 24: “Retribuid, como cosa debida, a aquellas de quien habéis gozado como esposas. No hay inconveniente en que decidáis algo de común acuerdo después de cumplir con lo debido. Dios es omnisciente, sabio”.

⁸⁸ SALEH ALKHALIFA, W., “Al-mut'a, matrimonio de placer: aceptación o prohibición. Su dimensión política en Irán a partir de la Revolución Islámica”, *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos de la Universidad de Granada*, n. 49, 2000, p. 225-236.

⁸⁹ ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 41.

⁹⁰ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La célébration...”, *cit.*, p. 171.

⁹¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2010, p. 44; SCHACHT, J., *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964, p. 161.

contrayentes expresen su consentimiento no sólo ante dos testigos sino también ante un ministro de culto autorizado⁹².

5. La presencia del tutor matrimonial

En Derecho islámico clásico de las escuelas *maliki*, *shafii* y *hanbali*, el consentimiento de la mujer, ya sea mayor o menor de edad, ha de venir expresado siempre a través de su tutor matrimonial (“*walí*”)⁹³. En ningún caso la mujer podía prestar personalmente su consentimiento matrimonial. Si la mujer era virgen, el *walí* podía concluir el matrimonio sin necesidad de asegurarse el consentimiento de la mujer, si ésta no es virgen, su consentimiento es necesario aunque lo manifieste a través del tutor⁹⁴. La escuela *hanafí*, al contrario, estima que la expresión del consentimiento por parte del *walí* es recomendable pero no obligada para la mujer mayor de edad⁹⁵.

La recepción de la institución del *walí* en las legislaciones actuales de los Estados musulmanes es muy distinta. En Argelia y Mauritania, cuyos Código de Familia han tenido mucho más en cuenta el Derecho musulmán clásico, se establece al *walí* como mandatario obligatorio de la mujer⁹⁶. La expresión del consentimiento a través de éste se considera un requisito necesario para la perfección del contrato matrimonial. No obstante, pese a que su intervención es obligada, ésta no puede suplir la falta de consentimiento de la mujer. El consentimiento de la mujer ha de existir necesariamente. Se ha eliminado de las modernas legislaciones la posibilidad de que el tutor pueda forzar a la mujer a contraer un matrimonio que ésta no desea⁹⁷.

Marruecos, pese a que su legislación es de inspiración *maliki*, cuenta con una regulación más moderna del estatuto personal y determina que la presencia del *walí* no es obligatoria cuando la mujer es mayor de edad, pero podrá estar presente y prestar el consentimiento por ella cuando ésta lo decida (arts. 13.3 y 25 CFM)⁹⁸. Esta línea es la que siguen los Estados de tradición *hanafí* como Egipto. El Estado con un estatuto más aproximado al occidental es Túnez. El CEPT tampoco impone la expresión por el *walí* y

⁹² FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 85, 2009, pp. 125-156, p. 135; ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 125.

⁹³ Estas conclusiones se toman de la Sura XIV, aleya 32.

⁹⁴ “*Nikāḥ*” en VV.AA., *The Encyclopaedia of Islam*, vol. 8, Brill, Leiden, 1995, p. 27. En esta concepción más tradicional se considera que la mujer virgen (nunca casada o casada pero cuyo matrimonio no se consumó) no está emancipada y por lo tanto incapaz de actuar sin la asistencia de tutor.

⁹⁵ SUDQUI EL ALAMI, D., *The marriage contract in islamic law*, Graham & Trotman, London, 1992, p. 57: “The evidence of the Hanafis likewise only indicates that the guardian should give his permission for her marriage, not that he should take sole charge of it”.

⁹⁶ Art. 11 CFA: “La conclusión del matrimonio de la mujer corresponde a su tutor matrimonial, ya sea éste su padre o uno de sus parientes cercanos. El juez es el tutor matrimonial de quien no lo tiene” y en el mismo sentido art. 9 CEPM.

⁹⁷ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Revista AequAlitas*, núm. 6, 2001, p. 17.

⁹⁸ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La célébration...”, *cit.*, p. 171.

establece que “El hombre y la mujer pueden concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario”⁹⁹.

En cuanto a los menores de edad, se exige que sea el *walí* el que exprese su consentimiento en nombre del menor, ya sea este hombre o mujer, pero esta cuestión es más una cuestión de capacidad (complemento de la capacidad del menor) que de consentimiento propiamente dicha, puesto que el menor también ha de consentir en el matrimonio y generalmente tendrá que pedir un permiso a la autoridad judicial para contraer dicho matrimonio. En otros ordenamientos como en Argelia se permite el matrimonio de los menores únicamente con el consentimiento de sus tutores matrimoniales o *walíes*. En estos casos, al no haber ningún control judicial, el matrimonio podría celebrarse antes incluso de que el menor haya alcanzado la pubertad. Estos matrimonios, si bien irían en contra de la *Sharia*, se siguen realizando en algunos países como consecuencia de esta falta de control judicial¹⁰⁰.

6. La dote como requisito para la validez del matrimonio

La dote (“*mahr*”) es una institución controvertida, de forma que no existe acuerdo en cuanto a su naturaleza entre las distintas escuelas coránicas tradicionales. En la escuela *maliki* se considera un requisito para la validez del matrimonio, mientras que las demás la consideran como un efecto del mismo¹⁰¹. La doctrina se encuentra también dividida en cuanto a su causa. Para el sector más tradicional, que entiende el matrimonio como el contrato por el que el marido adquiere el derecho a mantener relaciones legítimas con una mujer, se trata de la compensación o pago que realiza el marido como contraprestación de tal derecho¹⁰². Para otro sector más moderno, la dote no guarda relación alguna con la compraventa, sino que se trata de una garantía para la mujer si el marido decide repudiarla, destinada a asegurar su mantenimiento tras el matrimonio, al

⁹⁹ Como indica COMBALÍA SOLÍS, Z., “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Revista AequAlitas*, núm. 6, 2001, p. 17, esta es la razón por la que Túnez es el único país islámico que ha ratificado sin reservas la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 7 de noviembre de 1962. Su art. 1 establece que no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.

¹⁰⁰ Se detecta pese a esa restricción en países como Pakistán, Sri Lanka y algunas zonas del África subsahariana. En Pakistán, por ejemplo, existe una costumbre (“*swara*” o “*vani*”) por la que la niña es ofrecida en matrimonio a modo de compensación para solucionar conflictos o pagar deudas. Las iniciativas para poner fin a estas prácticas surgieron del colectivo musulmán, y estas prácticas se prohibieron por la Ley de Enmienda del Código Penal de Pakistán de 2004. *Vid.* E. ABAD ARENAS, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰¹ DIAGO DIAGO, M. P., «La dot...», p. 413-415. Como indica LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé*, tomo 2: *Le mariage. La dissolution du mariage*, Mouton, Paris y La Haya, 1965, p. 201, las demás escuelas consideran que la obligación de su pago es un efecto del matrimonio y no una condición de validez del mismo. Para estas escuelas, la falta de estipulación de dote en el contrato matrimonial no lo hará nulo, si bien dará derecho a la mujer a recibir la dote de equivalencia o a la mitad de la misma en el caso de que fuera repudiada antes de la consumación del matrimonio.

¹⁰² VALENZUELA MARTÍN, A., *El matrimonio musulmán y su eficacia en España*, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2014, p. 18.

no generar el matrimonio islámico ninguna comunidad de bienes y dedicarse la esposa en la mayoría de los casos al cuidado de la casa y la familia¹⁰³.

La dote se estipula por el *walí* en nombre de la esposa y ha de constar en el acuerdo matrimonial. Su cantidad se suele dividir en dos partes, la primera, denominada “*nacd*” (dote adelantada) se entrega al tutor matrimonial o a la contrayente en el momento de la celebración del matrimonio, mientras que la otra, denominada “*cali*” (dote aplazada) se reserva en poder del esposo hasta que se extinga la relación matrimonial, bien por muerte o por repudio del esposo, casos en que pasará a entregarse a la esposa¹⁰⁴. Cabe también fijar una dote pagadera semanalmente, mensualmente o anualmente: generalmente es el esposo el que fija estas “modalidades de pago” de la dote, a falta de lo cual se siguen las costumbres del país¹⁰⁵. Para que sea válida, debe ser proporcional, estar determinada y ser real. Puede recaer sobre cosas de lícito comercio y con valor de mercado, que han de ser siempre propiedad del contrayente y estar en su posesión¹⁰⁶. Junto con lo anterior, la doctrina ha señalado que no puede ser ridícula o irrisoria¹⁰⁷.

Se trata de una disposición establecida en la legislación y por lo tanto imperativa, sin que su existencia pueda dejarse a la voluntad de los futuros esposos¹⁰⁸. Pese a ello, la falta de estipulación de pacto de dote no hace el matrimonio inválido, solamente lo hará el pacto de supresión de la dote¹⁰⁹. Tampoco se consideran condiciones al consentimiento, cuyo incumplimiento hagan inválido el contrato, otros pactos que puedan estipularse previamente al matrimonio como los pactos contrarios a la poligamia, u otras condiciones como que el marido no se ausente durante más tiempo de un período determinado o que la mujer pueda continuar con sus estudios o su trabajo¹¹⁰.

7. Consecuencias de la falta de los requisitos

Los juristas islámicos clásicos han tratado de forma muy detenida el tema de las consecuencias de un matrimonio contraído con algún defecto en relación a la forma o a las condiciones de las partes. En Derecho islámico clásico el matrimonio celebrado sin cumplir todos los requisitos está clasificado en cuatro categorías, según la medida en que el incumplimiento se considere más o menos fundamental. Estas categorías son el

¹⁰³ ESTÉVEZ BRASA, T., *Derecho civil musulmán*, De Palma, Buenos Aires, 1981, p. 34; PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio: su eficacia civil en el Derecho del Estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, n. 13, 2008, pp. 183-223, p. 201; DIAGO DIAGO, M. P., «La dot...», pp. 413-415; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nuevos modelos...”, *cit.*, p. 130.

¹⁰⁴ GIMÉNEZ COSTA, A., *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁵ DIAGO DIAGO, M. P., «La dot...», pp. 413-415; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *cit.*, p. 130.

¹⁰⁶ VALENZUELA MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁷ MOTILLA DE LA CALLE, A., *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁸ DIAGO DIAGO, M. P., «La dot...», p. 420.

¹⁰⁹ Art. 13.2 CFM, que establece como requisito que ha de reunir el contrato de matrimonio el no haber estipulado la supresión de la dote.

¹¹⁰ Si se incumplen se da a la mujer el derecho de disolución (vid. por ejemplo, art. 29 CEPM).

matrimonio *batil* (inexistente), *fasid* (existente pero inválido, irregular), *sahih mawquf* (válido pero ineficaz, suspendido) y *nafidh ghayr lazim* (eficaz pero no exigible)¹¹¹.

La clasificación de los requisitos para la celebración del matrimonio que se consideran indispensables para la existencia, validez, eficacia o exigibilidad del matrimonio varían según las escuelas. En la clasificación que se expone a continuación se refleja la posición mayoritaria:

i. Batil: Se aprecia cuando una condición fundamental para la *existencia* del contrato matrimonial ha sido contravenida. Se consideran condiciones esenciales aquellas regidas directamente por el Derecho divino, es decir, las contenidas directamente en el Corán o en un *hadith*. Se considera inexistente o nulo el matrimonio contraído sin el consentimiento mutuo de las partes, o por personas sin la capacidad para obligarse o con algún impedimento para contraer matrimonio entre ellas. El matrimonio nulo se considera que nunca existió y por lo tanto no puede convalidarse por la consumación, que en estos casos se considera un acto reprobable, aunque produce algunos efectos (como puede ser la entrega de parte o la totalidad de la dote)¹¹².

ii. Fasid: Los elementos fundamentales para la celebración del matrimonio se han cumplido pero se rompe una condición de *validez* del matrimonio, como es la presencia de testigos o, en la escuela *maliki*, la inexistencia de un pacto que prohíba la dote¹¹³. El matrimonio se considera existente aunque viciado, hasta que el mismo se convalide por la consumación o se anule ante el juez. En este último caso, produciría los mismos efectos que un divorcio (pago de la dote, período de espera correspondiente al divorcio, reconocimiento de paternidad de los hijos nacidos en ese período...). Para algún autor se incluyen también en esta categoría los vicios del consentimiento¹¹⁴.

iii. Sahih mawquf: Se incumple una condición de *eficacia* del contrato. Este se considera válidamente contraído pero hasta que dicha condición no se cumpla queda en suspenso, sin que produzca ningún efecto. Son un ejemplo el matrimonio contraído sin la autorización del *walí*, cuando ésta es preceptiva, o el matrimonio contraído por persona menor de edad¹¹⁵. En este último caso, cuando el menor cumpla la mayoría de edad, se le da la opción de “validar” su unión o de que ésta se declare nula. La consumación produce los mismos efectos que el matrimonio *fasid*.

iv. Nafidh ghayr lazim: Se descubre en el matrimonio una condición que lo hace *inexigible*. Esta condición puede existir desde antes de la celebración del matrimonio o ser sobrevenida. Se consideran tales condiciones la incompatibilidad de estatus y la

¹¹¹ Estas categorías se distinguen de forma más estricta por los *shafies* y los *hanbalis* que por los *hanafis* y *malikis*, que solamente distinguen entre matrimonios nulos y anulables.

