



FACULTAD DE DERECHO

CONFLICTOS DE LEYES Y MATRIMONIO ISLÁMICO

Autor: Rocío Sánchez Luengo

5º E-3 C

Derecho Internacional Privado

Tutor: Isabel Lázaro González

Madrid

Junio 2017

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado va a tener como objeto el estudio y análisis de la eficacia del matrimonio islámico en España, su inscripción y problemática derivada de la misma, todo ello bajo el análisis de los conflictos de leyes que se dan. Dado que el matrimonio islámico difiere tanto en forma como en contenido del matrimonio español, se dan una serie de impedimentos que hacen que no sea posible dotarles de validez para su inscripción en el Registro. Estos impedimentos son; impedimentos de la edad, impedimento de vínculo (poligamia), impedimento de religión y la figura del repudio unilateral. Dentro de los mismos, los que más problemas han dado a lo largo de los años en la jurisprudencia europea y española han sido la poligamia y el repudio, pues chocan de manera directa con el orden público internacional. Se verá a lo largo del trabajo como la jurisprudencia española ha ido evolucionando, afrontando a día de hoy estos problemas de una forma más atenuada.

Palabras clave: matrimonio islámico, poligamia, repudio, orden público internacional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study and analyze the effectiveness of Islamic marriage in Spain, its inscription and problems derived from it, all this under the analysis of the conflicts of laws that are given. Since Islamic marriage differs in both form and content from Spanish marriage, there are a number of impediments that make it impossible to provide them with validity for subsequent registration in the Registry. These impediments are; Impediments of the age, impediment of tie (polygamy), impediment of religion and the figure of the unilateral repudiation. Among them, the most troubles that have occurred over the years in European and Spanish jurisprudence have been polygamy and repudiation, as they conflict directly with the international public order. It will be seen throughout the work as the Spanish jurisprudence has evolved, facing today these problems in a more attenuated way.

Keywords: *Islamic marriage, polygamy, repudiation, international public order.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. EL MATRIMONIO ISLÁMICO	8
2.1. Concepto y naturaleza	9
2.2. Características y del matrimonio islámico.....	12
2.2.1. La poligamia.....	12
2.2.2. La perpetuidad del vínculo	14
2.3. Elementos formales.....	14
2.3.1. Dote o sadac	14
2.3.2. Presencia de testigos.....	17
2.3.3. Intervención del wali	18
2.4. Elementos personales.....	19
2.4.1. Capacidad de los contrayentes.....	19
3. RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ISLÁMICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	20
3.1. La eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica.....	20
3.1.1. Las normas de conflicto sobre el matrimonio en el Derecho español.....	22
3.1.2. La capacidad de las partes para contraer matrimonio y su eficacia en el ordenamiento español	24
3.1.3. <i>Inscripción del matrimonio islámico con elementos de extranjería en el Registro Civil.....</i>	29
3.1.4. Inscripción del matrimonio polígamo.....	31
3.1.5. El repudio unilateral	32
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA	39

Listado de abreviaturas

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

Cit: citado

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

LRC: Ley del Registro Civil

Pág.: página

RRC: Reglamento del Registro Civil

TS: Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado va a tener como objeto el estudio y análisis de la eficacia del matrimonio islámico en España, su inscripción y problemática derivada de la misma.

Esta investigación se va a centrar, como se ha dicho, en el estudio en profundidad de la eficacia que tiene en España un matrimonio celebrado bajo la forma islámica con elementos de extranjería, bien por la nacionalidad de los contrayentes, bien por el lugar de celebración del mismo. Se tendrán en cuenta por tanto los problemas que derivan del mismo, haciendo referencia especialmente al impedimento de ligamen o poligamia y a la figura del repudio unilateral.

Se ha considerado conveniente la elección de este tema de investigación puesto que se trata de un hecho muy presente, a día de hoy, en la sociedad, y más aún en España, cuyo flujo inmigratorio está en alza, recibiendo, entre muchos, ciudadanos de países musulmanes, convirtiéndose por tanto en un país multicultural. Esta situación provoca la necesaria adaptación de la legislación española en aras de una mejor protección de las culturas e instituciones jurídico-familiares de los inmigrantes que llegan al país.

Para ejemplificar lo dispuesto, un estudio demográfico orientativo sobre la población musulmana y estimaciones aportadas por las propias confesiones, recopiladas por el Ministerio de Justicia en su último informe sobre la libertad religiosa, revelan que, a día de hoy, la población musulmana en España asciende a la cifra de casi 1,9 millones de personas.

Con el fin de enfocar el tema, se comenzará por tratar la libertad religiosa en España, la cual permite tanto a españoles como a extranjeros elegir la forma religiosa con la que celebrar su matrimonio. A continuación, se delimitará el concepto de matrimonio islámico, siempre estudiando la naturaleza del mismo desde la óptica jurídica. Además, se hará una primera aproximación a las propiedades del matrimonio islámico que resultan peculiares culturalmente; la poligamia y el repudio. Después, se profundizará en los elementos formales y personales del matrimonio musulmán.

Finalmente, y esto va a ser el grueso del propósito del trabajo, se hará un estudio intensivo acerca de la eficacia civil en España del matrimonio islámico con elementos extranjeros, haciendo especial hincapié en las normas de conflicto contenidas en la legislación española para este tema, así como de la inscripción de este tipo de matrimonio

en el Registro Civil y los problemas e impedimentos que derivan de dicha inscripción, la gran mayoría relacionados con el orden público internacional.

La metodología de este trabajo va a consistir, por tanto, en estudiar el matrimonio islámico por apartados, dotándolos de contenido mediante la lectura de manuales y artículos de referencia. Como se decía, la investigación partirá sobre la base de unos manuales de referencia, con el fin de obtener una visión general acerca de la temática del trabajo, así como de artículos de revistas, a través de lo cual se pretende llegar a unas conclusiones, con las que finalizará la investigación.

Por último y para finalizar con esta breve introducción, es necesario hacer mención a la problemática encontrada a la hora de investigar acerca de este tema, y es que, hay que destacar que, la especificidad de este tema hace complicada la localización de bibliografía, puesto que es difícil encontrar manuales que se refieran concretamente a este tema, razón por la cual ha sido necesario acudir a bases de datos, a revistas y a manuales de ponencias y comentarios. Ello incrementa la complejidad del análisis del tema, pero, a pesar de ello, consigue abordar, con éxito, su estudio.

2. EL MATRIMONIO ISLÁMICO

En primer lugar, es preciso destacar que, la libertad religiosa se reconoce en el artículo 16 de la Constitución española¹ de 1978 en concordancia con los documentos internacionales sobre derechos humanos, en sus dos dimensiones, individuales y colectivos. Se puede deducir de su redacción que, además del ejercicio privado de la religión, se reconoce su vertiente pública, con el único límite del respeto al orden público². Se entiende por parte de la doctrina y de los tribunales que, además de un derecho, constituye un principio informador del Derecho eclesiástico español, o Derecho del Estado sobre el factor religioso, junto con los de aconfesionalidad, igualdad y cooperación.

Este derecho fundamental fue desarrollado al poco tiempo de su promulgación en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa³. Se puede encontrar una detallada exposición de su contenido en el artículo 2 de la LOLR, tanto en su dimensión individual como en la colectiva.

Además, las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones, a las que hace referencia el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución, han fructificado en acuerdos entre estos sujetos. En primer lugar, los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, suscritos entre 1976 y 1979, con naturaleza de tratado internacional en virtud de la personalidad de este carácter que tienen ambas partes⁴. Después, en 1992, el Estado suscribió tres acuerdos con las federaciones en que se habían agrupado confesiones y comunidades evangélicas, judías y musulmanas, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 7 de la LOLR. Mediante los acuerdos de cooperación con el Estado, las confesiones firmantes han accedido a un régimen de ventajas, por ejemplo en el orden

¹ En adelante, CE.

² El artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa: "El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

³ En adelante, LOLR.

⁴ CORRAL SALVADOR, C., "Acuerdos España-Santa Sede: Texto y comentario", Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1999, pág. 117.

fiscal, y también al desarrollo de ciertos derechos de carácter prestacional vinculados con la libertad religiosa, que requerían para su ejercicio de algún tipo de intervención facilitadora por parte del Estado⁵.

La Constitución española, no menciona el término laicidad por ninguna parte. Se refiere a esta idea el artículo 16, en su párrafo tercero, cuando establece que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”. No proclama que el Estado sea laico o que se imponga un laicismo. El concepto más cercano a lo que allí se dice sería el de *aconfesionalidad*: el Estado español no se va a adherir a ninguna religión.

Por otra parte, el artículo 32 CE dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, siendo la ley quien regule el mismo.

2.1. Concepto y naturaleza

Centrándonos en el matrimonio islámico o *nikah*⁶, al igual que ocurre con el matrimonio de cualquier otro credo religioso, está impregnado de un matiz sagrado, sacralidad que es lo que convierte la figura del matrimonio de marcado interés para esta religión. Como constatación de esta afirmación encontramos una traducción de la *Sharia*⁷: "El Sagrado Corán hace la aclaración de que la unión matrimonial no es una relación temporaria entre dos individualidades de sexo opuesto: es una permanente y perdurable relación en el sentido de que ambas partes deben aportar sus mayores esfuerzos para dirigir sus vidas armoniosamente y sobrellevar las grandes responsabilidades emergentes de este sagrado contrato". A esto hay que añadir que el islamismo no sólo es un credo religioso, y por tanto una forma de exponer y entender lo sobrenatural, sino que es también una forma de concebir la realidad social y política. Por ello, el matrimonio interesa al islamismo en una doble vertiente: en su cualificación religiosa y en su vertiente de instituto privado con repercusiones tanto en el ámbito estrictamente privado como en el público.

La significación religiosa que impregna la figura del matrimonio resulta paralela a la obligatoriedad que para el varón musulmán representa la procreación y cómo, además,

⁵ GONZÁLEZ MORENO, B., "El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, páginas 123-145.

⁶ Término que es aceptado jurídicamente para designar el instituto matrimonial con una significación legal, aunque etimológicamente tenga una traducción más amplia (unidad carnal).

⁷ Ley religiosa islámica.

le dignifica elegir el estatus matrimonial, dada la importancia que para el islamismo representa la relación matrimonial. Por otra parte, independientemente del carácter sagrado del matrimonio para el musulmán, a tenor de lo dispuesto en el Corán, implica la vía de legitimación de una descendencia requerida por su credo. Además, la unión matrimonial ha sido objeto de una abundante reglamentación, en la que confluyen elementos procedentes del pensamiento jurídico y de las costumbres islámicas.⁸

La mayor parte de la doctrina considera que tiene carácter de contrato, dado que su objeto es el disfrute de ambos cónyuges, cada uno del otro, y el medio empleado consiste en prestaciones recíprocas de consentimiento en las que existe un equilibrio o sinalagma, por tanto, es una figura jurídica contractual. GARCÍA BARRIUSO dice “es un contrato de Derecho privado por el que un hombre recibe el derecho exclusivo sobre una mujer mediante la entrega de una cantidad convenida”⁹. No obstante, algunos autores añadían la obligación por parte del marido de la *nafaka*¹⁰, es decir, los gastos de manutención, habitación, vestidos, entre otros, de la mujer; a este respecto, señala LINANT DE BELLEFONDS¹¹ “el matrimonio es un contrato que autoriza a las partes a disfrutar legalmente uno del otro. Consiste, en la entrega de una dote a la mujer y a proporcionar su mantenimiento, recibiendo en contrapartida el derecho a mantener con la mujer, lícitamente, relaciones íntimas”.

En esencia se trata de un contrato privado, caracterizado por su matiz religioso que se hace presente en cuanto se invoca a Dios y se procede a la lectura del Corán. Sin embargo, ese carácter privado se ha venido desdibujando con el tiempo fruto de las influencias occidentales, pudiendo decirse que hoy, prácticamente, en todos los países musulmanes el matrimonio debe ser celebrado ante un funcionario religioso (Qadi, Mullah, o Imán) y registrado.

Ahora bien, la asimilación del matrimonio islámico a la figura contractual no es fácil en cuanto que hay aspectos que dificultan ese encaje y lo alejan de tal modelo jurídico.

⁸ MONTILLA, A., “El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español”. Publicaciones Córdoba. Córdoba, 2003, pág. 31

⁹ GARCÍA BARRIUSO, Derecho Matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos, Instituto de Estudios Africanos, C.S.I.C., Madrid, 1962, pág. 135

¹⁰ Es la obligación de mantenimiento de la esposa durante el matrimonio, que recae sobre el marido (nafaqa).

¹¹ LINANT DE BELLEFONDS: “Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte”. En RIDC, núm. 7. Francia, 1995. Pág. 23.

Así el principio de autonomía de la voluntad queda sustancialmente reducido al tener el matrimonio su contenido normativo prefijado, si bien a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio canónico o civil, el islámico goza de un mayor margen de libertad de las partes en el aspecto económico del matrimonio. Pero, por otra parte, en este último el ámbito de la voluntad de las partes para contratar es más reducido en el aspecto personal del que se tiene en otras clases de matrimonio, ya que siendo para la religión islámica el matrimonio una obligación o mandato, en la medida en que es el estado perfecto y al que ha de tenderse para cumplir con la misión procreadora, al musulmán sólo le queda libertad para elegir con quien contraer matrimonio.

No obstante, gran parte de la doctrina, lo ha considerado análogo a un contrato de compraventa, considerando que son muy similares los requisitos que se exigen en el matrimonio con los que configuran el contrato de compraventa.

Por lo que respecta a los requisitos o condiciones de validez en el matrimonio, se han de citar: la inexistencia de impedimentos, el consentimiento de las partes, la observancia de requisitos de celebración, y la dote. Es éste último requisito esencial en el matrimonio islámico y es el que induce a la analogía matrimonio-compraventa, por lo que la dote es entregada por el esposo como pago del uso de la mujer.

Además, se encuentra una afirmación coránica, Sura IV, aleya 38, de que los maridos están sobre sus mujeres porque en la adquisición de las mismas han gastado sus bienes; y la peculiar forma de emitir el consentimiento la mujer, a través de representante que la aleja de nuestra concepción matrimonial en la que la forma de emisión ha de ser personal e intransferible, acercándolo a otros tipos contractuales en los que la representación es una práctica habitual. La primera de esas circunstancias no explica satisfactoriamente la relación analógica, y tampoco justifica que la posición de superioridad del marido respecto a la mujer obedezca de forma plena y exclusiva a la dote, puesto que en nuestra cultura también ha existido en el matrimonio ese modelo de sumisión de la esposa sin que mediara pago alguno por parte del esposo. Y, referente al singular modo de prestación del consentimiento de la mujer en el islam, ha de indicarse que el representante actúa en nombre de aquella, de manera que la convención matrimonial “no será válida hasta que la mujer acepte al hombre que el mandatario la propone para futuro marido”¹²; además, “si conviniendo el matrimonio con la persona

¹² Cfr. ESTÉVEZ, T., “Derecho civil musulmán”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, pág. 388

indicada por la mujer, se excediera en sus atribuciones aceptando o acordando condiciones no estipuladas expresamente por la mujer, ésta no queda ligada por la promesa del mandatario interviniente”.¹³

Sin embargo, olvida el sector doctrinal que apoya la equiparación, que el matrimonio difiere de la compraventa en que en ésta se precisa el elemento intencional, de manera que no habrá transferencia de propiedad ni obligación de pago de precio si la palabra no va acompañada fehacientemente de la intención que corresponde a su sentido técnico, mientras que el matrimonio se constituye, con independencia de la intención, cuando se emita la fórmula preceptiva al efecto, dado que aquella se presume.

Además de los requisitos ya citados, existe otro que debe ser mencionado porque, aunque no sea esencial, es requerido como exigencia de publicidad de la figura matrimonial. Nos referimos a la necesidad de dos testigos que presencien el intercambio consensual. Elemento que asemeja este específico matrimonio en su aspecto formal a los matrimonios occidentales.

2.2. Características y del matrimonio islámico.

En este apartado, se destacarán las características que resultan culturalmente peculiares, como son, la poligamia en su faceta de poliginia y la perpetuidad del vínculo. En cuanto a la poligamia, se pretende profundizar como elemento “extraño” en nuestro entorno jurídico y de intentar encontrar las posibles causas que la justifican; y en cuanto a la perpetuidad, la analizaremos no por lo que tenga de especial en sí misma para nosotros, sino por lo que tiene de distinta la manera en que ésta se predica en el islamismo.

2.2.1. La poligamia

Un dato que se encuentra recogido por todos los autores que han hecho estudios científicos del matrimonio musulmán, es el de que la ausencia de la exigencia monogámica se contiene en el propio texto del Corán, concretamente en la Sura IV, aleya 3. “Y si teméis no ser equitativos con los huérfanos, 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 evitareis mejor obrar mal”. Según este texto el hombre musulmán

¹³ ESTÉVEZ, T., Op. Cit, pág. 388

puede contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres al mismo tiempo. Es necesario advertir que la disposición coránica supuso en su tiempo un avance en materia de familia, ya que en la sociedad tribal preislámica los jefes tenían hasta diez mujeres, suponiendo, por tanto, el límite de cuatro mujeres una verdadera revolución social que supuso un significativo freno a la libertad del varón en este mundo musulmán.¹⁴

Para que esos matrimonios sean válidos es preciso que se respete determinada condición y que no se incurra en impedimento.

La condición que ha de concurrir para que el musulmán pueda proceder a contraer un segundo o sucesivos matrimonios consiste, según el Corán, en que el marido esté en la disposición económica necesaria para que pueda tratar por igual materialmente a todas sus mujeres. Esto es, el marido musulmán ha de tener atendidas de manera equitativa a sus esposas en cuanto a alimentos y residencia, de manera que si aquél no puede comprometerse a mantener más que a una ese será su límite¹⁵. Condición interpretada en sentido objetivo sólo pudiendo verificarse por el esposo o por el Qadí. Por lo que respecta a los impedimentos para el caso de segundo o ulteriores matrimonios, además de los que le afectan de forma común, existen algunas prohibiciones específicas. Por ejemplo, en el caso de que superen cuatro esposas, se estiman nulas las demás uniones maritales que se excedan de cuatro y estas uniones serán consideradas como de concubinato.