¹¹² ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 54.

¹¹³ LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé*, tomo 2: *Le mariage. La dissolution du mariage*, Mouton, Paris y La Haya, 1965, p. 99.

¹¹⁴ ACUÑA, S. / DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁵ SUDQUI EL ALAMI, D., *op.cit.*, p. 91: “If a marriage is made with a person under the minimum age it is valid but suspended upon the person attaining the minimum age”.

existencia de un defecto físico o mental incurable en el otro cónyuge. Son condiciones que se considera que hacen imposible la vida matrimonial. La consumación produce los mismos efectos que en el matrimonio *fasid*.

Los Códigos modernos han abandonado esta división en cuatro categorías para aproximarse a las categorías occidentales de nulidad y anulabilidad, distinguiendo únicamente entre matrimonio nulo (*batil*) y anulable (*fasid*), de forma que esta última categoría incluiría los supuestos tradicionalmente considerados como matrimonios *sahih mawquf* y *nafidh ghayr lazim*.

El CFM por ejemplo, determina que el matrimonio será nulo cuando no reúna uno de los requisitos constitutivos del matrimonio (oferta y aceptación mediante fórmula consagrada), cuando existan impedimentos o cuando los consentimientos de las partes no sean concordantes (art. 57 CFM). Como puede observarse, el incumplimiento de los requisitos de forma no da lugar a la nulidad del matrimonio (art. 16 CFM). Que el matrimonio se considere nulo implica que, si tal nulidad se declara antes de la consumación, el matrimonio no produce ningún efecto. Después también se considera nulo pero da derecho a la dote, implica la obligación de guardar el período legal de continencia y, si se contrajo de buena fe, hace surgir efectos de filiación respecto del padre.

Por otra parte, el CFM determina que el matrimonio será “imperfecto” o anulable si no cumple las condiciones en cuanto a la dote, si uno de los cónyuges tiene una enfermedad mortal, si el matrimonio se celebró en fraude de ley para evitar el impedimento del repudio triple, si se incumplieron requisitos de forma o si el consentimiento se encuentra viciado o sometido a condición o plazo (arts. 61 y 64 CFM). Sólo en relación a la dote el matrimonio se convalida por la consumación. En relación al resto de vicios, éste puede anularse tanto antes como después de la consumación.

VI. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA

La aplicación a la celebración del matrimonio del Derecho sustantivo islámico a la que puede conducir la norma de conflicto no está exenta de problemas (“*problèmes d’application*”)¹¹⁶. Como se verá a continuación, éstos pueden ser de muy diversa índole. Seguidamente se analizarán estos problemas y sus posibles soluciones, así como la forma en que se han enfrentado a los mismos las autoridades españolas.

¹¹⁶ MOTILLA DE LA CALLE, A., “Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España, problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español”, en CALVO CARAVACA, A.L. / BLANCO MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, p. 390-391.

1. Problemas de aplicación que pueden plantearse

A) La calificación

Como se ha indicado, en Derecho internacional privado español no existe una única *lex matrimonii*, sino una norma de conflicto para los requisitos de capacidad, otra para el consentimiento y otra para la forma matrimonial. Lo anterior puede generar problemas de calificación, si se tiene en cuenta que, como se ha indicado, en los Derechos de fuente islámica tal distinción entre los requisitos de capacidad, consentimiento y forma no existe de forma tan clara.

Así, por ejemplo, si se presenta en España una demanda de nulidad de un matrimonio celebrado entre un ciudadano argelino y una ciudadana española, basándose en la falta de la entrega de la “dote” por parte del marido, el juez español tendrá que calificar dicha institución jurídica, para determinar si la misma es una cuestión de capacidad, de consentimiento o de forma de celebración del matrimonio, o incluso un efecto del matrimonio, con la finalidad de señalar la Ley aplicable a la resolución del caso. Lo mismo ocurrirá si, por ejemplo, se solicita la inscripción en el Registro civil español de un matrimonio internacional celebrado en España en forma islámica en que el consentimiento de la esposa ha sido prestado exclusivamente mediante un *walí*. La autoridad española tendrá que determinar si dicha actuación mediante representante es un requisito de capacidad, de consentimiento o de forma de la celebración del matrimonio, para poder señalar la Ley aplicable y por lo tanto para saber si la comparecencia mediante *walí* es o no conforme a Derecho.

Si existiera una única *lex matrimonii* para todos los requisitos de celebración del matrimonio, sin distinguir entre capacidad, consentimiento y forma, se facilitaría la calificación, pero estos problemas tampoco se eliminarían del todo, pues seguiría siendo necesario distinguir entre las circunstancias que se consideran “requisitos” para la celebración del matrimonio y las que se consideran “efectos” del matrimonio.

Para resolver estos problemas de calificación resulta necesario partir del art. 12.1 CC, según el cual “*la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española*”. De esta forma, aquellos requisitos que tengan su equivalente en Derecho sustantivo español, se han de considerar de la misma forma que sus homólogos españoles. Así, por ejemplo, se han de calificar como cuestiones de capacidad sujetas al art. 9.1 CC tanto los requisitos para contraer matrimonio (edad y estado mental) como la ausencia de impedimentos para contraerlo (tanto los permanentes como los temporales), y ello independientemente de que el impedimento en cuestión esté o no contemplado por el Derecho español.

Por otra parte, en cuanto al consentimiento, se han de calificar como cuestiones relacionadas con el mismo, y por lo tanto sujetas también al art. 9.1 CC todos los requisitos que se refieran la voluntad de modificación de los futuros cónyuges de su estado civil, es decir, los relativos a la existencia y pureza del consentimiento. En cuanto a la prestación del consentimiento mediante representante, es decir, la

posibilidad de contraer un matrimonio por poderes (“*proxy marriage*”) es una cuestión que en Derecho sustantivo español se considera como una cuestión de forma, pues está incluida en el capítulo III del título IV del CC, “de la forma de celebración del matrimonio”. En consecuencia, la Ley aplicable a la misma sería la determina por los arts. 49 o 50 CC¹¹⁷.

En cuanto a los requisitos de presencia de testigos en el acto matrimonial o de autoridad religiosa y la formalización del acta matrimonial, se han de considerar también como cuestiones de forma, pues así se consideran también en Derecho español. En cuanto a la presencia de autoridad religiosa y formalización del acta, son requisitos considerados como “formales” al encontrarse también recogidos en el mencionado capítulo III del título IV CC. En cuanto a la presencia de testigos se recoge también en el mencionado capítulo, de forma general en el art. 57 CC y en relación al matrimonio en peligro de muerte en el art. 52 CC.

Por último, también se soluciona mediante la aplicación del art. 12.1 CC el problema de la calificación de la necesidad de autorización judicial para contraer matrimonio. En Derecho sustantivo español, dicha autorización se contempla como una dispensa a ciertos impedimentos para contraer matrimonio, de forma que se considera como una cuestión de capacidad. En consecuencia, también se ha de considerar como tal la necesidad de dispensa judicial de ciertos impedimentos establecida en algunos ordenamientos de inspiración islámica. En cuanto a la autorización parental, también cabría asimilarla a la autorización judicial, de forma que se considere como una cuestión de capacidad y por lo tanto sujeta a la Ley nacional del contrayente respecto al que se plantea la necesidad de autorización.

No obstante, existen casos que no pueden ser resueltos mediante la aplicación del art. 12.1 CC. Estos son los casos en que el requisito de celebración del matrimonio a calificar no existe en Derecho español. En estos casos se ha de calificar una “institución desconocida” en Derecho español, para lo que no existe ninguna norma que indique como se ha de proceder. Así ocurre, por ejemplo, con la dote. La dote no puede asimilarse con los conceptos españoles de régimen económico matrimonial, donación *propter nuptias* o contrato matrimonial. En este caso, la calificación con arreglo al Derecho material español no aporta solución alguna¹¹⁸.

Para colmar esta laguna legal existen tres soluciones. La primera de ellas se denomina “tesis de los conceptos amplios positivos”. Esta podrá utilizarse cuando la norma de conflicto utilice, deliberadamente, “conceptos amplios” como supuestos de hecho. Así

¹¹⁷ En esta cuestión, España sigue la tendencia de la mayoría de Estados miembros de la UE. Sin embargo, hay Estados como Alemania en que la cuestión de contraer matrimonio por poderes se califica como un requisito de fondo y en concreto relativo al consentimiento. En consecuencia, en Alemania, el matrimonio contraído con un defecto en el poder se consideraría nulo de acuerdo con el art. 13(1) *Einführungsgesetz BGB*, que regula los requisitos de fondo de validez del matrimonio y no conforme al art. 13(2), que regula los requisitos de forma. Al respecto, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley: estudio de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2000, p. 114.

¹¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, vol. I, p. 477.

ocurre, por ejemplo, con el art. 9.3 CC, relativo a los “pactos” o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio. Como tales pactos se han de calificar los acuerdos entre los contrayentes relativos, por ejemplo, a la manutención de la mujer o *nafaqa*, que por lo tanto no han de considerarse como “condiciones al consentimiento” matrimonial. Pero esta tesis no resuelve todos los problemas de calificación de instituciones desconocidas. Así, por ejemplo, para calificar los requisitos de forma de un matrimonio “poligámico”, se debe de tener en cuenta que los arts. 49 y 50 CC no utilizan en sus supuestos de hecho conceptos amplios, sino que se refieren exclusivamente a la Ley aplicable a la forma del “matrimonio” y no a las uniones entre más de dos personas¹¹⁹.

Para estos casos en que la norma de conflicto no haga uso de dichos conceptos amplios, como ocurre con el art. 9.1 CC, ha de ser colmada por la autoridad española mediante lo que se ha denominado “calificación por la función”¹²⁰. En estos supuestos, se ha de estudiar la finalidad de la institución en su ordenamiento de origen, y una vez identificada, se ha de localizar en Derecho español una institución con una función similar, de forma que se pueda aplicar a la institución extranjera la misma calificación que a dicha institución española¹²¹.

En cuanto a la institución más problemática, la dote, para determinar si la misma ha de calificarse como una cuestión de capacidad, consentimiento, forma de celebración del matrimonio, o incluso un efecto del mismo, se tendrá por lo tanto que estudiar la finalidad que cumple en el ordenamiento jurídico de origen. En este sentido, su finalidad podrá variar en función del ordenamiento jurídico aplicable y de la escuela coránica de la que provenga¹²². Como se ha señalado, en la escuela *maliki* se considera un requisito para la validez sustancial del matrimonio (Marruecos y Argelia), mientras que para las demás escuelas constituye un efecto del matrimonio, de forma que el matrimonio sin dote es válido, aunque ésta pueda ser reclamada posteriormente (Egipto). Ello ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a afirmar que la dote ha de calificarse bien como una cuestión de consentimiento (art. 9.1 CC), bien como un efecto

¹¹⁹ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, vol. I, p. 478.