Centrándonos en esas prohibiciones específicas, hay que concretar que existiendo ya un matrimonio, éste no puede simultanearse con otro cuando la que se pretende como nueva cónyuge tenga estrecha relación de parentesco con la cónyuge, tampoco es posible quebrantar las limitaciones que el Derecho impone a la mujer repudiada, propia o ajena. La razón por la que la doctrina de forma mayoritaria justifica esta permisión de la poligamia, la posibilidad de simultanear matrimonios, no es otra que la fuerte exigencia sagrada que recae en todo musulmán de cuidar y atender materialmente a los niños en caso de orfandad, concretamente a los huérfanos de hermanos o amigos, y la reforzada garantía de tutela que dogmáticamente se impone respecto de una viuda que la conforman en una cuasi obligación de vincularse con ella maritalmente.

¹⁴ ESTÉVEZ, T., "Derecho civil musulmán". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, pág. 367

¹⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "La celebración del matrimonio religioso no católico". Tecnos, Madrid, 1999, pág. 70

Actualmente, las legislaciones civiles de los Estados islámicos están tendiendo a restringir la poligamia o incluso, prohibirla. Las razones son la presión del mundo occidental, la mejor posición y educación de la mujer, la proliferación de hijos no deseados y el aumento de los conflictos familiares en materia sucesoria en las clases más pudientes en unas circunstancias socioeconómicas menos favorables que las de antaño. Las fórmulas que se están llevando a cabo para conseguir dicha finalidad son las de: facilitar a la primera esposa la solicitud del divorcio, exigir autorización del Tribunal religioso, o incluso la de prohibición, como es el caso de Túnez. Sin embargo, debe tenerse muy presente que todas estas restricciones a la poligamia son contrarias al Derecho islámico clásico, y su incumplimiento, al celebrarse segundo matrimonio haciendo caso omiso de ellas, no implican, a nuestro entender, la nulidad matrimonial de ninguno de los vínculos generados hasta el límite legal de cuatro, aunque civilmente carezcan de reconocimiento e incluso incurran en sanción civil.

2.2.2. La perpetuidad del vínculo

Es una propiedad del matrimonio musulmán, aunque es en esencia temporal, ya que está permitido el divorcio y el repudio, sin embargo, no implica contradicción alguna con la consideración de que el mismo sea, por su propia naturaleza, un instituto religioso de carácter perpetuo, en el que contraen matrimonio para siempre¹⁶. Perpetuidad que se produce en el momento en que los cónyuges prestan su consentimiento, con independencia del devenir negativo de la relación conyugal que dará lugar a la ruptura de la misma. Esas formas de disolución del vínculo, están perfectamente contempladas en el Corán, el cuál dedica suras a la forma y a las condiciones que han de ser tenidas en cuenta para proceder a esa disolución del vínculo.

2.3. Elementos formales

2.3.1. Dote o sadac

Desde los orígenes del Derecho islámico se hacía preciso, para celebrar matrimonio que, el novio, o bien, su padre o tutor, en caso de que este fuera impúber, entregara a la familia de la futura mujer una cantidad de dinero o bienes para obtener su aceptación a la

¹⁶ Cfr. GIMENEZ COSTA, A., “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español”. Artículo publicado en la Revista Universidad de la Rioja. La Rioja, 2004, pág. 6

propuesta matrimonial. La dote es un requisito esencial del matrimonio, si bien éste cuando resulte nulo por no mencionarla es susceptible de ser convalidado a posteriori, máxime en caso de consumación, subsanando el defecto¹⁷.

Técnicamente la doctrina jurídica islámica clásica está dividida en orden a la determinación del objeto de la dote. Para unos esa entrega ocultaba el pago por el cuerpo de la mujer, mientras que para otros constituía una compensación a la misma en razón de la facultad que se le concede al esposo para que goce de ella. Es esta última función la que encuentra mejor fundamento ante circunstancias tales como que la esposa reciba el total de la cuantía de la dote al morir el esposo, con independencia de la consumación, o cuando sea repudiada antes de verificarse la consumación¹⁸. Más recientemente se han ofrecido otras razones que justifican, desde una óptica occidental, la donación nupcial. Estas son: servir a modo de obstáculo que limite en lo posible el ejercicio arbitrario del repudio; y asegurar el mantenimiento de la esposa en caso de disolución del matrimonio, pues la mujer tras la ruptura matrimonial y transcurrido el retiro legal o *ida* no tiene derecho a ser mantenida.

La cantidad entregada como dote ha de ser dividida en dos partes, división que ha de quedar fijada en el acuerdo matrimonial. Una de ellas, la denominada *nacd* o parte de la dote adelantada, ha de ser entregada al walí como mandatario de la mujer o a ella misma para que disponga libremente; y la otra, *cali* o parte de la dote aplazada, permanece en poder del esposo hasta tanto se extinga la relación matrimonial, ya por muerte del esposo o por repudio, en cuyo caso, salvo excepciones, habrá de ser entregada a la mujer.¹⁹

En las estipulaciones del acuerdo matrimonial han de contenerse necesariamente aquellas específicas cláusulas que identifiquen la dote y todos sus aspectos: cuantía,²⁰

¹⁷ ABENMOGUIT, “Formulario notarial. Capítulo del matrimonio”, trad. Y estudio crítico por S. Vilá en Anuario de Historia del Derecho Español (A.H.D.E.), T. VIII (1931), págs. 27 y 28.

¹⁸ ABENMOGUIT, op. Cit, pág. 57. “Pudiendo verse claramente por todo lo expuesto que la dote no es una compensación del cuerpo, sino tan sólo un don nupcial que Alá concede a los esposos de los bienes de sus maridos para enaltecer el estado conyugal nacido entre ambos, en cumplimiento de lo que Alá ordena a los esposos”.

¹⁹ GIMENEZ COSTA, A., op. Cit, pág. 10

²⁰ ABENMOGUIT, op. Cit, pág. 23. “Se llama dote de paridad la que en una época y localidad determinadas sería usual entregar a una mujer de condiciones análogas (rango, edad, belleza, etc.) a la que contrae

modalidad, fórmulas de hacerla efectiva, cantidad que corresponde al *nacd* y al *cali*. Pues la falta de mención de algunas de ellas, su cuantía, por ejemplo, por su relevancia pueden determinar la nulidad del matrimonio, sin que nada impida, su convalidación mediante la subsanación del defecto, utilizando la dote de equivalencia.

La dote, para que pueda considerarse válida, debe reunir determinados requisitos, como poseer proporcionalidad, estar determinada, y ser efectiva y real. Su constitución puede recaer sobre cosas de lícito comercio y de valor de mercado, ya sean corporales, incorporales, muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, etc. Además, por lo que se refiere a la proporcionalidad, los autores consideran que aquella no puede ser ridícula o irrisoria, ya que de ser así, no habría dote sino simplemente una apariencia de la misma. También, obviamente, debe ser propiedad del donante, esposo o pariente, y estar en su posesión. En puridad, el efecto sobre el matrimonio de una dote no válida dependerá de las circunstancias de aquél y de la posibilidad de subsanación de los vicios de ésta.

Son diversas las clasificaciones que la doctrina realiza de la dote, amparada en factores empleados para su constitución en la práctica habitual. La dote más usual es aquella que se establece antes de la consumación del matrimonio, llamada convencional. Normalmente ésta se estipula a través de un pacto realizado bien por los propios esposos o por las personas que les representen legalmente. La dote de paridad, llamada también de equivalencia, constituye una medida objetiva consistente en el montante que correspondería entregar habitualmente a una mujer de condiciones análogas a la que contrae matrimonio en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. La convenida por un mandatario que ha recibido del mandante poder para concertar su matrimonio se conoce con el nombre de comisoría, variando la responsabilidad de dicho mandatario en función del carácter de la representación en que actúe. La compensada o *shighar* se da en casos de obligación simétrica de su entrega, esto es, situaciones de doble matrimonio donde hay obligación mutua de entregar dote por ambas familias. La reciprocidad de ser al tiempo deudor y acreedor de la dote, generalmente la torna ficticia. Dote fiduciaria, es una dote no cuantificada cuya determinación se pospone a la celebración del matrimonio, que permite a la mujer negarse a consumarlo hasta tanto no se establezca en forma fehaciente

matrimonio. Tal dote reviste una gran importancia, pues se comprende fácilmente que ha de ser la pauta para resolver las cuestiones que acerca de la dote surjan en el matrimonio”.

su cuantía. La conocida como arbitral es aquella cuya determinación dependerá de un tercero al no existir acuerdo.²¹

2.3.2. Presencia de testigos

La concurrencia de testigos en las nupcias es otro requisito esencial de todo matrimonio. La diferencia entre la intervención de uno y los otros está en la distinta forma o función que realicen en el acto de constitución del matrimonio, pues mientras que la actuación del walí requiere necesariamente una presencia activa en el acuerdo matrimonial, por el contrario a los testigos sólo se les exige que estén presentes en el acto sin intervención, dado que la función específica de los mismos es dar testimonio tanto del intercambio de consentimiento como de los pactos estipulados por las partes. Su misión, por tanto, es la de garantizar la existencia del matrimonio mismo como exigencia de publicidad²² de un acto eminentemente privado, pero con consecuencias que trascienden ese estrecho marco. De hecho en la actualidad a los testigos matrimoniales se les asimila a los notarios, puesto que de *lege data* no es precisa la asistencia a las nupcias de una autoridad religiosa.²³

Respecto de las condiciones que han de concurrir en este preciso requisito formal para entenderlo como válido son: que intervengan dos testigos y que sean de religión islámica. Hay que precisar que para la *Sharia* es necesario que aquellos sean varones, si bien se debe advertir que algún sector *sunnita*, los *hannafitas*, han suavizado esta exigencia permitiendo que la función testifical sea desempeñada también por las mujeres. No obstante, se debe tener en cuenta que nunca pueden ser testigos matrimoniales exclusivamente dos personas de este sexo. Y, por las características del objeto que tiene su asistencia en el matrimonio, acreditarlo, la costumbre ha impuesto que estos sean mayores de edad, libres de condición y actitud y que no sean sordos.²⁴

Aunque este requisito es *ad validitatem* respecto del matrimonio, cabe la posibilidad de convalidar aquél que se celebre sin su concurrencia²⁵.

²¹ GARCÍA BARRIUSO, op. Cit., p. 135

²² PRADER, G., “Il matrimonio nel mondo”, Cedam, Padua, 1970, pág. 29.

²³ *Ibidem* pág. 30. Sin embargo, para los musulmanes de tendencia Shiita, no se requiere a efectos de validez del matrimonio la intervención de los testigos.

²⁴ LINAT de BELLEFONDS, op. Cit., págs. 106-108

²⁵ ABENMOGUIT, op. Cit, pág. 22.

Actualmente, junto a la forma tradicional islámica de matrimonio, la mayoría de las legislaciones civiles de los Estados islámicos prevén una forma de celebración más similar a la tradición occidental que consiste en exigir la presencia en el acto nupcial de una autoridad religiosa (*Mullah, Qadī o Iman*). Ahora bien, debe entenderse que esta forma de celebración no es la única, ni se exige obligatoriamente. En relación con esta última cuestión, interesa poner de manifiesto cómo estas posibilidades diversas de forma de celebración matrimonial no se contemplan en un sentido alternativo en el Acuerdo suscrito por la Comisión islámica de España y el Gobierno español en 1992, pues el texto legal expresamente indica: “Los contrayentes expresaran el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del art. 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad”. A nuestro entender ello implica una transgresión de normas religiosas relativas a los ritos matrimoniales que inciden en el ámbito inviolable que suponen los principios rituales y dogmáticos de un determinado credo religioso. J. MARTINEZ TORRÓN indica al respecto que “la ley islámica requiere, para la válida celebración del matrimonio, la presencia de dos testigos musulmanes, varones y púberes. Sin embargo, en conformidad con lo requerido por el Gobierno español, fundada en razones de certeza jurídica, la Comisión Islámica ha tenido que aceptar que para tener eficacia jurídica el consentimiento matrimonial debe pronunciarse delante de un representante religioso o Imán reconocido por la Comisión, y delante de dos testigos mayores de edad. De tal manera que no se concluye la posibilidad de matrimonios formalmente válidos para el Derecho islámico pero no inscribibles en el registro civil al no estar provistos de los anteriores requisitos introducidos en el Acuerdo”.²⁶

2.3.3. Intervención del wali.

Como hemos visto, es muy importante que la mujer, en el momento de celebrar matrimonio, esté asistida por un mandatario o walí, como requisito imprescindible en orden a la validez formal del mismo según la *Sharia*, y cómo esa figura es encarnada por aquellas personas que guardan con la desposada una relación o bien de parentesco o bien jurídica dentro de un orden jerárquico preestablecido por el Derecho. La mayor o menor amplitud de la facultad de representación de la *nubente* depende, además, tanto de quien efectivamente ostente el cargo de walí, como de la condición personal de la representada.

²⁶ MARTÍNEZ TORRÓN, J. M., “Lo statuto giuridico dell'Islam in Spagna,” *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1996, pág. 74.

Los códigos musulmanes marcan un orden de preferencia, relativo a los hombres de la familia de la mujer que van a llevar a cabo este cargo²⁷, de manera que serán el padre y el abuelo a quienes compete en mayor intensidad el mandato representativo, que incluye el supuesto de prestar consentimiento matrimonial incluso contra la voluntad del representado, siempre que el contrayente, hombre o mujer, sea menor o cuando siendo mujer, a pesar de haber superado la edad de la pubertad, no haya perdido su virginidad aunque haya estado casada previamente.²⁸

Esa amplia facultad, o derecho de *chebr*, se reduce como consecuencia bien de que la mujer se emancipe, cuando tras un matrimonio consumado es repudiada, o cuando alcanza una edad en que resulta difícil que realice un matrimonio.²⁹

2.4. Elementos personales

2.4.1. Capacidad de los contrayentes

La capacidad para celebrar matrimonio se adquiere con la madurez tanto física como psíquica que comporta en la persona el alcance de la pubertad. Esta afirmación está en consonancia con las exigencias de otros ordenamientos, como el canónico, y con la doctrina jurídica matrimonialista en general. Todos ellos consideran el matrimonio como un contrato al que el hombre, en sentido genérico, tiende por su propia naturaleza para la satisfacción de sus instintos y si no hay madurez en el sentido apuntado, no es posible lograrla.

Al igual que hacen otros Derechos, también el islámico fija una concreta edad a partir de la cual se garantiza y refuerza la presunción de haber alcanzado esa pubertad. Edad que representa el límite a partir del cual los contrayentes estarían capacitados para celebrar matrimonio y determinación en la que se mantiene la diferencia entre hombre y mujer. Ese límite viene establecido en quince años para el varón y doce para la mujer.

²⁷ ADAM MUÑOZ, y BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Inmigración Magrebí y Derecho de familia”. Sevilla, 2005. Pág. 148.

²⁸ Aunque ni el Corán ni la Suma hacen referencias a la cuestión, sin embargo sí lo ha hecho la *idjma* en algún *hadith* como el que reza "casad a vuestros hijos cuando ellos sean jóvenes".

²⁹ ABENMOGUIT, op. Cit, págs. 12 y 13.

3. RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ISLÁMICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

3.1. La eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica.

Como ya se ha ido indicando con anterioridad en este trabajo, es el colectivo musulmán el que presenta más problemas de adaptación al Derecho de los estados integrantes de la Unión Europea, de entre todos los distintos grupos culturales que vienen a Europa en busca de una oportunidad de vida mejor a la que pueden encontrar en sus respectivos países de origen. Estos problemas de adaptación se deben, no sólo a los intensos sentimientos religiosos que profesan, sino también a las grandes diferencias que existen entre sus valores culturales y los mismos occidentales.

En este apartado del trabajo se estudiará, por tanto, la eficacia en nuestro Derecho interno y la ley aplicable de aquellos actos o negocios jurídicos celebrados por europeos en el extranjero, así como también aquellos celebrados en el extranjero por extranjeros. Este estudio se supone de gran relevancia puesto que, a día de hoy, son muchos los inmigrantes residentes en España que aún no han obtenido la nacionalidad española y por tanto conservan la nacionalidad de sus países de origen, y que quieren otorgar eficacia en nuestro país a aquellos actos o negocios jurídicos que tuvieron lugar en sus países de origen. En este caso se va a tratar específicamente la eficacia del matrimonio islámico celebrado en el extranjero.

Dicho esto, procede ahora examinar las normas de Derecho Internacional Privado establecidas para aquellos actos o negocios jurídicos cuyo origen es el matrimonio celebrado entre extranjeros en nuestro país conforme a su ley personal o también de aquellos españoles contrayentes del matrimonio en el extranjero conforme a la ley del país en cuestión en el que lo contraigan. En estos dos casos mencionados será necesario delimitar los problemas que se puedan dar con ocasión de la recepción del Derecho islámico en los casos de aplicación de la ley del país de origen de los contrayentes o en los casos en que sea la ley del país en el que tenga lugar la celebración del matrimonio la que se tenga en consideración. En estos dos casos será necesario tener en consideración la clausula del orden público, la cual se detallará con posterioridad.

Resulta conveniente puntualizar, antes de abordar el tema en cuestión, la conversión del Derecho Internacional privado, anteriormente caracterizado por ser reacio

a la aplicación de la ley extranjera, optando en la mayoría de los casos en la aplicación de la ley del foro, evolucionando hoy en día en un Derecho que busca adoptar soluciones más flexibles que tengan en consideración el Derecho extranjero a la hora de resolver los conflictos³⁰.

Como se decía, uno de los factores de conflicto importante a tener en cuenta es la idea del orden público internacional. Este concepto se puede definir como “la superestructura de la comunidad internacional formada por un conjunto de reglas mínimas de conducta necesarias para que las relaciones internacionales sean ordenadas y posibles”³¹.