¹²⁰ Esta tesis fue impulsada por el gran jurista francés BATIFFOL, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, Paris, p. 43, que poniendo como ejemplo la poligamia, invitaba a calificar las instituciones desconocidas “menos su estructura y más su función” (“*en considérant moins leur structure que leur fonction*”). Posteriormente ha sido muy utilizada por la doctrina francesa. Véase por ejemplo ANCEL, B., *Le conflit des qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, Paris, 1977 o BOUKHARI, R., “La qualification en droit international privé”, *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n. 1, 2010, p. 3-240.

¹²¹ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, vol. I, p. 477.

¹²² En este sentido se presenta la primera dificultad, pues la relación entre el ordenamiento jurídico de un Estado y una determinada escuela no es tan clara como la doctrina pretende hacer ver. Al respecto, LINANT DE BELLEFONDS, Y., « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte », *RIDC*, vol. 7, n. 1, 1955, pp. 5-34, esp. p. 15 y 18, sobre el Derecho egipcio, que es de escuela hanafita pero que ha regulado ciertas instituciones siguiendo otras escuelas. Así ocurre, por ejemplo, en relación a la *nafaqa* u obligación de manutención de la mujer por el marido. Para la escuela hanafita no consiste en una deuda en el sentido jurídico de la palabra, salvo que así se haya pactado por los esposos o resulte de un juramento, mientras que la regulación egipcia sigue en este sentido la escuela malaquita, en que la *nafaqa* es una obligación a la carga del marido que resulta automáticamente del matrimonio.

del matrimonio (art. 9.2 y 9.3 CC)¹²³. Pese a ello, como ha indicado M.P. DIAGO, estas calificaciones no prestan atención a la verdadera función de la institución¹²⁴. En la mayoría de los casos, la dote desarrolla una clara función “alimentaria”, pues su destino es la manutención de la esposa tras la finalización del matrimonio, por lo que se le debería calificar como una obligación de alimentos que por lo tanto ha de sujetarse al Reglamento n. 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos¹²⁵. En otros casos, cuando se haya pactado la percepción de la dote en el momento del fallecimiento del esposo, se debería de calificar como una cuestión sucesoria por lo tanto sujeta al Reglamento n. 6501/2012 en materia de sucesiones mortis causa¹²⁶.

Otro requisito que genera problemas de calificación incapaces de resolver por el art. 12.1 CC y por la tesis de los conceptos amplios es la presencia del *walí* y la prestación del consentimiento por parte del mismo en nombre de la mujer. No existe una institución similar, un “tutor matrimonial” en Derecho español, y ni el art. 9.1 CC ni los arts. 49 y 50 CC permiten incluir en su tenor literal esta institución. Por ello, para proceder a calificar esta figura se ha de prestar atención a su finalidad en el ordenamiento de origen de la misma. Como se ha indicado, el *walí* en los tiempos actuales no tiene la función de sustituir el consentimiento de la mujer, sino que únicamente lo expresa en su nombre. En este sentido, se podría asimilar a la figura del apoderado en Derecho español y en consecuencia, se debería considerar el requisito de su presencia y la prestación del consentimiento a través del mismo como una cuestión de forma, y no de consentimiento, como tradicionalmente lo ha considerado la doctrina, pues la expresión del consentimiento por parte de este tutor no modifica la existencia ni la pureza del consentimiento de la contrayente en cuyo nombre actúa¹²⁷. Dado que, como se ha indicado, la prestación de consentimiento mediante representante se considera en Derecho español una cuestión de forma, así tendrá que considerarse también el requisito de la presencia del *walí* y de la expresión del consentimiento de la esposa por parte de éste. A lo anterior se suma que en Derecho español, los modos de expresión del consentimiento se consideran también cuestión de “forma” y no de

¹²³ Como indica CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *cit.*, p. 130-131, la dote se ha llegado a calificar por la jurisprudencia inglesa como una obligación contractual, que en España debería regirse por el art. 10.5 CC, ya que la materia, al afectar a las relaciones familiares, quedaría excluida del Reglamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L-177, de 4 julio 2008, pp. 6-16.

¹²⁴ DIAGO DIAGO, M. P., «La dot...», pp. 430 y ss.

¹²⁵ Reglamento CE n. 4/2009, de 10 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la Ley aplicable y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L-7, 10 enero 2009, p. 1-79.

¹²⁶ Reglamento UE n. 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE n. 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134.

¹²⁷ En contra, MOTILLA DE LA CALLE, A., “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a ley islámica” en MOTILLA DE LA CALLE, A. (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 35-36.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *cit.*, p. 129.

consentimiento, como se deduce del art. 58 CC¹²⁸. Por ello se tendrían que considerar también como sujetos a los arts. 49 y 50 CC y no al 9.1 CC otras formas de expresión del consentimiento, como la expresión del consentimiento por silencio (y ello independientemente de las implicaciones que esta última pudiera tener en cuanto a la vulneración del orden público internacional español).

Por último, para aquellos casos en que la institución sea completamente desconocida en Derecho español, de forma que sea imposible encontrar, en Derecho español, una institución jurídica que desarrolle una función similar, serían las autoridades españolas las encargadas de elaborar una norma de conflicto *ad hoc* que señale la Ley aplicable a dicha institución. Este último resorte no parece que haya de ser activado en relación a los requisitos de celebración del matrimonio en Derechos de inspiración islámica, pues todos ellos son asimilables de una forma u otra a instituciones jurídicas españolas. Esta opción sí que tendría que activarse en relación a otros Derechos, como por ejemplo, el Derecho judío, que contiene el *ketubah*, una promesa a la mujer de ventajas materiales en el caso de que contraiga matrimonio¹²⁹.

B) La apreciación de la excepción de orden público internacional

El segundo problema que puede plantear la aplicación de un Derecho de inspiración islámica a la celebración de un matrimonio en España es el de que ésta produzca un resultado contrario a los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico español. Como ha puesto de manifiesto el presente estudio, existen muchos requisitos en los Derechos de inspiración islámica que pueden colisionar con los principios fundamentales en que se asienta todo Estado occidental, y en particular el Estado español, como por ejemplo, los relativos a la edad mínima para contraer matrimonio, que podrían afectar a la prohibición del matrimonio de niños recogida en instrumentos internacionales suscritos por España¹³⁰, los relativos a la posibilidad de contraer matrimonio con más de una esposa y a la expresión del consentimiento de la mujer por silencio, que podrían afectar a la igualdad entre hombres y mujeres reconocida por el art. 14 CE o a la prohibición de contraer matrimonio con miembros de otra religión, lo que podría ir en contra de dicho art. 14 CE así como del art. 16 CE.

En estos casos, se activará la excepción de orden público internacional, que está contenida en el art. 12.3 CC, según el cual: “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”. En relación a la misma, la doctrina ha recomendado siempre un uso restrictivo e *in concreto*, pues en caso

¹²⁸ Según dicho artículo, “el Juez, Alcalde o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, *respondiendo ambos afirmativamente*, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente”.

¹²⁹ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, vol. I, p. 478.

¹³⁰ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma, BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969, pp. 8326-8326.

contrario se dinamitaría todo el sistema de conflicto de leyes¹³¹. Junto con ello, la doctrina también ha recomendado que su activación no produzca la total inaplicación de la Ley extranjera, sino solamente la de aquellos preceptos concretos cuya aplicación vulneren los principios del Estado que ha de autorizar o denegar el matrimonio¹³². Por último, un importante sector de la doctrina ha señalado que la excepción de orden público solamente debería operar cuando su activación fuera estrictamente necesaria para la protección de la cohesión de la sociedad española, mediante lo que se ha denominado “orden público internacional de proximidad”¹³³. Este sistema, seguido en otros Estados como Suiza o Alemania, no tiene ningún fundamento legal en España, pues el art. 12.3 CC no realiza tal distinción. En consecuencia, aplicar un orden público de proximidad en España supondría una desigualdad de tratamiento no justificada entre los casos que tuvieran ese contacto con la sociedad española y los que no (por ejemplo, los matrimonios celebrados en España en que los cónyuges residen en este Estado y aquéllos en que los cónyuges pretenden regresar a su país de origen)¹³⁴.

Junto con ello, se ha de añadir que el orden público internacional ha tenido tradicionalmente una especial incidencia en materia matrimonial, por haberse considerado ésta una de las materias jurídicas “fuertes”, es decir, regidas por normas imperativas. No obstante, en los últimos tiempos, en Derecho español ha ganado fuerza la configuración contractual del matrimonio frente a su configuración como una institución con fines públicos¹³⁵. En el matrimonio tiene cabida los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, la elección del régimen económico matrimonial aplicable, el divorcio unilateral y exprés e incluso la elección de la Ley aplicable a dicho divorcio. De esta forma, se ha señalado que el Derecho matrimonial español está perdiendo paulatinamente, y en unas áreas más que en otras, su tradicional carácter imperativo, dejando una mayor cabida la autonomía de la voluntad de los contrayentes¹³⁶. Ello también debería reflejarse en una mayor flexibilidad a la hora de

¹³¹ CARLIER, J. Y., « Quand l'ordre... », *cit.*, pp. 525-531, esp. pp. 527-528.

¹³² Este orden público internacional parcial se recoge de forma expresa en el art. 23 de la Ley de Adopción Internacional española. En Francia, se ha aplicado entre otras en la célebre Sent. Cour. Cass. 8 noviembre 1943, *Fayeulle c. Dlle Sobkowiak*, *JCP*, vol. 2, 1943, p. 2522.

¹³³ CARLIER, J. Y., « Quand l'ordre... », *cit.*, pp. 525-531, esp. pp. 527-528, en relación a la sociedad francesa.

¹³⁴ P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, 1997, pp. 1-31; CARRASCOSA GONZALEZ, J., « Nuevos modelos... », *cit.*, p. 117.

¹³⁵ CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Matrimonio...*, p. 65; ROCHAT, C., *La dislocation du statut personnel: étude de droit international privé*, Imprimerie Vaudoise, Paris, 1986, pp. 304-305; ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pp. 251-253; PALSSON, L., "Rules, problems and trends in family conflict of laws", *RCADI*, vol. 199, 1986, pp. 378-402.

¹³⁶ De esta forma, son difícilmente reconocibles en la regulación actual del matrimonio palabras como las que STORY, J., *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic : In regard to Contracts, Rights and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, Hilliard, Gray and Co., Boston, 1834, p. 101-102. dedicaba a esta institución hace dos siglos: "It will be observed, that marriage is a contract *sui generis*, and differing, in some respects, from all other contracts, so that the rules of law, which are applicable in expounding and enforcing other contracts, may not apply to this. The contract of marriage is the most important of human transactions. It is the very basis of the whole fabric of civilized society (...). But it differs from other contracts in this, that the rights, obligations, or duties, arising from it, are not left entirely to be regulated by the agreements of parties, but

apreciar la excepción de orden público internacional. A la regulación de las relaciones privadas deberían imponerse los mínimos principios directivos posibles¹³⁷.

Por otro lado, y en favor de la racionalidad con que ha de utilizarse esta excepción, ha de tenerse en cuenta que para un musulmán “la conciencia de *ciudadano* y la de *creyente* son difícilmente deslindables”¹³⁸. Su Derecho está fundado en la interpretación de su Libro Sagrado, por lo que obedecer las normas relativas a su estatuto personal se convierte en una cuestión de conciencia, en un deber religioso. Por ello, la autoridad que haya de resolver el conflicto de estos preceptos con el orden público de su Estado debería considerar detenidamente los casos en que excluye la aplicación de la Ley personal del musulmán ya no sólo por razones de técnica jurídica sino también por respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en que tiene un importante papel la religión¹³⁹.

En cuanto al funcionamiento de esta excepción, se podría decir que el orden público internacional, conformado por todos los principios fundamentales de la regulación del matrimonio en el Estado del foro (principios inspiradores y fundamentales recogidos en instrumentos internacionales, en la Constitución española y en el Código Civil como la esencialidad del consentimiento, la igualdad entre el hombre y la mujer, la no discriminación por razón de orientación sexual, de raza o religión...), establecería una especie de “nivel de permisividad” a la hora de contraer matrimonio ante las autoridades de ese Estado. Su apreciación parcial supondría que su vulneración tendría que medirse requisito a requisito. Los requisitos con un nivel de permisividad similar al que establezca el Estado del foro no lo vulnerarían (no tienen por qué ser exactamente iguales). En cambio, lo vulnerarían tanto los requisitos que sean más permisivos como los que sean más estrictos que el nivel que marca el orden público internacional del Estado del foro. Respecto a los primeros, bastaría con no exigir ese *plus* que exigiría la Ley extranjera para contraer matrimonio (por ejemplo, no exigir la diversidad de cultos, o la entrega de dote), y respecto a los segundos, bastaría con sustituir la norma permisiva de la Ley extranjera por la norma del foro que sea el reflejo de esa concepción más estricta (por ejemplo, el impedimento de poligamia del varón a partir de las cuatro mujeres, que se sustituirá por el de un solo cónyuge tal y como está establecido en Derecho español).

En consecuencia, su activación supondrá en algunos casos autorizar la celebración del matrimonio que la Ley extranjera no habría permitido y en otros el denegar la que la Ley extranjera habría consentido. De esta forma, la existencia del matrimonio a todos

are, to a certain extent, matters of municipal regulation, over which the parties have no control, by any declaration of their will. (...).”

¹³⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2065, 2008, pp. 2351-2378, p. 2378.

¹³⁸ COMBALÍA, Z., *op. cit.*, p. 84.

¹³⁹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 200. Más aún si se tiene en cuenta que, para el musulmán, el sistema matrimonial español puede ser percibido como de tradición cristiana por las personas de otras confesiones: “el Derecho civil español para una persona judía o musulmana no es sino la versión española del matrimonio cristiano”.

sus efectos dependerá de cómo se utilice esta excepción. A este respecto, cabe señalar que el funcionamiento del orden público internacional cuando se trata de autorizar en España la celebración de un matrimonio es diferente del que se activa cuando se intenta dar efecto en España a un matrimonio celebrado en el extranjero. En este segundo caso, aunque no se inscriba el matrimonio en el Registro civil (efecto nuclear) sí que se le podrían reconocer algunos efectos secundarios¹⁴⁰.

En cuanto a la relación específica entre los requisitos exigidos por los Derechos de fuente islámica y el orden público internacional del Estado del foro ha de tenerse además en cuenta, que el Islam posee numerosos sistemas de adaptación cuando dichas normas han de integrarse en un país que no es de tradición islámica (“*darura*”), de forma que muchas veces bastará con recurrir a esa adaptación, sin necesidad de activar la excepción de orden público. Conforme a la misma, existen distintos niveles de exigencia para ciertos requisitos, en función de si el matrimonio se celebra en el Estado de origen o no¹⁴¹. Así, por ejemplo, en Derecho marroquí, en cuanto a la exigencia de la presencia de dos testigos musulmanes varones, la jurisprudencia ha flexibilizado la exigencia, considerando que el matrimonio celebrado sin la presencia de testigos musulmanes varones pero con la presencia de la madre de la esposa es suficiente para dar por cumplida la exigencia del art. 13 CFM¹⁴². En consecuencia, si el matrimonio se celebra en España conforme a forma extranjera, no será necesario activar la excepción de orden público para no exigir que los testigos presentes sean varones, sino que bastará con aplicar la jurisprudencia de desarrollo del art. 13 CFM. Lo mismo ha ocurrido en relación al impedimento de los matrimonios mixtos, de forma que para los matrimonios que se celebren en el extranjero se considera invertida la carga de la prueba, de forma que se presume que el marido de la esposa de nacionalidad marroquí profesa la religión musulmana, salvo que se demuestre lo contrario¹⁴³.

Como se verá a continuación, de los requisitos expuestos en este trabajo, podrían vulnerar el orden público internacional español algunas exigencias de capacidad, como la relativa a la edad mínima para contraer matrimonio y la posibilidad de su dispensa; algunos impedimentos, como el de diferencia de religión, el de identidad de sexo o el de la poligamia; algunos requisitos relacionados con la expresión del consentimiento, como la presencia del *walí* o tutor o la posibilidad de contraer matrimonio por silencio; la no exigencia de una autoridad ante la que se celebre el matrimonio o el requisito de que no exista un pacto de supresión de la dote.

¹⁴⁰ La técnica de Derecho Internacional Privado a aplicar es diferente en ambos casos. En el primero se trata de aplicar el método del conflicto de leyes, y en el segundo, el método del reconocimiento, por tratarse de una situación ya creada en el extranjero.

¹⁴¹ La flexible noción de *darura* (necesidad) ha sido ampliamente usada por los jurisconsultos musulmanes para justificar ciertos comportamientos en relación al estatuto personal, sin que ello suponga un ilícito jurídico ni religioso. Así lo indica ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2010, p. 50.

¹⁴² Sent. Trib. Ap. Casablanca n. 1041, de 18 mayo 2007, expediente n. 494/2007, inédita, citada por ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *La nueva Mudawwana ...*, op. cit., p. 50.

¹⁴³ Sent. Trib. Ap. Rabat n. 106, de 17 abril 2007, expediente n. 30/06/10, inédita, también citada por ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *La nueva Mudawwana ...*, op. cit., p. 50.

i. Edad mínima para contraer matrimonio. Resulta contraria al orden público internacional español la aplicación de las Leyes extranjeras que admitan un matrimonio entre sujetos que no hayan alcanzado la pubertad. Los “matrimonios de niños” se encuentran vedados por la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 7 de noviembre de 1962, ratificada por España¹⁴⁴. Estos matrimonios en ningún caso se podrán autorizar en España, así como tampoco se les da ningún tipo de validez a los celebrados en el extranjero¹⁴⁵. Así lo confirma la práctica de la DGRN, que por ejemplo, en su RDGRN de 15 enero 2012 no reconoce un matrimonio consuetudinario celebrado en Guinea Ecuatorial, en base a que éste permite ser celebrado con niñas a partir de doce años (si bien no se prueba que en este caso haya ocurrido tal cosa).

Por otra parte, esto no significa que la edad hábil para contraer matrimonio tenga que coincidir con la edad mínima exigida por el Derecho español. La autoridad española tendrá que valorar los perfiles físicos y psicológicos de los contrayentes para impedir el matrimonio de niños. Así, las RRDGRN de 27 mayo 1994 y 27 marzo 2007 (contrayente marroquí de quince y catorce años respectivamente), autorizaron la inscripción del matrimonio en que uno de los cónyuges era menor de edad. En estos casos, el menor cumplía con la edad mínima establecida por el Código Civil en ese momento, pero cabría plantearse la solución del caso si se hubiera planteado hoy, cuando la edad mínima para contraer matrimonio fijada por el Código Civil son 16 años, pues no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados¹⁴⁶. La solución debería haber sido la misma, pues la norma se ha modificado para el Derecho civil común, pero en algunos Derechos forales, como el Derecho aragonés, la emancipación se permite a partir de los catorce años¹⁴⁷. De esta forma, no se podría sostener que la autorización de un matrimonio a un contrayente de 14 o 15 años vulnera el orden público internacional español. En relación con esta cuestión, la aplicación de Leyes extranjeras que exijan el consentimiento de los padres u otras personas para que un “menor de edad” pueda contraer matrimonio, como lo hacen algunos Derechos de inspiración islámica, y no de la autoridad judicial, no debería resultar contraria al orden público internacional español, pues se exige un cierto control que vela por los intereses del menor¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma, BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969, pp. 8326-8326.

¹⁴⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴⁶ Desde la modificación del art. 48 CC operada por la Ley 15/2015, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158 de 03 de Julio de 2015, la edad mínima para contraer matrimonio se ha establecido en 16 años para el Derecho civil común.

¹⁴⁷ Art. 30 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, BOA núm. 63 de 29 de Marzo de 2011.

¹⁴⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *op. cit.*, p. 128.

ii. Impedimento de diferencia de culto. La aplicación de este impedimento a un matrimonio que vaya a celebrarse en España resulta claramente contraria al orden público internacional español, al vulnerar los derechos fundamentales de libertad de culto (art. 16 CE) y no discriminación por razón de religión (art. 14 CE). A ello se puede sumar la vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), pues como se ha puesto de manifiesto en este estudio, este impedimento suele ser más restrictivo para la mujer que para el hombre, para el que basta que su futura cónyuge profese una de las religiones del libro. La DGRN ha seguido esta postura, de forma que ha estimado la excepción de orden público cuando un Derecho de origen islámico ha impedido en el caso concreto contraer matrimonio por diversidad de religión¹⁴⁹. Se pueden citar como ejemplo las RRDGRN de 10 junio 1999 y 4 diciembre 1991¹⁵⁰ y la SAP de Barcelona 17 enero 2012, sobre una demanda de nulidad de un matrimonio contraído en España por una marroquí y un español no musulmán¹⁵¹.

iii. Impedimento de identidad de sexo. También se permite en España la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo aun cuando la Ley personal de uno de los cónyuges no lo admita, como es el caso de los Derechos de origen coránico. Para ello, una de las vías es la activación de la excepción de orden público internacional, pero la DGRN ofrece otras alternativas en la Resolución Circular DGRN de 29 de julio 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo¹⁵².

Esta Resolución ofrece tres sistemas para autorizar en España los matrimonios internacionales entre personas del mismo sexo. El primero es el denominado sistema del “requisito objetivo del matrimonio”, que parte de considerar que el acceso a la institución matrimonial por personas de distinto o del mismo sexo constituye un “elemento configurador” de dicho matrimonio, que ha de contar con su propia norma de conflicto, la *lex auctoritatis*, por lo que se regiría siempre por la Ley española. Los otros dos sistemas parten de considerar que la diferencia o identidad de sexos constituye un requisito de capacidad matrimonial sujeto al 9.1 CC. El segundo es el “sistema antibloqueo”, según el cual, cuando la Ley aplicable a la capacidad de uno de los cónyuges permita el matrimonio y la aplicable a la del otro lo prohíba, ha de prevalecer la primera en virtud del principio *favor matrimonii*, recogido en el art. 32 CE. El tercero es el sistema del orden público internacional, respecto al que la Resolución se muestra más reticente, pero al que deja también la puerta abierta, al señalar que existe un patente paralelismo entre estos casos y los supuestos en que la DGRN ha invocado la excepción

¹⁴⁹ Se realiza *de facto* lo que en Francia se prescribió mediante la Instrucción General sobre el Estado civil de 11 mayo 1999, *JO*, n. 172 de 28 julio 1999, p. 50001-50236.

¹⁵⁰ "No cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (artículo 32 CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (artículo 14 CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (artículo 16 CE)".

¹⁵¹ SAP de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia num. 7/2012 de 17 enero, JUR\2012\94171: “El impedimento de la Ley Marroquí de religión o culto - matrimonio de musulmán con no musulmán (art. 39,4 La Mudawana) - es excluido en España por razones de orden público”.

¹⁵² Resolución-Circular de 29 julio de 20105, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, BOE núm. 188, 8 agosto 2005.

de orden público para excluir la aplicación de leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión o de personas transexuales¹⁵³.

Como puede observarse, existe una clara tendencia a favor de la celebración de estas uniones entre personas del mismo sexo, tendencia que también está presente en las soluciones adoptadas por otros Estados como Bélgica¹⁵⁴ o Francia¹⁵⁵, en los que existe una previsión normativa al efecto. En estos Estados, la excepción de orden público únicamente tendrá que activarse cuando a dichas previsiones normativas se superponga una norma con jerarquía superior, como es el caso de los convenios bilaterales que Francia tiene suscritos con tres países musulmanes: Marruecos, Túnez y Argelia, países que, por otro lado, son representativos de la nacionalidad de la mayor parte de la población de origen islámico del país¹⁵⁶.

iv. Matrimonios poligámicos. Tampoco se permite la celebración en España de un matrimonio poligámico, al considerarse que los mismos atentan contra la concepción española del matrimonio, que es esencialmente monógamo y contra la dignidad de la mujer en los términos del art. 14 CE. La DGRN es inflexible al respecto, pueden consultarse entre otras la RDGRN (11^a) de 17 noviembre 2008, relativa al reconocimiento de efectos civiles de un matrimonio islámico celebrado en España entre un egipcio y una marroquí, en que no se acreditaba el previo estado civil de divorciado del interesado¹⁵⁷. Los casos de poligamia “musulmana” son los que se presentan en España con una mayor frecuencia. En ocasiones, estos casos son difíciles de detectar pues no se trata del matrimonio de un hombre con varias mujeres en unidad de acto,

¹⁵³ Sobre esta resolución, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *Diario La Ley*, num. 6629, 2007, p. 7; ARENAS GARCÍA, R., “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr.*, vol. V, 2005, pp. 351-372; NAVAS NAVARRO, S. (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Reus, Madrid, 2006; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, 2005, pp. 1171-1187; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Spain. Private international law problems relating to the celebration of same-sex marriages: DGRN of 29 July 2005”, *YPIL*, 2006, pp. 299-306.