El orden público va a servir, por tanto, para regular la aplicación del Derecho islámico en nuestro derecho interno, pues como se ha dicho, y como también señala PASTORE, “su función es la de garantizar unos niveles mínimos de seguridad y autonomía individual”.³²

En el tema que nos concierne, el matrimonio islámico, el orden público va a servir como límite para salvaguardar los principios de igualdad, de no discriminación por razón de sexo y y los derechos de la mujer en los procesos de crisis matrimonial. El procedimiento a seguir va a ser el siguiente: en primer lugar se delimitará el contenido del orden público, es decir, los principios del país de origen, o foro, que se quieren proteger y a continuación, el juez en cuestión deberá determinar si el caso concreto que se pretenda resolver no vulnera dichos principios y por tanto es admisible. El grado de intensidad según el cual se aplique la cláusula del orden público va a depender de la vinculación que exista entre la relación jurídica constituida y de las personas que la pretenden hacer admisible, con el país del foro³³. Como consecuencia de la intensidad del grado de aplicación de dicha cláusula, se van a dar casos en la jurisprudencia europea, los

³⁰ MOTILLA DE LA CALLE, A. *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*. 2003 págs. 145 ss.

³¹ VARÓN MEJÍA, A. Orden público internacional y normas «ius cogens»: una perspectiva desde la comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969». *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 2010, no 32. Pág. 221.

³²

PASTORE, F. Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia. *Rivista di diritto internazionale*, 1993, vol. 1, p. 73-117. Pág. 111.

³³ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. 2000. Págs. 49 ss., 181 ss.

cuales se detallarán más tarde en los correspondientes apartados, en los que “en aras de la protección de la identidad cultural de las minorías o terceros de buena fe, la jurisprudencia europea utiliza fórmulas a fin de reconocer ciertos efectos de actos o instituciones contrarios al orden público del foro”³⁴. De esta manera y como se verá mas adelante, se van a dar ocasiones en las que se van a reconocer ciertos derechos de la mujer y los hijos de un matrimonio polígamo así como los derechos de la mujer resultantes del repudio unilateral.

3.1.1. Las normas de conflicto sobre el matrimonio en el Derecho español.

En este apartado se va a analizar la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado español en relación con el matrimonio.

La primera norma de conflicto del ordenamiento jurídico español en relación con este tema se halla recogida en el párrafo 1º del artículo 9 del Código Civil, norma diferenciada por su carácter general y que enuncia lo siguiente: “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte”. Así las cosas, será la nacionalidad de las personas la ley aplicable en estos casos, eso sí, dicha ley tendrá carácter subsidiario en defecto de otras normas de conflicto específicas establecidas en el propio Código Civil.

Continuando con la determinación de la ley aplicable en estas situaciones, el apartado segundo de este mismo artículo del Código establece que “los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documentos auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Resulta conveniente destacar la flexibilidad que se puede apreciar en este segundo apartado del artículo 9 del Código Civil, dando una mayor autonomía a los cónyuges en cuanto a la elección de la ley aplicable, a pesar de que seguir siendo “fueros jerarquizados

³⁴ BORRAS RODRÍGUEZ, A. La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico. BORRÁS, A. *Ymernissi, S. El islám jurídico Europa, Barcelona, 1998.* Pág. 191 ss.

y excluyentes y no puramente electivos”, como bien señala QUIÑONES ESCÁMEZ³⁵. Siguiendo las líneas de esta autora, la aplicación de este artículo permite a los cónyuges mantener su identidad culturalmente hablando, y en el caso que nos concierne, el del matrimonio islámico, se permite a los cónyuges musulmanes la aplicación de su ley personal siempre y cuando no se vulnere la clausula del orden público antes explicada. Sin embargo, este artículo no permite a los cónyuges optar por la aplicación de la ley española en aras de mostrar su intención de integración en la sociedad española.

Por su parte, el apartado tercero del artículo 9 del Código parece dar mayor autonomía a los cónyuges en materia de régimen económico matrimonial, desarrollando lo siguiente: “Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.”

Finalmente, el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010³⁶, por el cual “ se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, determina en su artículo 5, , una última norma de conflicto en relación con las separaciones y los divorcios, fijando como ley aplicable lo siguiente: “ Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del ultimo lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aun resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro.” Estas normas contenidas en este nuevo reglamento han desplazado la norma aplicable anterior al mismo, que era la contenida en el artículo 107 del Código Civil, que tal y como señalan CARROSCA GONZÁLEZ y CALVO CARAVACA³⁷, funcionaba de la siguiente manera: en el caso de que hubiere ausencia de nacionalidad común entre los cónyuges, se permitía realizar *forum shopping* para determinar cual va a ser la ley aplicable por la que se va a regir el

³⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. 2000. Pág. 44.

³⁶ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010

³⁷ CALVO CARAVACA, A; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española. *Actualidad Civil*, 1998, no 6, p. 129-140.

divorcio o separación de los cónyuges y que más tarde debería obtener el *exequatur* por parte de los tribunales españoles.

Se observa por lo tanto, a nivel europeo, un avance en cuanto a la permisividad de la elección de la norma aplicable, dando opción a los cónyuges, que se quieren separar o divorciar, a designar la norma aplicable según su voluntad.

3.1.2. La capacidad de las partes para contraer matrimonio y su eficacia en el ordenamiento español

En este apartado se van a analizar aquellos rasgos del matrimonio regulado en el Derecho islámico que pueden causar problemas a la hora de reconocer dichos matrimonios en nuestro ordenamiento jurídico. Específicamente se va a examinar el impedimento por razón de la edad de los contrayentes, el impedimento de vínculo (la poligamia), el impedimento por religión (matrimonio entre un musulmán y un no musulmán) y por último se estudiará el reconocimiento que hace nuestro ordenamiento con respecto a la dote.

Se va a hacer referencia en su mayor parte a las legislaciones de los países del Magreb, puesto que es el origen de la mayoría de las migraciones de España.

3.1.2.1. Impedimento de la edad

Comenzando por el impedimento de edad, los Códigos de leyes tanto de Túnez, Argelia y Marruecos obligan a que ambas partes contrayentes manifiesten su consentimiento, dando paso a una mentalidad más abierta con respecto a la legislación anterior, que admitía que los padres o tutores de los menores de edad les representasen a la hora de dar el consentimiento.

Como se ha dicho en el epígrafe anterior, en el ordenamiento jurídico español es el artículo 9.1 el que establece la ley aplicable en relación con la capacidad para contraer matrimonio, determinando que será la ley personal de la nacionalidad de los contrayentes la aplicable. Así las cosas, un matrimonio de musulmanes extranjeros válidamente constituido según las leyes del Derecho islámico sería, en principio, también válido en el ordenamiento jurídico español. Se dice en principio, puesto que para un matrimonio de musulmanes extranjero sea reconocido en el Derecho español será necesario atender a la

clausula del orden público del ordenamiento jurídico español, que tan solo admitirá como válidos aquellos matrimonios cuyos contrayentes tengan una edad mínima. Esta restricción se halla recogida en el párrafo 1º del artículo 46 del Código Civil cuando enuncia que no podrán contraer matrimonio los menores de edad no emancipados³⁸.

Con referencia a esta problemática se considera relevante hacer mención a la Resolución de 23 de febrero de 1989 de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN)³⁹, en la cual se resuelve el caso de dos cónyuges marroquíes, que más tarde obtuvieron la nacionalidad española, cuyo matrimonio se celebró en referido país. Según pudo comprobarse en el certificado de matrimonio expedido por la autoridad marroquí, la mujer contaba con trece años de edad en el momento en el que contrajo matrimonio. Como se ha explicado con anterioridad, en el Derecho islámico tradicional esto era permitido en aquel entonces. Este caso fue resuelto de forma favorable, permitiendo la inscripción en el Registro Civil puesto que en esa época estaba vigente el artículo 83.1 que permitía contraer matrimonio a partir de la edad de doce años. Si este caso se hubiese producido después de la reforma del Título IV del Código Civil, no hubiese sido posible su inscripción en el Registro, ya que como se ha dicho con anterioridad, el artículo 46 de este Código establece la prohibición para contraer matrimonio de los menores de edad no emancipados⁴⁰.

3.1.2.2. Impedimento de vínculo

Tal y como se ha adelantado previamente, el Derecho islámico contiene una de las instituciones más controvertidas de la realidad actual, a raíz de la cual se permite un régimen familiar en el que el varón tiene opción a tener hasta cuatro mujeres. Como se decía, la poligamia encuentra su fundamento en el Corán. Como consecuencia de las fuertes migraciones de personas procedentes de Marruecos, en su mayor parte, y de otros países como Argelia y Túnez, los tribunales españoles están obligados a hacer frente a los problemas que derivan del intento de inscripción en el Registro Civil de matrimonios islámicos de forma poligámica.

³⁸ MOTILLA DE LA CALLE, A. *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*. 2003. Págs. 153-154-

³⁹ Resolución de 23 de febrero de 1989, DGRN (1992)

⁴⁰ ESPINAR VICENTE, J. *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*. 1996. Pág. 124

La Constitución Española establece en su artículo 32.1 el principio monogámico del matrimonio, al enunciar los siguiente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Así también, el Código Civil establece este mismo principio en el artículo 46.2.2 al disponer que no podrán contraer matrimonio aquellas personas que “estén ligadas por vínculo matrimonial”. Por último, el Código Penal tipifica como delito el matrimonio poligámico en su artículo 217 cuando dice: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.” La bigamia o la poligamia está tipificada como delito en el ordenamiento jurídico español pues supone una infracción del orden público del foro⁴¹. Concretamente, en el ordenamiento jurídico español, la poligamia estaría atentando directamente contra los derechos fundamentales de la igualdad y no discriminación y de manera más indirecta, contra la moralidad pública, todo inclusive en la cláusula del orden público del ordenamiento español.⁴²

Tal y como postula LLAMAZARES⁴³, se atiende al derecho de la libertad religiosa cuando se quiere delimitar el alcance de la poligamia en el ordenamiento jurídico. El derecho de la libertad religiosa, como se ha dicho, viene recogido en el artículo 16.1 de la Constitución, la cual otorga libertad a los ciudadanos para profesar la creencia religiosa que quieran, y sin embargo, en el caso de la poligamia, al atentar contra el orden público, no forma parte del contenido de este derecho fundamental de libertad religiosa. Esta visión es también apoyada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual defiende que el hecho de no reconocer los efectos jurídicos de un matrimonio poligámico no conlleva la vulneración del derecho de libertad religiosa. Por tanto se puede concluir que el ordenamiento jurídico español no admite la institución de la poligamia, denegando en la mayor parte de los casos la validez de este tipo de matrimonios. Sin embargo, existen casos, aunque pocos, en los que los tribunales han aplicado el orden público atenuado en relación con las pensiones de viudedad resultantes de la muerte del cónyuge del matrimonio poligámico. Un ejemplo perfecto para estos casos de orden público atenuado es la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

⁴¹ RODRÍGUEZ, J. Poligamia: Libertad religiosa y discriminación de la mujer. En *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2001. Págs. 746-760.

⁴² LEMA TOMÉ, M. Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones internacionales*, 2003, vol. 2, no 2. Págs. 149-171.

⁴³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia. Tomo I*. 2002. Págs. 294-296.

Superior de Justicia de Galicia, con fecha el 2 de abril de 2002 (AS 889/2002)⁴⁴, en la cual se resuelve un supuesto de un hombre de nacionalidad senegalesa que contrajo matrimonio en su país, con dos mujeres, con arreglo a las leyes de dicho país. El matrimonio reside en España en el momento en el que el marido de ambas mujeres fallece, y en consecuencia, dichas mujeres solicitan las respectivas pensiones de orfandad y viudedad. En un primer lugar, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) rechazó tal petición ante la cual las viudas interpusieron una demanda ante el Juzgado de lo Social, el cual resolvió diciendo que la pensión habría de dividirse entre ambas mujeres. Las viudas interpusieron un recurso de suplicación ante esta segunda resolución ante el Tribunal Superior de Galicia, el cual tuvo que analizar la posible validez del matrimonio poligámico celebrado en el país de origen de las mujeres, así como el alcance que habría de tener la pensión de viudedad. Este tribunal resolvió optando por hacer un reconocimiento parcial del matrimonio poligámico, con el fin de que se pudiesen reconocer las pensiones de viudedad y orfandad, estableciendo que la pensión sería repartida entre ambas mujeres. Aquí se pudo observar una aplicación más flexible de la clausula del orden público del foro, es decir, un orden público atenuado. Esta solución dada por el Tribunal Superior de Justicia no pretendía defender la institución de la poligamia, sino prevenir la desprotección de la parte débil del caso, es decir, las dos viudas⁴⁵. Más tarde, en el apartado correspondiente a la inscripción del matrimonio extranjero en el Registro Civil, se analizarán los problemas que derivan de la voluntad de los extranjeros musulmanes de que su matrimonio poligámico celebrado en sus países de origen tenga efectos civiles en el ordenamiento jurídico español.

3.1.2.3. Impedimento de religión

El Derecho islámico permite a los varones contraer matrimonio con una mujer musulmana, cristiana o judía y sin embargo prohíbe a la mujer contraer matrimonio con un varón que no sea musulmán. Parece bastante claro que cualquier intento de eficacia de estas disposiciones del Derecho Islámico en el ordenamiento jurídico español se vea truncado por la clausula de orden público, puesto que se da una desigualdad entre sexos

⁴⁴ TSJ Galicia (Sala de lo Social), sentencia núm. 889/2002 de 2 de abril.

⁴⁵ LEMA TOMÉ, M. Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones internacionales*, 2003, vol. 2, no 2. Págs. 149-171.

y contraviene además lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 32 de la Constitución: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.⁴⁶

Este tema se trató en una Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1999⁴⁷, que resolvía el caso de un ciudadano alemán y una ciudadana marroquí, divorciada, que deseaban contraer matrimonio en España. Ante esto el encargado del Registro Civil pidió un informe al encargado en Marruecos sobre la capacidad de la mujer para contraer de nuevo matrimonio, según el Derecho de ahí. El encargado marroquí denegó tal capacidad al no ser el contrayente de nacionalidad musulmana. La DGRN alegó que esta denegación es contraria al orden público y por tanto la ley aplicable sería la del foro.

3.1.2.4. La dote

Como se explicaba en epígrafes anteriores, la dote se define como la obligación por parte del marido, derivada del matrimonio, de entregar a la mujer una aportación patrimonial bien constituida por bienes o por dinero.

Con carácter general, los problemas derivados de la dote suelen producirse cuando la dote es entregada en un momento posterior a la celebración del matrimonio. Al no preverse este tipo de institución en el ordenamiento jurídico europeo, los tribunales europeos han resuelto estos casos de forma variable. En cuanto a los tribunales españoles, estos se basan en lo dispuesto en artículo 9.2 del Código Civil, “los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”, para reconocer los efectos plenos de la dote cuando la mujer reclama el cumplimiento de la misma. El reconocimiento de los efectos de la dote no supone ningún problema en nuestro ordenamiento puesto que no se trata de una

⁴⁶ RUIZ DE ALMODÓVAR, C. Estudio comparado de los códigos magrebíes de estatuto personal. *Gema Martín Muñoz (Comp.), Mujeres, Democracia y Desarrollo en el Magreb, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1995, Pág. 204.*

⁴⁷ Resolución de 10 de junio de 1999, DGRN (1999)

vulneración de la clausula del orden público y por tanto, esta institución no tiene mayor relevancia para el derecho español.⁴⁸

3.1.3. Inscripción del matrimonio islámico con elementos de extranjería en el Registro Civil.

En este apartado se va a tratar la inscripción del matrimonio islámico en el Registro Civil, en aquellos casos en los que se dan elementos extranjeros en el mismo.

A la hora de inscribir un matrimonio que contenga un elemento de extranjería, bien sea la nacionalidad de aquellas personas que van a contraer el matrimonio, bien sea su lugar de celebración (fuera de España), es necesario la verificación de la capacidad para contraer matrimonio, capacidad que se comprobará según lo establecido en la ley de la nacionalidad de los contrayentes. Esta regla se obtiene de la aplicación de forma extensa del artículo 9.1 del Código Civil que han ido dando las resoluciones de la DGRN así como la jurisprudencia. A diferencia de la celebración del matrimonio islámico en España, en el cual es necesario que se instruya un expediente previo matrimonial, en el cual se verifica la capacidad de los contrayentes; cuando dicho matrimonio es celebrado en un país extranjero, no se da la necesidad de constituir tal expediente, pues la verificación de la capacidad tendrá lugar en un momento posterior, concretamente, cuando se proceda a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

Comenzando por los casos en los que la nacionalidad de ambos contrayentes es diferente a la española, tendrán la posibilidad de celebrar su matrimonio de forma islámica, no solo conforme a su ley personal, sino que también tendrán opción de celebrar su matrimonio conforme a las normas fijadas para los contrayentes de nacionalidad española. En estos casos, es posible que dicho matrimonio islámico sea válido en España, aunque no se cumplan los requisitos fijados en el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comunidad Islámica de España de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre⁴⁹. Esto último será así, siempre y cuando esté reconocido como válido en la

⁴⁸ ZABALO ESCUDERO, E. Efectos del matrimonio y sociedad multicultural. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, 2000. Pág. 16 ss.

⁴⁹ El artículo 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comunidad Islámica Española establece los siguientes requisitos: 1. Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.

Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad.

Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro

ley personal de los contrayentes. Un ejemplo de este caso es la Resolución de 31 de mayo de 2007 de la DGRN⁵⁰, en la cual se acepta como válida la celebración de un matrimonio (islámico) consular por parte de dos ciudadanos de origen marroquí sin haberse promovido la instrucción del expediente previo matrimonial. Este matrimonio fue celebrado sin expediente previo, si bien es válido para su inscripción en el Registro Civil puesto que fue llevado a cabo en territorio español, según apoyan los artículos 1.9 y 15 de la Ley del Registro Civil (LRC). Tal y como establece el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil (RRC), en un momento posterior a la celebración del matrimonio, los contrayentes habrán de presentar un certificado de capacidad que será expedido por el encargado del país de celebración, el cual será revisado y comprobado por el encargado del Registro Civil, quien se cerciorará de que se cumplen los requisitos para que dicho matrimonio sea considerado válido en el ordenamiento jurídico español.⁵¹

Siguiendo ahora con los casos en los que se celebra el matrimonio islámico en otro país, según lo dispuesto en el artículo 49 del Código Civil, para la inscripción de dichos matrimonios en el Registro Civil será necesario que al menos uno de ellos sea de nacionalidad española, puesto que solo pueden acceder al Registro aquellos supuestos que tengan lugar en territorio español o involucren a ciudadanos españoles, según enuncia el artículo 15 del RCC. Así las cosas, el matrimonio extranjero podrá ser considerado válido atendiendo a las leyes del lugar de celebración del mismo. En el caso del matrimonio islámico celebrado en otro país, éste será válido en España tanto si resulta válido conforme con las leyes del lugar de celebración, como si cumple los requisitos

Civil.

2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación.

3. Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél, enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

4. Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción del matrimonio celebrado conforme al presente Acuerdo podrá ser promovida también en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior.

5. Las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil, previa audiencia de la Comisión Islámica de España.

⁵⁰ Resolución de 31 de mayo de 2007, DGRN (2007)

⁵¹ BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 2015, vol. 7, no 2. Págs. 396-396.

establecidos en el mencionado artículo 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comunidad Islámica de España. Para que estos matrimonios islámicos celebrados en el extranjero puedan tener acceso al Registro Civil, es necesario que se expida un certificado del registro extranjero o un expediente que acredite la forma de celebración del matrimonio, según lo expuesto en el artículo 23 de la LRC y los artículos 256 y 257 del RRC. Así también, es necesario que aparezcan en dichos expedientes todos los datos necesarios para que pueda validarse la capacidad de los cónyuges, de lo contrario, no podrá producirse la inscripción del matrimonio⁵².

Por último, resulta conveniente cuestionarse qué es lo que ocurre cuando se celebra en el extranjero un matrimonio según la forma islámica entre dos personas también de nacionalidad extranjera, dado el aumento de los flujos migratorios en España procedentes de los países del Magreb. Puesto que no hay ningún artículo en el Código Civil que trate de manera específica este aspecto, se sigue lo dispuesto en el artículo 50 del mismo código, por analogía: “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”. Sin embargo, aunque este tipo de matrimonio pueda considerarse válido en el ordenamiento jurídico español, siempre y cuando éste se haya celebrado respetando lo dispuesto en la ley del lugar de celebración del mismo, no va a proceder su inscripción en el Registro Civil hasta que uno de los dos cónyuges adquiera la nacionalidad española (art. 15 LRC).⁵³

3.1.4 Inscripción del matrimonio polígamo.

En continuación con el apartado anterior, en este epígrafe se va a hacer una breve mención a las dificultades que presenta la inscripción de los matrimonios islámicos de carácter poligámico.

La DGRN ha resuelto en numerosas ocasiones el típico caso de un matrimonio islámico celebrado en Marruecos conforme a la ley del lugar de celebración (la ley

⁵² MOTILLA DE LA CALLE, A. *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*. 2003 págs. 173-174.

⁵³ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 2015, vol. 7, no 2. Pág. 397

islámica en estos casos) y en el cual con posterioridad sus constituyentes adquieren la nacionalidad española para que éste pueda acceder al Registro Civil. En el caso de que se descubra en la documentación que se ha de aportar para su inscripción que el marido estaba casado con anterioridad, será imposible la admisión en el Registro del segundo matrimonio, puesto que se está alterando la clausula del orden público. Es por esta clausula que no se va a aplicar la ley personal de los contrayentes.

Este impedimento de acceso al Registro se da también cuando un ciudadano español, ya casado, contrae segundo matrimonio con una mujer marroquí en Marruecos, lo cual está permitido según la ley del lugar de celebración, y a continuación pretende inscribir dicho matrimonio en el Registro. Para el ordenamiento jurídico español, este segundo matrimonio no existe y menos aun es válido, por darse el impedimento de ligamen explicado en apartados anteriores.⁵⁴

3.1.5 El repudio unilateral

La *Sharia* utiliza el término *Talaq* cuando hace referencia a las formas en las que se puede disolver un matrimonio celebrado bajo la misma, de forma que el repudio se hallaría englobado bajo este término, refiriéndose específicamente a “la disolución del matrimonio islámico por un acto de la voluntad del marido con o sin el consentimiento de su esposa o a petición suya”, definición que se ha ido acuñando a raíz de las resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo acerca de la disolución del matrimonio islámico.⁵⁵

Tal y como explica QUIÑONES ESCÁMEZ⁵⁶, existen básicamente dos tipos de disolución del matrimonio islámico: el repudio y el divorcio. Antes de explicar ambos conceptos, es importante señalar que la ley islámica no obliga al marido a realizar un divorcio judicial, sino que solo es la mujer la que, en caso de que quiera disolver su matrimonio, debe probar una de las causas establecidas en la ley islámica ante los tribunales.

⁵⁴ JUÁREZ PÉREZ, P. Jurisdicción española y poligamia islámica.:¿ Un matrimonio forzoso?. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2012, no 23, p. 13-14

⁵⁵ PEREZ ALVAREZ, S. Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español. *{136'Ilu*, 2008, no 13. Pág 193

⁵⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. 2000. Págs. 70 ss.

Dicho lo anterior, el divorcio en el derecho musulmán supone que sea la mujer quien quiera disolver el matrimonio y para ello deba probar unas de las cinco causas para la obtención del mismo. Estas causas son: la falta de sustento, vicio recalcitrante, sevicia, ausencia del marido y promesa de continencia o abandono del débito conyugal. No resulta conveniente adentrarse en el significado de cada una de estas causas puesto que el tema que concierne ahora es el del repudio unilateral.

El derecho musulmán establece la forma en la que el marido puede repudiar a la mujer, y explica que si el marido formula la petición del repudio tres veces consecutivas, se produce la disolución definitiva del matrimonio. Esta establecido en el Corán que el repudio no sea instantáneamente irrevocable, sino que se recomienda que se establezca un plazo (tres meses) para que el marido reflexione acerca de su decisión, de forma que en es plazo el repudio va a ser revocable. En el caso de que pase el plazo de tres meses y el marido no haya revocado el repudio, el matrimonio se disuelve con carácter irrevocable. En el caso del divorcio, éste será siempre revocable.

También puede ocurrir que el marido repudie a su mujer a petición de ésta, siempre que aquel esté de acuerdo. En éste último caso, el repudio será irrevocable.

De esta explicación se puede concluir que el repudio unilateral corresponde al caso en el que el marido decide poner fin a su matrimonio, sin tener en cuenta la voluntad de su mujer, lo cual se traduce en una figura con un carácter discriminatorio y de desprotección hacia la mujer. A continuación se va a analizar el tratamiento de esta figura en el ordenamiento jurídico español.

Podría pensarse que dada la desigualdad y la discriminación por razón de sexo que supone el repudio, el mismo estaría vulnerando el orden público internacional, pues sitúa a la mujer en un plano de desventaja, y por tanto no debería verse reconocido en el Derecho español.⁵⁷ Sin embargo, en el caso de que así fuere, las expectativas económicas de la mujer a raíz de la disolución del matrimonio (la compensación que recibe) quedarían defraudadas y por tanto, el hecho de no reconocer el repudio en España sería aun más

⁵⁷ MORENO ANTÓN, M. El matrimonio islámico ante el derecho español. En *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*: [San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000]. Universidad del País Vasco, 2001. Pág. 624

perjudicial para la mujer. Es por esto que, con carácter general, la jurisprudencia suele ser flexible ante el reconocimiento del repudio islámico.⁵⁸

La norma de conflicto establecida para este tipo de casos en el Derecho español, se encuentra recogida en el artículo 5 del Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, en sustitución de lo dispuesto en el artículo 107 del Código Civil, como bien se ha explicado en el apartado referente a las normas de conflicto, y el procedimiento para reconocer sus efectos en el ordenamiento jurídico español era el *exequatur* antes de que se aprobase el Convenio de Cooperación en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de Marruecos y el Reino de España, de 30 de mayo de 1997.

A pesar de reconocer la figura del repudio, el Derecho español no acepta bajo ningún concepto la validación del carácter revocable del repudio, pues en España la figura del divorcio está configurada como irrevocable. Además de la revocabilidad, el carácter privado del repudio también causa problemas para su validación, puesto que en España se exige que la disolución del matrimonio tenga lugar frente a una autoridad pública, mientras que en el Derecho musulmán esto no es necesario, aunque es cierto que cada vez más la decisión del marido de repudiar a la mujer se somete a la supervisión de un juez o de una autoridad pública. Las resoluciones favorables del Tribunal Supremo acerca de esto último dependen de si los *adules*⁵⁹ que van a intervenir en el repudio van actuar como autoridad judicial o como simples fedatarios públicos.