¹⁵⁴ Art. 46.2 Loi de droit international privé: « Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

¹⁵⁵ Art. 202.2. pfo. 2 Code Civil: « Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

¹⁵⁶ Expresamente determinado en relación a esta norma por la circular de 29 mayo 2013 (punto 2.1.2). *Vid.* FULCHIRON, H., “Le mariage pour tous...ou presque. A propos de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil)», *D.* 2013, p. 1969. Al respecto se puede citar el célebre caso de la Sent. Cour d'appel de Chambéry 22 octubre 2013, *D.* 2013, actu. 2464 y 2576, nota FULCHIRON, H., en que se autorizó el matrimonio entre un ciudadano francés y un ciudadano marroquí por estimar que el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo es una cuestión de orden público internacional.

¹⁵⁷ RDGRN num. 11/2008 de 17 noviembre, RJ\2010\456. En el mismo sentido, DGRN de 13 septiembre 2008, JUR\2009\397670 (reconocimiento de efectos civiles al matrimonio islámico celebrado en España entre español e india, sin que se haya acreditado disolución del vínculo anterior), RDGRN num 3/2001 de 19 de abril, RJ\2001\5191), RDGRN num 4/2002 de 14 de mayo, RJ\2002\1728, RDGRN num. 1/2006 de 27 octubre, PROV\2008\54774 y RDGRN 3/2007 de 6 de junio de 2007, PROV\2008\264028.

sino de una poligamia “sucesiva”, esto es, de la celebración de un matrimonio sin que se hayan disuelto el o los vínculos matrimoniales anteriores (hasta cuatro)¹⁵⁸. En estos casos, en que el varón que pretenda contraer matrimonio se encuentre ya casado previamente, el orden público internacional español actuará de forma plena y denegará la celebración del matrimonio¹⁵⁹.

v. *Expresión del consentimiento mediante walí*. Como se ha indicado, la función del walí en los Derechos de inspiración coránica actuales no es la de sustituir el consentimiento de la mujer, sino únicamente expresarlo en su nombre, al modo de un representante. Por ello, si se celebra en España un matrimonio entre dos extranjeros según la forma del Derecho de la nacionalidad de alguno de ellos que permita dicha expresión de consentimiento por parte del walí, la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil no debería rechazarse por motivos de orden público, siempre que, por otro lado, se compruebe que está presente el requisito del consentimiento, conforme a la Ley aplicable al mismo. Cabe preguntarse si esta expresión del consentimiento mediante walí, cuando resulta preceptiva para la celebración, no vulneraría el art. 14 CE en lo que se refiere al principio de igualdad entre hombres y mujeres, así como el art. 32 CE, que reconoce al hombre y la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, por no considerarse a la mujer “capaz” de concurrir por sí misma al acto de celebración del matrimonio y de expresar su propio consentimiento. Una interpretación *favor matrimonii* recomendaría la inscripción del matrimonio, pues según la argumentación expuesta se trata de un trato desigual únicamente en la forma, que no modifica la existencia ni pureza del consentimiento de la contrayente en cuyo nombre actúa.

vi. *Matrimonio por silencio*. Siguiendo el mismo razonamiento que en el caso anterior, la aplicación de una Ley de inspiración islámica que admita la única expresión del consentimiento por parte del varón no debería resultar contraria al orden público

¹⁵⁸ FADLALLAH, I., *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1977; ID., "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *RCDIP*, 1981, pp. 17-34; MILLIOT, L., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, Paris, 1971, p. 289, citados por CARRASCOSA, J., « Nuevos modelos.. », *cit.*, p. 116.

¹⁵⁹ Estos casos de matrimonios celebrados o por celebrar en España difieren de aquellos en que el matrimonio poligámico ya se ha celebrado en el extranjero, conforme a una Ley que lo considera válido, y se pretende que el mismo surta efectos en España. En estos casos, como ha indicado la doctrina, negar todo efecto jurídico a dicho matrimonio sería injusto, es decir, contrario a la continuidad de las relaciones privadas internacionales. Por ello, debería actuar un “orden público internacional atenuado”, de forma que se reconocieran ciertos efectos jurídicos a dicho matrimonio ya creado, como por ejemplo la pensión de viudedad. En la doctrina, entre muchos otros, BUCHER, A., "La famille en droit international privé", *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186, esp. p. 129; BISCHOFF, J.M., "Le mariage poligamique en droit international privé. Droit international privé", en VV.AA., *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Ldgj, Paris, 1980, pp. 91-103; IRIARTE ÁNGEL, J.L., "El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y prácticas españolas", en ESPLUGES MOTA, C. ET AL., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-642; DE VAL TENA, A.L., "Matrimonio poligámico y pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002", *Aequilias*, n. 10, 2002, pp. 68-70; MOLLINS GARCÍA-ATANCE, J., "Aspectos críticos de la pensión de viudedad: especial mención al matrimonio polígamo y homosexual", *Aranzadi social*, n. 5, 2005, pp. 1161-1190.

internacional español, siempre que la autoridad española compruebe que tal consentimiento existe de forma inequívoca¹⁶⁰.

vii. Ausencia de autoridad celebrante. En el caso de matrimonio celebrado entre extranjeros en España, cabe la posibilidad de que lo contraigan conforme a la forma de la Ley nacional de cualquiera de ellos (art. 50 CC). Conforme a lo anterior, son muy comunes los matrimonios entre contrayentes nacionales de un país musulmán en el consulado de sus país de origen, con el rito propio de dicho país. Teniendo en cuenta que, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, la mayoría de estos ordenamientos no requieren la presencia de una autoridad celebrante, sino únicamente la de dos adules o testigos, se ha de plantear si el requisito de la presencia de autoridad celebrante forma parte del orden público internacional español. Al respecto se pueden mantener dos tesis opuestas:

(i) La presencia de una autoridad celebrante en el acto del matrimonio forma parte del orden público internacional español. Para sostener esta postura se pueden utilizar dos argumentos. En primer lugar, que el art. 73.3 CC condena con la nulidad al matrimonio celebrado sin autoridad competente. En segundo lugar, que la Convención de Nueva York de 10 diciembre 1962, en vigor para España, indica que el consentimiento matrimonial debe prestarse ante “autoridad pública” de un Estado¹⁶¹. Ambos argumentos llevan a rechazar la aplicación de la Ley extranjera en caso de un matrimonio sin presencia de autoridad celebrante, meramente contractual o “matrimonio *solo consensu*”, por resultar contrario al orden público internacional español.

(ii) La aplicación de un Derecho que permita un matrimonio contractual o sin autoridad pública no vulnera el orden público internacional español. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque, como indicó en su momento J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, la forma del matrimonio no es un elemento esencial y constitutivo del matrimonio, sino integrativo¹⁶². Según esta postura, para que exista un matrimonio solamente es esencial el consentimiento y la capacidad de los contrayentes, y no la forma en que se presta tal consentimiento. En segundo lugar se encuentra el argumento ya aducido de que la interpretación del sistema, y por lo tanto de la excepción de orden público internacional, se ha de realizar partiendo del principio de *favor matrimoni* (art. 32 CE). Esta tesis es preferible a la anterior, pues resulta más respetuosa con la voluntad de los contrayentes, sin que se pongan en riesgo principios esenciales del Derecho español. Así lo ha estimado la DGRN, que ha admitido la inscripción de matrimonios en que la forma de

¹⁶⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *op. cit.*, p. 129.

¹⁶¹ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma, BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969, pp. 8326-8326.

¹⁶² GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Derecho de familia. El matrimonio", en GONZÁLEZ CAMPOS J.D. ET. AL., Derecho internacional privado, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 289-328, citado por CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos...”, *cit.*, 129.

la Ley de origen no requería autoridad celebrante ni testigos, es decir, de matrimonios meramente contractuales¹⁶³.

viii. Pacto de dote e inadmisibilidad de su supresión. La celebración de un matrimonio con dicho pacto de dote en nuestro país es posible, bien porque se trate de un matrimonio celebrado en la forma islámica prevista por el Acuerdo de 1992, bien cuando se trate de un matrimonio celebrado en la forma prevista por un Derecho de inspiración islámica, conforme al art. 50 CC¹⁶⁴. En cuanto a su compatibilidad con el orden público internacional español se presentan varias cuestiones. ¿Se ha de exigir la dote como un requisito para la válida celebración del matrimonio? ¿Se podrá inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado en España en que se haya pactado una dote? ¿Se ha de considerar nulo un matrimonio con dote? Para contestar a estas preguntas se han de recordar las distintas posiciones doctrinales en cuanto a la naturaleza de la dote:

En primer lugar, si la dote se considera como un efecto del matrimonio, o como una cuestión alimenticia o sucesoria, la presencia de un pacto de dote, o de supresión expresa de la misma, no afectará a la validez del matrimonio, ni ha de exigirse como un requisito para su validez. La cuestión de su compatibilidad con el orden público internacional español quedaría relegada a un momento posterior, para los casos en que se haya incumplido la entrega de la misma o se reclame su restitución¹⁶⁵.

En cambio, si la dote se considera como una condición de validez del matrimonio relacionada con el consentimiento matrimonial, como así se hace en la escuela malaquita, su contradicción con el orden público internacional español podría tener incidencia en relación a la celebración o posterior inscripción del matrimonio¹⁶⁶. La contradicción de esta institución con el derecho constitucional a la igualdad entre el hombre y la mujer parece clara, pues la dote se estipula por el marido a favor de la esposa y no al contrario. Junto con ello, aun cuando se considerara que dicha igualdad no es vulnerada por la forma en que la dote se combina con los efectos del matrimonio sobre la esfera patrimonial de los cónyuges (pues en los Derechos de inspiración islámica el matrimonio no afecta a la esfera matrimonial de los cónyuges y la mujer generalmente no genera ingresos) su contradicción con el orden público internacional

¹⁶³ RDGRN (1ª) de 2 de enero de 1998, *BIMJ*, num. 1826, 1998, p. 76, sobre un matrimonio entre dos cónyuges chinos, contraído en China y otras concordantes, como la RDGRN (3ª) de 26 octubre 2001, también relativa a un matrimonio entre cónyuges chinos contraído en China. Nada obsta a que la misma solución adoptada por la DGRN en relación a estos matrimonios celebrados en el extranjero se traslade a los casos en que el matrimonio se celebre en España.

¹⁶⁴ Como indica DIAGO DIAGO, M. P., “La dot ...”, *cit.*, p. 424, el matrimonio celebrado según el rito de los Acuerdos de 1992 sigue un modelo de contrato de matrimonio islámico en que está presente el pacto de constitución de la dote en favor de la esposa. No obstante, en el certificado emitido por el autorizante, que es lo que se presenta en el Registro civil para su inscripción, no consta tal pacto de dote.

¹⁶⁵ Vid. SAP Girona (Sección 1ª) núm. 445-2012 de 23 noviembre, JUR 2013\17020; SAP Madrid (Sección 22ª) núm. 394-2012 de 1 junio. JUR 2012\242097.

¹⁶⁶ DIAGO DIAGO, M. P., “La dot ...”, *cit.*, p. 419: “Tout paraît en principe viser à ce que la formalité de la dot soit une condition de fond. (...) Comme nous l’avons déjà souligné, le contrat célébré sans aucune mention de la dot n’invalidera pas le mariage, ce qui arriverait en revanche s’il la rejetait expressément. La dot ne peut donc être considérée comme une simple condition formelle”.

español vendría dada por su carácter obligatorio, que podría considerarse un impedimento al *ius connubi*¹⁶⁷.