A modo de resumen, pues lo anterior puede resultar contradictorio, según explica PÉREZ ÁLVAREZ⁶⁰, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece la contrariedad del repudio al orden público, y sin embargo, otorga eficacia al repudio unilateral solicitado por la mujer pues como bien dice el dicho tribunal: “lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección

⁵⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo. *AL Calvo-Caravaca/JL Iriarte Ángel: Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000. Pág. 139 ss

⁵⁹ Testigos oficiales

⁶⁰ PEREZ ALVAREZ, S. Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español. *{136'Ilu*, 2008, no 13. Pág 221

de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del *exequatur* se recibiría la sentencia con ese mismo contenido».

Una resolución del Tribunal Supremo (TS) muy significativa acerca de este tema, y en el que aplica el orden público atenuado, es el Auto del Tribunal Supremo del 21 de Abril de 1998⁶¹. En este auto el TS resuelve el caso de una ciudadana española que se casó en El Cairo con un ciudadano egipcio en 1994, y que más tarde repudió a la primera, de forma que ahora la mujer solicita *exequatur* para que se reconozca su divorcio en España. Sin embargo, el acta de divorcio que aporta la mujer es un acta de divorcio revocable, aunque ya han pasado los tres meses de plazo para que el marido reestableciera el vínculo matrimonial, lo cual, tal y como se ha explicado, representaría el carácter irrevocable del divorcio. Además, el marido ha vuelto a contraer matrimonio con otra persona, acta que también se aporta.

En un primer lugar, el Ministerio Fiscal declaró que no se podría otorgar el *exequatur* debido al carácter revocable del acta de divorcio presentada. Por el contrario, el TS resuelve diciendo que es necesario atender a las circunstancias que concurren en ese supuesto y dice textualmente que “aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material” y por lo tanto es necesario tener en cuenta que ha sido la mujer quien ha solicitado el *exequatur*, que ha expirado el plazo de tres meses para revocar el repudio y que el marido ha contraído un segundo matrimonio tras divorciarse de la misma. Ante esta situación el TS considera que no hay que aplicar la cláusula de orden público de forma restrictiva, ya que la situación de desigualdad del repudio unilateral revocable ya no existe, puesto que el marido ya no puede revocar el repudio y finalmente que, si se aplica el orden público de manera restrictiva se estaría perjudicando a la mujer solicitante del *exequatur* en vez de protegiéndola, pues ésta debería acudir a los tribunales españoles para obtener el divorcio cuando éste ya se produjo anteriormente en el Estado de origen.

Se aprecia por tanto una evolución de la jurisprudencia española, antes más

⁶¹ ATS (Sala de lo Civil), núm. 1998\3563, de 21 de abril.

restrictiva con respecto al repudio, hacia un estudio del caso concreto, poniendo más hincapié en el resultado material que en el principio de igualdad.

CONCLUSIONES

La figura del matrimonio celebrado bajo la forma establecida en la ley islámica ha ido tomando relevancia en el ordenamiento jurídico español a lo largo de los años, fruto de los fuertes flujos migratorios de personas procedentes de países musulmanes a España. Estos flujos migratorios suponen un choque de culturas, por lo que la legislación española ha tenido que llevar a cabo un trabajo de adaptación para que, figuras como el matrimonio islámico, sea validado en el ordenamiento jurídico español.

Con el fin de otorgar eficacia civil a los matrimonios islámicos con elementos extranjeros, es decir, aquellos celebrados en España por personas con nacionalidad distinta a la española o aquellos celebrados en un territorio fuera de España, las leyes españolas establecen una serie de normas de conflicto, con el fin de determinar cual va a ser la ley aplicable para estos casos. Estas normas de conflicto ayudan a establecer según que leyes se va a estudiar la validez de los matrimonios islámicos. Con carácter general, la determinación de la ley aplicable no va a suponer ninguna problemática.

Mientras que la celebración del matrimonio islámico en España no supone gran problema, debido al derecho a la libertad religiosa contenido en la Constitución Española, siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados en el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la Comunidad Islámica de España, de la Ley 26/1992, de 10 de Noviembre, la dotación de eficacia de los matrimonios islámicos con elementos de extranjería suponen un reto para la legislación española, pues en ellos se encuentran figuras como la poligamia y el repudio, que no pueden ser reconocidos en el ordenamiento jurídico español, debido a la vulneración del orden público internacional. Para dotar de eficacia civil en España a un matrimonio celebrado bajo la forma islámica con elementos extranjeros va a ser necesaria su inscripción en el Registro Civil, y para ello deberá cumplir ciertos requisitos que demuestren su validez.

Dado que el matrimonio islámico difiere tanto en forma como en contenido del matrimonio español, se dan una serie de impedimentos que hacen que no sea posible

dotarles de validez para su posterior inscripción en el Registro. Estos impedimentos son; impedimentos de la edad, impedimento de vínculo (poligamia), impedimento de religión y la figura del repudio unilateral. Dentro de los mismos, los que más problemas han dado a lo largo de los años en la jurisprudencia europea y española han sido la poligamia y el repudio.

En un primer momento, dado que ambas figuras contradecían al orden público internacional, su presencia provocaba la denegación automática en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, como se ha podido observar a lo largo del trabajo, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la DGRN ha ido evolucionando hacia una aplicación atenuada de la cláusula del orden público internacional, alegando que hay ocasiones en las que, dependiendo de las circunstancias del caso, una aplicación restrictiva del orden público puede tener el efecto contrario al esperado, es decir, hay veces en las que se protegen mejor los intereses de la parte débil del proceso si no se aplica la cláusula del orden público de forma rígida.

Por tanto, y para finalizar la conclusión del trabajo, parece ser que la jurisprudencia española está optando por “abrir su mente” a la comprensión de las circunstancias de las personas, que por razones que ni siquiera ellas han elegido, provienen de países con culturas muy diferentes a la nuestra y que vienen a España en busca de una oportunidad mejor.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DOCTRINALES

ABENMOGUIT, “Formulario notarial. Capítulo del matrimonio”, trad. Y estudio crítico por S. Vilá en Anuario de Historia del Derecho Español (A.H.D.E.), T. VIII (1931).

ADAM MUÑOZ, y BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Inmigración Magrebí y Derecho de familia”. Sevilla, 2005.

BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I. Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 2015, vol. 7, no 2.

BORRAS RODRÍGUEZ, A. La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico. *BORRÁS, A. Ymernissi, S. El islám jurídico Europa, Barcelona*, 1998.

CALVO CARAVACA, A; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española. *Actualidad Civil*, 1998, no 6, p. 129-140.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo. *AL Calvo-Caravaca/JL Iriarte Ángel: Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, Colex, Madrid*, 2000.

CORRAL SALVADOR, C., “Acuerdos España-Santa Sede: Texto y comentario”, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1999.

ESPINAR VICENTE, J. “El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado.” 1996.

ESTÉVEZ, T., “Derecho civil musulmán”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.

GARCÍA BARRIUSO, Derecho Matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos, Instituto de Estudios Africanos, C.S.I.C., Madrid, 1962.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La celebración del matrimonio religioso no católico”. Tecnos, Madrid, 1999.

GIMENEZ COSTA, A., “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español”. Artículo publicado en la Revista Universidad de la Rioja. La Rioja, 2004.

GONZÁLEZ MORENO, B., "El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002.

JUÁREZ PÉREZ, P. Jurisdicción española y poligamia islámica.:¿ Un matrimonio forzoso?. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2012, no 23.

LEMA TOMÉ, M. Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones internacionales*, 2003, vol. 2, no 2.

LINANT DE BELLEFONDS: “Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte”. En RIDC, núm. 7. Francia, 1995.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia. Tomo I*. 2002.

MARTÍNEZ TORRÓN, J. M., “Lo statuto giuridico dell'Islam in Spagna,” *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiástica*, 1996.

MORENO ANTÓN, M. “El matrimonio islámico ante el derecho español.” En *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado: [San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000]*. Universidad del País Vasco, 2001.

MOTILLA DE LA CALLE, A. “El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español”. 2003

PASTORE, F. Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia. *Rivista di diritto internazionale*, 1993.

PEREZ ALVAREZ, S. Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español. *{136'Ilu*, 2008, no 13.

PRADER, G., “Il matrimonio nel mondo”, Cedam, Padua, 1970.

RODRÍGUEZ, J. Poligamia: Libertad religiosa y discriminación de la mujer. En *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. 2001.

RUIZ DE ALMODÓVAR, C. Estudio comparado de los códigos magrebíes de estatuto personal. *Gema Martín Muñoz (Comp.), Mujeres, Democracia y Desarrollo en el Magreb, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1995.*

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. 2000.

VARÓN MEJÍA, A. Orden público internacional y normas «ius cogens»: una perspectiva desde la comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969». *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 2010, no 32.

ZABALO ESCUDERO, E. Efectos del matrimonio y sociedad multicultural. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, 2000.

LEGISLACIÓN

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010.

JURISPRUDENCIA

Resolución de 23 de febrero de 1989, DGRN (1992).

Resolución de 10 de junio de 1999, DGRN (1999).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Galicia, Sala de lo Social, de 2 de abril, 889/2002.

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril, 1998\3563.