Pese a lo anterior, la cuestión de la existencia de un pacto de dote no siempre puede ser controlada por la autoridad española que autoriza la celebración o inscripción del matrimonio. Sí se podrá controlar cuando se presente un acta de matrimonio celebrado en forma extranjera de conformidad con el art. 50 CC, pero no cuando el matrimonio se haya celebrado en la forma islámica de los Acuerdos de 1992. El certificado de matrimonio que se presenta al Registro civil cuando se ha celebrado un matrimonio en forma islámica conforme al Acuerdo de 1992 no contiene ninguna información al respecto de la entrega de dicha dote. Parece tratarse de un aspecto ante el que las autoridades españolas prefieren cerrar los ojos, para no incurrir en la contradicción que supondría no inscribir todos los matrimonios celebrados conforme a dicho Acuerdo por existir en los mismos un pacto de dote.

xi. Posibilidad de celebrar un matrimonio temporal. En los casos en que se haya contraído o se pretenda contraer un matrimonio temporal (*al-mut'a*) se ha de activar la excepción de orden público internacional español e impedir la aplicación de la Ley nacional de los contrayentes si ésta permite dicha celebración. La aplicación de la Ley que permitiera este matrimonio vulneraría un principio básico del Derecho matrimonial español, que es que el consentimiento matrimonial español no puede ser sometido a término, modo ni condición. No obstante, como se ha indicado, los códigos modernos condenan el matrimonio “que se combina con un plazo o depende una condición suspensiva o resolutoria” (art. 62 CFM), por lo que no habría necesidad de descartar la aplicación de la Ley nacional. Solamente cuando el Derecho aplicable permita estos matrimonios, considerados como tradicionales, se debería activar la excepción de orden público.

La aplicación de esta excepción de orden público internacional en los casos expuestos ha sido calificada por la doctrina como apriorística y excesiva¹⁶⁸. Como se ha indicado, el orden público internacional está formado por los pilares básicos que sustentan a la sociedad del Estado del foro y se ha de activar sólo cuando los efectos de la aplicación de la Ley que designa la norma de conflicto sean en el caso concreto contrarios a dichos

¹⁶⁷ DIAGO DIAGO, M. P., “La dot ...”, *cit.*, p. 421. Como indica la autora, esta es la posición mantenida por Estados del entorno, como Francia, citando la Sent. Cour Cass. 4 abril 1978, *JDI*, 1979, p. 353, nota LEQUETTE, Y., sobre una demanda de restitución de la dote entregada por un esposo francés de religión musulmana a su esposa argelina en matrimonio celebrado en Francia. Finalmente no tiene lugar el matrimonio civil, solo el religioso, y el esposo solicita la restitución de la dote. La Corte de Casación determina que la dote debía ser restituida por tratarse de un matrimonio nulo por razones de orden público.

¹⁶⁸ CARLIER, J. Y., « Quand l'ordre... », *cit.*, p. 525-531 defiende una interpretación atenuada del orden público, señalando que el mismo no es más que una traducción de la noción alemana de *Innenbeziehung* o *Inlandsbeziehung* (nacionalización de la situación internacional). COMBALÍA SOLÍS, Z., *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares, Granada, 2006, p. 90 ha denominado a esta aplicación excesiva “crisis del concepto de orden público”, y afirma que tiene como resultado que este puede acabar por perjudicar los valores que se intenta proteger (como puede ocurrir en el caso en que no se reconozcan efectos a una dote o a un matrimonio poligámico).

principios o valores básicos, pero no antes de comprobar si dicha Ley produce esos efectos negativos en el caso concreto.

C) La inaplicación del Derecho extranjero

El tercer y último problema de aplicación de los Derechos de fuente islámica en materia matrimonial es precisamente el de su inaplicación. Ésta puede derivar tanto de que las autoridades españolas hayan ignorado la norma de conflicto y aplicado directamente la *lex fori* o de que se haya aplicado una norma de conflicto errónea, que conduce a la aplicación de la Ley española. Este problema no se produce exclusivamente en relación a los Derechos de inspiración coránica, sino que se trata de una práctica generalizada de las autoridades españolas en relación a todo tipo de matrimonios internacionales. Pese a ello, por las razones que se expondrán más adelante, se trata de una forma de proceder que perjudica especialmente a los contrayentes que provienen de una cultura jurídica alejada, como puede ser la de un Derecho de inspiración islámica.

Como ya puso de manifiesto G.P. ROMANO¹⁶⁹, los Estados europeos tienden a aplicar la *lex fori* en muchos de los casos relacionados con la constitución de una situación de Derecho privado, y la autorización de las autoridades públicas para la celebración del matrimonio no es una excepción. Esta práctica hace que las argumentaciones que desarrollan las autoridades españolas para autorizar o denegar un matrimonio sean, de origen, defectuosas, pues no se puede olvidar que la norma de conflicto en Derecho español es imperativa¹⁷⁰. Así lo establece el art. 12.6 CC: “*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”.

Detrás de esta tendencia se esconden planteamientos legeforistas y asimilacionistas, que pretenden enviar un claro mensaje de “cierre” de fronteras ante la venida de numerosos inmigrantes provenientes de terceros Estados, y en particular de aquellos con una cultura jurídica alejada de la española, dado que la celebración del matrimonio tiene efectos muy favorables en cuanto a Derecho de extranjería. Sin embargo, no se tiene en cuenta que en los supuestos en que el matrimonio se celebra en España, el contrayente o los contrayentes extranjeros se encuentran ya establecidos en el Estado, o al menos, en la Unión Europea, por lo que el impedimento de su matrimonio no supone una gran diferencia en cuanto a sus posibilidades de adquisición de nacionalidad, de residencia o de reagrupación familiar, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de aceptar o no la inscripción en el Registro civil español de matrimonios celebrados en el extranjero.

La aplicación directa de la *lex fori* se realiza sobre todo en relación al examen del consentimiento matrimonial. Las autoridades encargadas de instruir el expediente o de verificar tal consentimiento a posteriori aplican directamente la normativa española sin

¹⁶⁹ ROMANO, G. P., “La bilateralité éclipse par l’authorité. Développements récents en matière d’état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457: « Lorsque la constitution d’une situation de droit privé requiert l’intervention d’une autorité –ainsi du partenariat enregistré, du mariage, du divorce et de l’adoption,- la pratique tend à négliger la règle de conflit bilatérale classique ».

¹⁷⁰ DIAGO DIAGO, M. P., “La nulidad...”, *cit.*, p. 301.

antes detenerse en el art. 9.1 CC. En palabras de P. OREJUDO¹⁷¹, la aplicación de la *lex fori* en esta materia “es más endémica que excepcional”. La autora citada constata esta realidad en 2002, y la situación no ha mejorado desde entonces, pese a la claridad del mandato de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 31 enero 2006¹⁷², que con gran calidad técnica señalaba la necesidad de aplicación de la norma de conflicto relativa al consentimiento matrimonial a los supuestos de celebración del matrimonio en que concurre un elemento extranjero.

Las razones de esta falta de aplicación de la norma de conflicto son, más que de desconocimiento, de “economía conflictual”, aunque una economía conflictual mal entendida, que utiliza el Derecho del foro de forma apriorística y en todo caso. Es lo que la DGRN ha llamado en alguna Resolución “orden público internacional oculto”¹⁷³ (si finalmente se va a acabar aplicando una Ley que permita un consentimiento igual al español, directamente se exige el consentimiento según Derecho español). Si bien es cierto que el consentimiento matrimonial tiene un carácter esencial y básico en el Derecho matrimonial español, este planteamiento resulta erróneo.

Nada obsta a que en Derecho español, la existencia de consentimiento matrimonial se considere un requisito de orden público. Este carácter esencial es común a todos los demás ordenamientos europeos¹⁷⁴ y al Derecho Internacional Convencional¹⁷⁵. En España, sus caracteres esenciales se reflejan en el art. 45 del Código Civil español: debe tratarse de un consentimiento “específico” en relación al matrimonio a todos los derechos y deberes que le sean inherentes. Su importancia es tan crucial que sin “consentimiento matrimonial” no hay matrimonio (art. 73.1 CC), y además se impone

¹⁷¹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op.cit.*, p. 64. En el mismo sentido, ARENAS GARCÍA, R., “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. V, 2005, p. 352.

¹⁷² Instrucción DGRN de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia, *BOE*, n. 41, 17 febrero 2006, JUR\2006\53392, p. 6333: “Es necesario precisar la Ley estatal aplicable a los mismos, pues en la inmensa mayoría de los supuestos, se trata de casos en los que se halla implicado un ciudadano extranjero, con lo que el supuesto contiene «elementos extranjeros», de modo que las normas españolas de Derecho Internacional Privado deberán precisar la Ley estatal aplicable a estos matrimonios”.

¹⁷³ RDGRN núm. 10/2007 de 24 septiembre 2007, JUR\2009\577, que autoriza la celebración en España de un matrimonio entre una alemana y un nigeriano. La resolución se recurre por los contrayentes por no haber aplicado el encargado del Registro Civil la norma de conflicto (9.1 CC), ante lo que la DGRN responde que “el Encargado del Registro Civil quien al omitir toda mención de las normas de Derecho Internacional Privado ha puesto en marcha el denominado «orden público internacional oculto»”. A pesar de ello autoriza el matrimonio por considerar que no se aprecian grandes contradicciones a los efectos de poder deducir una utilización fraudulenta de la institución matrimonial.

¹⁷⁴ Instrucción DGRN de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia, *BOE*, n. 41, 17 febrero 2006, JUR\2006\53392 señala que así era ya en la tradición canónica («*matrimonium facit partium consensus*», can. 1057 Codex Iuris Canonici) y romana («*matrimonium inter invitos non contrahitur*», cfr. Celso, Digesta, Corpus Iuris Civiles, 23.2.22), y así se mantuvo tras el proceso de secularización del ordenamiento matrimonial. La Constitución francesa de 1791 afirmaba que el matrimonio es un «contrato» y el Código napoleónico en su artículo 146 dispone que «no hay matrimonio cuando no hay consentimiento». A su vez, la Declaración Universal de los Derechos afirma que el matrimonio no puede ser concluido sino con el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos (art. 16.2).

¹⁷⁵ Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, *BOE* del 29 de mayo de 1969.

que no esté condicionado, de forma que la condición será tenida por no puesta¹⁷⁶. De esta forma, cuando la aplicación de la Ley de otro Estado lleve a la apreciación de un consentimiento que no cumpliera las características esenciales expuestas (si esta Ley acepta el matrimonio sin consentimiento, y efectivamente no lo hay, o es un consentimiento puramente abstracto), el principio de orden público debería activar el 45.1 CC, por ser un principio esencial de nuestro ordenamiento que no existe matrimonio sin consentimiento. Pero este artículo no debería activarse en los casos en que la aplicación de la norma extranjera no genere un resultado contrario a este principio básico del ordenamiento jurídico español. Así, si como se ha visto, las normas marroquí, argelina, egipcia... exigen también como requisito esencial para la celebración del matrimonio la existencia de un consentimiento matrimonial puro para ambos cónyuges, son estas normas las que deberían aplicarse y no la española.

Esta aplicación directa de la Ley española se produce tanto en relación al examen de la existencia del consentimiento matrimonial como a su pureza:

a. Existencia de consentimiento matrimonial. Si bien el requisito de consentimiento matrimonial ha de estar presente en todo matrimonio, ya sea interno o internacional, lo cierto es que su existencia se comprueba de forma más exhaustiva cuando en el matrimonio al menos uno de los cónyuges es extranjero, para evitar que se produzcan matrimonios *de conveniencia* o *de complacencia* (en los demás casos esta parte del expediente matrimonial es meramente formularia)¹⁷⁷. Los matrimonios de complacencia son matrimonios concertados con el único fin de adquirir beneficios en materia de derecho de extranjería para el cónyuge extranjero¹⁷⁸. La existencia de verdadero “consentimiento matrimonial” debería dilucidarse por la Ley nacional del cónyuge cuyo consentimiento se supone ausente. Como ya se indicó, los distintos Códigos de familia islámicos analizados regulan la existencia de consentimiento de una forma muy similar a la occidental. Éste se considera un elemento esencial del matrimonio y no se permite el matrimonio sin el consentimiento de ambos cónyuges. No obstante, si se da el caso de que la Ley del aplicable permite un consentimiento más “abstracto” o el matrimonio sin el consentimiento de ambos cónyuges (como ocurría en el Derecho clásico islámico), debería activarse frente a esta Ley la excepción de orden público internacional, si en el

¹⁷⁶ DIAGO DIAGO, M. P., “La dot ...”, *cit.*, p. 420.

¹⁷⁷ Esta medida se adoptó en España por la Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. En la misma línea, Francia, a través de la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, adoptada en París el 2 de mayo de 2005 por el Ministerio de Justicia de la República francesa, y otros países como Bélgica, Holanda, Suiza y Reino Unido.

¹⁷⁸ Los principales objetivos de estos matrimonios son la adquisición de modo acelerado de la nacionalidad española (art. 22.2 CC), lograr un permiso de residencia en España (art. 2.a del R.D. 178/2003, de 14 febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) o lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados (art. 39.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

caso concreto se sospecha que no existe ese consentimiento matrimonial, es decir, la voluntad de tomar al otro por cónyuge y formar con él una “comunidad de vida”¹⁷⁹.

La práctica de la DGRN y de los tribunales españoles no ha seguido esta opción, sino que en la mayoría de los casos ha aplicado directamente la Ley española, esto es, los arts. 45 y 73.1 CC, tanto en los casos en que ha examinado la existencia de este consentimiento antes de contraer matrimonio como en los que se ha decretado su nulidad una vez contraído¹⁸⁰.

a.i. Examen del consentimiento antes del matrimonio. Este control tendrá lugar en las audiencias previas a los que pretenden contraer matrimonio o, cuando esta no se exige, como es el caso del matrimonio contraído por rito islámico, cuando se trate de inscribir el matrimonio ya celebrado en el Registro Civil español. En ambos casos, la DGRN aplica directamente el Derecho español y prueba de ello es la siguiente fórmula que aplica de forma sistemática: “Es indudable, como sostiene una reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 CC)”¹⁸¹.

En la mayoría de los supuestos el consentimiento matrimonial no existe en ninguno de los contrayentes. En estos casos, si uno de los contrayentes es español, no es descabellado comenzar por controlar su consentimiento conforme a Ley española de forma que si éste se considera inexistente no es preciso analizar el conocimiento del otro cónyuge a la luz de su Ley nacional. Esta actuación se basaría en razones de “economía conflictual” bien entendida, puesto que siempre resultará menos costoso al juez o funcionario el control del consentimiento conforme al Derecho español¹⁸².

Como ejemplo de lo anterior cabe citar entre otras muchas la RDGRN (9ª) 19 mayo 2009¹⁸³, en que se deniega la autorización para contraer matrimonio civil en España a una española (marroquí de origen) y un marroquí, por entenderse que el consentimiento no cumple con los requisitos de los arts. 45 y 73.1 CC: existen contradicciones en las manifestaciones de los cónyuges relativas a la duración del noviazgo, al tiempo que se conocen, a los regalos que se hicieron en la pedida de mano y al momento en que comienzan la convivencia. En otros casos se ha denegado la celebración por inexistencia de una lengua en común, por desinformaciones sobre la familia del cónyuge o por ignorar su oficio¹⁸⁴. El matrimonio suele autorizarse en caso de que

¹⁷⁹ SAP de las Palmas, sec. 5ª, 24-3-2003, nº 277/2003, rec. 877/2002.

¹⁸⁰ DIAGO DIAGO, M. P., “La nulidad...”, *cit.*, p. 293.

¹⁸¹ RRDGRN 13 y 20 junio 2001, PROV 2001/295369, entre otras muchas.

¹⁸² Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia.

¹⁸³ RDGRN num. 9/2009 de 19 mayo 2009, JUR\2010\301896. En el mismo sentido, RDGRN num. 3/2005 de 15 junio, RJ\2005\7536 y SAP de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia num. 221/2013 de 8 mayo JUR\2013\206952.

¹⁸⁴ Por ejemplo, RDGRN num. 4/2006 de 13 junio, JUR\2007\135606 (matrimonio entre española y marroquí que se conocieron por internet), RDGRN num. 1/2003 de 2 enero, JUR\2003\67588 (matrimonio entre español y marroquí sin lengua en común); RDGRN num. 2/2010 de 21 octubre,

exista un hijo en común entre los prometidos o en caso de convivencia anterior al matrimonio, circunstancias que no son comunes en la cultura islámica, y también en casos en que no se observen “grandes contradicciones”, como puede ser la fecha en que se conocieron los interesados¹⁸⁵.

Existen otros casos en que la denegación de la autorización para contraer matrimonio es claramente producto de la perspectiva legeforista en que las autoridades administrativas afrontan estos casos. Son casos en que se deniega el matrimonio por desavenencias en datos sobre gustos, familiares o vida pasada de los contrayentes, desavenencias que no son comunes si se parte de la concepción occidental de matrimonio, pero que se entenderían mejor desde la perspectiva islámica de esta institución. Y es que en la cultura islámica es más habitual que los novios se conozcan menos antes del enlace, puesto que suele ser habitual que los padres elijan la pareja y que los hijos den su aprobación, viéndose pocas veces antes de la boda y siempre en público y acompañados¹⁸⁶. Este control desde el concepto español de matrimonio puede dar lugar a la denegación de matrimonios en que existe verdadero consentimiento. A pesar de ello, existen algunas Resoluciones que tienen más en cuenta la identidad cultural de los interesados, como la RDGRN (2ª) de 4 enero 2002, en relación al matrimonio entre marroquí y española residente en Ceuta, o la muy relevante RDGRN (2ª) de 5 septiembre 2011 en que se autoriza el matrimonio entre dos primos, él español residente en Ceuta de religión y ascendentes musulmanes y ella marroquí residente en Tetuán. Ella declara en la audiencia en el Consulado que habían concertado sus familias el matrimonio, y da muestras de desconocer algunos detalles de la vida personal y social de su futuro esposo, pero el matrimonio se autoriza por la argumentación de que ambos tienen el mismo idioma y su conocimiento común se desprende precisamente, de su parentesco como primos¹⁸⁷.

Estos casos en que al menos uno de los cónyuges es español han de diferenciarse de otros en que la aplicación de la Ley española es improcedente pues ambos cónyuges son extranjeros. Se puede citar la RDGRN (5ª) de 24 mayo 2006, que declara no autorizado el matrimonio entre ciudadano paquistaní y ciudadana estadounidense por considerarse que éste tiene fines migratorios (obtener residencia en EEUU)¹⁸⁸. En cambio, la RDGRN (3ª) de 15 marzo 2007, en relación a dos marroquíes que se casan en España

JUR\2011\322052 (matrimonio de español y marroquí en que ella desconoce datos básicos como número de hijos y oficio del marido).

¹⁸⁵ RDGRN num. 1/2006 de 3 noviembre, JUR\2008\54751 (marroquí y española con hijo en común), RDGRN de 3 junio 2006, JUR\2007\130358 (española y marroquí que discrepan sobre fecha de la boda).

¹⁸⁶ MONTURIOL, Y., “Matrimonio forzoso: ¿Qué dice el islam?”, Webislam, 2 febrero 2011, disponible en http://www.webislam.com/articulos/64677-matrimonio_forzoso_que_dice_el_islam.html (fecha última consulta: 28/06/2017): “Es por esto que la elección de la pareja es demasiado importante como para dejarla únicamente en manos de los hijos. Lo que sí es verdad es que la mayoría de los y las jóvenes participan en la elección. Tienen derecho a rechazar al candidato o la candidata que han elegido sus padres, o a proponerlo ellos mismos. El derecho a rechazar a un candidato es también una importante norma islámica”.

¹⁸⁷ RDGRN num. 2/2001 de 5 septiembre, JUR\2001\295417. En un caso similar se pronuncia la RDGRN 1/2001 de 22 diciembre, JUR\2001\231690.

¹⁸⁸ RDGRN num. 5/2006 de 24 mayo, JUR\2007\11188. También RDGRN num. 4/2011 de 9 junio, JUR\2012\153287 (matrimonio islámico celebrado en España entre argelino y rumana).

tiene en cuenta la norma de conflicto, aunque solamente sea para decir que, que ambos rijan su consentimiento y su capacidad por Ley marroquí no les eximen de trámite de control de dichos requisitos conforme a Derecho español¹⁸⁹. Cabe destacar la RDGRN (10ª) de 24 septiembre 2007 que autoriza la celebración en España de un matrimonio entre una alemana y un nigeriano. La resolución se recurre por los contrayentes por no haber aplicado el encargado del Registro Civil la norma de conflicto (9.1 CC), ante lo que la DGRN responde que “el Encargado del Registro Civil quien al omitir toda mención de las normas de Derecho Internacional Privado ha puesto en marcha el denominado «orden público internacional oculto»”. A pesar de ello autoriza el matrimonio por considerar que no se aprecian grandes contradicciones a los efectos de poder deducir una utilización fraudulenta de la institución matrimonial¹⁹⁰.

Respecto al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio ya celebrado en España mediante forma islámica, que como se ha indicado en varias ocasiones no precisa de expediente previo, puede citarse como ejemplo la RDGRN (2ª) 27 julio 2009, que deniega la inscripción del matrimonio entre español y ciudadana marroquí, por existir indicios del escaso conocimiento personal entre los cónyuges y una diferencia de edad entre los interesados de 43 años¹⁹¹.

a.ii. Examen del consentimiento como causa de nulidad del matrimonio ya celebrado en España. En cuanto a las sentencias que decretan la nulidad por falta de consentimiento, la aplicación de Ley española de forma sistemática es también generalizada. Como ejemplo, la SAP de Islas Baleares 26 octubre 2012, que declara mediante la aplicación de Ley española la nulidad de un matrimonio celebrado entre esposo español y esposa marroquí, cuya única pretensión era legalizar su situación en España y que abandonó el hogar conyugal tan sólo dos días después de que se iniciara la vida en común¹⁹². Cabe plantearse si esta falta de consentimiento matrimonial habría supuesto también la anulación del matrimonio según el Derecho marroquí. La respuesta es afirmativa, puesto que el CFM establece como un requisito esencial el consentimiento en el matrimonio (art. 10 CFM) y condena como nulo (*batil*, matrimonio inexistente) todo matrimonio al que le falte dicho requisito (art. 57 CFM). En definitiva, la aplicación de la Ley personal al consentimiento de la ciudadana marroquí habría llevado al mismo resultado¹⁹³, aunque las consecuencias de dicha nulidad podrían haber sido diferentes

¹⁸⁹ RDGRN num. 3/2007 de 15 marzo, JUR\2008\169645.

¹⁹⁰ RDGRN num. 10/2007 de 24 septiembre 2007, JUR\2009\577.

¹⁹¹ RDGRN num. 2/2009 de 27 julio 2009, JUR\2010\352917. En el mismo sentido, entre otras, RRDGRN de 18 de febrero de 2013, JUR\2013\327633 (matrimonio islámico celebrado en España entre marroquí y española), RDGRN num. 5/2013 de 21 enero, JUR\2013\326549 (entre ciudadano español y ciudadana marroquí); RDGRN num. 8/2011 de 11 abril, JUR\2012\103861 (entre argelino y española), DGRN Resolución num. 6/2008 de 24 noviembre, JUR\2010\2738, (entre ciudadano ghanés y ciudadana española), DGRN Resolución num. 7/2008 de 11 noviembre, JUR\2010\1810 (entre ciudadano indio y española).

¹⁹² SAP Islas Baleares (Sección 4ª) Sentencia núm. 467/2012 de 26 octubre, AC\2013\363.

¹⁹³ También se aplica directamente Derecho español al consentimiento del cónyuge marroquí en matrimonios celebrados en España en la SAP Álava (Sección 1ª) Sentencia núm. 13/2005 de 25 enero, JUR\2005\77385, SAP de Málaga (Sección 6ª) Sentencia núm. 167/2004 de 4 marzo, JUR\2004\126142 y en la SAP de Alicante (Sección 4ª) Sentencia núm. 29/2004 de 22 enero, JUR\2004\101338, y en la SAP de Sevilla (Sección 2ª) Sentencia num. 510/2010 de 20 diciembre, AC\2011\1862, SAP Málaga AP de

(art. 58 CFM: derecho a la dote si ha habido consumación y obligación de guardar el período legal de continencia establecido para estos casos).

Pese a que la aplicación directa de la *lex fori* es generalizada, en sede de nulidad se aprecia también una tendencia a la interpretación errónea de la norma de conflicto relativa a la nulidad (art. 107 CC) por la que se confunde la “ley de celebración” a la que se refiere el precepto (= *lex matrimonii* = *ley aplicable a la capacidad, al consentimiento y a la forma de celebración del matrimonio*) con la “ley del lugar de celebración” (= *lex loci celebrationis*)¹⁹⁴. En consecuencia, muchas decisiones señalan como Ley aplicable la Ley del lugar de celebración del matrimonio, tanto para decretar dicha nulidad como para examinar la falta de consentimiento que pueda llevar a esa nulidad. De todos los casos examinados, solamente se ha detectado una correcta aplicación de la norma de conflicto en la SAP Barcelona 20 junio 2006, referida a un matrimonio celebrado en el extranjero y no en España¹⁹⁵.

La aplicación directa de la Ley española al examen del consentimiento se da también en los casos de matrimonio forzoso o concertado, esto es, celebrado *en contra* de la voluntad de uno de los cónyuges¹⁹⁶. Estos matrimonios, como se ha indicado, no están permitidos en los Derechos modernos de fuente islámica y los casos que se puedan dar son restos de costumbres ancestrales prohibidas por la legislación¹⁹⁷. Por eso, tampoco

Málaga (Sección 7ª, Melilla) Sentencia num. 55/2003 de 30 junio, AC\2003\2180, SAP de Castellón (Sección 1ª) Sentencia num. 151/2003 de 5 junio, AC\2003\1040; SAP Málaga (Sección 6ª) Sentencia num. 809/2002 de 17 octubre, JUR\2003\17759, entre muchas otras.

¹⁹⁴ SAP Barcelona de 10 mayo 2004, (Sección 12ª), n. 279/2004, JUR\2004\181213; SAP Alicante (Sección 9ª) num. 705/2012 de 4 diciembre, JUR\2013\56613.

¹⁹⁵ SAP de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia num. 457/2006 de 20 junio, JUR\2007\72098. En un caso de nulidad de un matrimonio celebrado en Marruecos entre español y ciudadana marroquí por falta de consentimiento matrimonial de ella, el órgano juzgador aplica el art. 9.1 CC al examen del consentimiento de la marroquí por el juego del 107 CC, y concluye que el matrimonio es nulo por falta de consentimiento: “Tanto si se entiende que la ley aplicable a su celebración, es la que regula la capacidad y consentimiento matrimonial (artículo 9,1 del C.C) como si se entiende que es la ley que regula la forma de celebración (artículos 49 y 50 del C.C), la ley que resulta aplicable es la determinada por la nacionalidad de los cónyuges y siendo ambos de nacionalidad marroquí” (...) “Siendo la causa de nulidad invocada la ausencia de consentimiento matrimonial, se entiende por éste último, no la mera manifestación de voluntad, externa y formal, de contraer matrimonio, sino la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con un determinado contenido, como institución que integra una serie de derechos y de deberes recíprocos. En el Código de Familia marroquí, los derechos y deberes de los cónyuges se encuentran recogidos en el artículo 51 que contempla la convivencia mutua, fundada en buenas relaciones conyugales, la intimidad, el respeto mutuo, el afecto y la protección del interés de la familia, entre otros. La simulación o ausencia de consentimiento matrimonial por parte de ambos cónyuges, constituye así la manifestación de una voluntad que no es real y que es emitida de forma consciente y por ambas partes, para obtener una apariencia de contrato con finalidad distinta a la prevista en la Ley y por tanto con la finalidad de engaño o de conseguir un resultado ajeno a la naturaleza del propio contrato o institución”.

¹⁹⁶ Sirva de ejemplo la RDGRN (42ª) 25 enero 2012, que deniega la inscripción de un matrimonio consuetudinario celebrado en Guinea Ecuatorial, que permite la falta de consentimiento de una de las partes, pues la mujer es entregada por su familia al marido a cambio de una dote.

¹⁹⁷ Como indica DIAGO DIAGO, M. P., “La nulidad...”, *cit.*, p. 303, se mantiene en familias originarias del Magreb, Turquía, África y Asia. Este problema ha alcanzado una dimensión muy considerable en países de recepción como Francia, donde se ha presentado una guía para su prevención (19 noviembre 2008).

superarían el examen del consentimiento conforme a la Ley nacional de los cónyuges. En cualquier caso, estos matrimonios resultan contrarios al orden público internacional español. Estos matrimonios se consideran además delito en España, incluidos dentro del tipo “imposición de prácticas similares a la servidumbre”, del art. 177 bis.1 del Código Penal¹⁹⁸.

b. Pureza del consentimiento. El examen de la pureza del consentimiento se suele realizar también directamente en base a Derecho español, sin tener en cuenta las prescripciones de la Ley aplicable en virtud de la norma de conflicto. Este recurso al Derecho español es innecesario, pues, como se ha expuesto, los ordenamientos islámicos modernos incluyen, al igual que el Derecho español, la imposibilidad de someter el consentimiento a una condición o a un término y la prohibición de vicios del consentimiento.

En cuanto al examen de los vicios del consentimiento (violencia, miedo, temor reverencial, error sobre las cualidades esenciales del otro cónyuge, etc...) también se aplica de forma generalizada la Ley española. En el contexto de los matrimonios de complacencia, la aplicación de la Ley española sería adecuada si quien ha padecido el vicio fuera nacional español. No obstante, las autoridades complican lo sencillo y suelen examinar el consentimiento del cónyuge presuntamente defraudador, que en la mayoría de casos es extranjero, y lo hacen también directamente en base a la Ley española¹⁹⁹.

Esta aplicación de la *lex fori* a los casos en que debiera tenerse en cuenta la norma de conflicto no es gratuita para los futuros cónyuges. En los casos en que se haya permitido la celebración del matrimonio en base a dicha *lex fori*, el mismo no se considerará válidamente celebrado en el país de origen del cónyuge extranjero, si se han pasado por alto algunos de los requisitos que exige su Ley personal. En particular, en los Derechos de inspiración islámica, las condiciones para que un matrimonio se reconozca e inscriba son muy estrictas y tienen muy presente que los requisitos de capacidad y consentimiento del cónyuge musulmán se hayan exigido conforme a su Ley personal. Cabe citar como ejemplo el art. 14 CFM²⁰⁰. Del mismo modo, en los casos en que se aplica la *lex fori* para declarar la nulidad de dicho matrimonio puede que la Sentencia de nulidad no circule y no sea posible su reconocimiento en el país islámico de origen del

¹⁹⁸ FGE Circular num. 5/2011 de 2 noviembre, JUR\2011\395037. Esta conducta también está sancionada por la Convención suplementaria de Naciones Unidas sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.

¹⁹⁹ SAP de Murcia, sec. 1ª, 19-6-2001, nº 303/2001, rec. 45/2001, que establece que "En el presente caso la demanda inicial invoca como causa de nulidad (...) error en aquellas cualidades esenciales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento pese a lo cual la sentencia entiende que la causa que concurre es la del número 1º del artículo 73, la ausencia de consentimiento matrimonial en la esposa (...) pues las cualidades personales de la esposa cuyo desconocimiento sirve de base al demandante son sus futuros comportamientos en el trato personal, lo que no constituye la cualidad psíquica, física o moral que por la jurisprudencia se entiende abarcada por el precepto comentado".

²⁰⁰ Art. 14 CFM: "Los marroquíes residentes en el extranjero podrán concluir el contrato de matrimonio de conformidad con las medias administrativas del país en el que residan, si se cumplen los requisitos de oferta y aceptación, capacidad, está presente el tutor matrimonial en caso en que sea necesario, no existen impedimentos, no se estipula la supresión de la dote y están presentes dos testigos musulmanes (adultes), sin perjuicio de lo establecido en el art. 21".

otro cónyuge, con lo que les supondría tener que abrir un nuevo proceso de nulidad en ese país.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha puesto de manifiesto en el presente estudio, la aplicación de un Derecho de inspiración islámica a los requisitos de celebración del matrimonio en España genera numerosos problemas de aplicación. Éstos son resueltos, o mejor dicho, evitados, por las autoridades españolas mediante una aplicación exorbitante del Derecho español, a través de diversos mecanismos, entre los que destacan recurrir de forma excesiva a la institución del orden público internacional y desoír la norma de conflicto.

Detrás de esta forma de proceder se deja ver la postura que, bien por comodidad, bien por convicción, han adoptado muchos tribunales y autoridades españoles en relación a la presencia en su territorio de individuos de distintas culturas y nacionalidades. Indudablemente, en estas decisiones se observa una tendencia asimilacionista, que pretende eliminar toda diferencia mediante el acoplamiento de estas culturas a la del Estado de recepción. Al obrar de esta forma no tiene en cuenta que, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, los ordenamientos de inspiración islámica con más probabilidades de aplicación en España (Marruecos, Argelia, Túnez) cuentan con una regulación del matrimonio más avanzada que la del Derecho islámico clásico. De esta forma, si bien siguen existiendo muchas normas cuya aplicación iría en contra de los principios más fundamentales del ordenamiento jurídico español, la mayoría de sus requisitos son perfectamente compatibles con los principios fundamentales del Derecho español y europeo.

Frente a esta postura asimilacionista existe una alternativa. Tratar de conjugar la existencia de unos radicales irrenunciables de Justicia en el Estado de destino con el respeto y la tolerancia a otras culturas. Esta postura es preferible, no por razones culturales, sociales o valorativas, sino por razones jurídicas.

En primer lugar, porque la penetración de los Derechos de culturas jurídicas muy alejadas de la occidental, como el Derecho islámico, en los ordenamientos europeos en que existe inmigración proveniente de dichas culturas es inevitable. Son las propias personas las que arrastran ese Derecho consigo y difícilmente puede impedirse tal penetración sin vulnerar el Derecho que el propio ordenamiento jurídico español les ha reconocido. El Derecho español así lo ha hecho mediante la inclusión del punto de conexión “Ley nacional” en concretas normas de conflicto.

En segundo lugar, porque como se ha indicado, ha de tenerse en cuenta que para un musulmán “la conciencia de *ciudadano* y la de *creyente* son difícilmente deslindables”. Su Derecho está fundado en la interpretación de su Libro Sagrado, por lo que obedecer las normas relativas a su estatuto personal se convierte en una cuestión de conciencia, en un deber religioso. Por ello, la autoridad que haya de resolver el conflicto de estos preceptos con el orden público de su Estado debería considerar detenidamente los casos

en que excluye la aplicación de la Ley personal del musulmán ya no sólo por razones de técnica jurídica sino también por respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, un derecho reconocido en la Constitución española (art. 10 CE), en que tiene un importante papel la religión. En este sentido, se ha de recordar que a la regulación de las relaciones privadas internacionales se le deberían imponer los mínimos principios directivos posibles.

En tercer lugar, porque la celebración del matrimonio tiene también repercusiones europeas. Los ciudadanos europeos, cuando contraen matrimonio, tienen reconocidos ciertos derechos, como la reagrupación familiar, que podrían verse vulnerados si un Estado miembro deniega injustificadamente tal celebración. Ello podría ocurrir cuando una apreciación excesiva de la excepción de orden público conlleve la denegación del matrimonio²⁰¹.

Por último, y como se ha indicado, los errores de calificación, la no aplicación de la norma de conflicto, o la activación legeforista de la excepción de orden público internacional pueden generar problemas de reconocimiento de las decisiones españolas en los Estados de origen de los contrayentes. En este sentido, estas prácticas son contrarias a la continuidad de las situaciones privadas internacionales, el objetivo primordial del Derecho internacional privado, fundamentado en el Derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE. Así lo indica el párrafo II.1 del preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil²⁰².

En definitiva, el respeto a la norma de conflicto, combinada con la utilización de un orden público internacional excepcional, parcial y aplicado al caso concreto, permite soluciones más ajustadas a Derecho y por lo tanto más justas, objetivo al que han de ceñirse los operadores jurídicos españoles al margen de consideraciones políticas, sociales o culturales.

²⁰¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 abril 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE L 158, de 30 abril 2004, pp. 77-123.

²⁰² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 julio 2015, pp. 65906-65942.