

MATRIMONIO ISLÁMICO, ORDEN PÚBLICO Y FUNCIÓN PROMOCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ANA FERNÁNDEZ-CORONADO

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL MATRIMONIO ISLÁMICO: 2.1. *Naturaleza y contenido*. 2.2. *La inserción del matrimonio islámico en el Derecho español*: 2.2.1. Las bases jurídicas del sistema matrimonial español. 2.2.2. La eficacia jurídica del matrimonio islámico: A) La esencialidad de la forma. B) La condición de la capacidad. 2.2.3. Los elementos conflictivos del matrimonio islámico: A) La poligamia: a) Concepto y reconocimiento legal. b) Respuesta del Derecho español a los posibles reflejos jurídicos de situaciones de hecho en relación a la poligamia. B) El repudio: a) Concepto y reconocimiento legal. b) Respuesta del Derecho español a los posibles reflejos jurídicos de situaciones de hecho en relación con el repudio.—3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Islam es una religión monoteísta igual que el Judaísmo y el Cristianismo. Las tres creen en el mismo Dios, aunque le den nombres diferentes y lo entiendan, también, de modo diferente. El Dios de Abrahán es el Dios de la Biblia y el Dios del Corán. Las tres son religiones reveladas y el Judaísmo fue la primera, de modo que se puede afirmar que la religión judía es la madre de las tradiciones cristiana e islámica (1).

El Islam, además de una religión es una civilización y también una comunidad, la *Umma*, con una proyección de universalidad. En este sentido se asimila a la noción de iglesia universal del cristianismo, entendida como comunidad

(1) Vid. STRUCH, J., *Las otras religiones*, Barcelona, 2007, págs. 27-28. El libro en su totalidad constituye un importante campo de estudio para el conocimiento del pluralismo religioso.

ecuménica de todos los fieles (2). La *Umma* se fundamenta en cinco pilares: la creencia en un Dios, *Alá*; la oración cinco veces al día; el impuesto coránico obligatorio para los necesitados; el ayuno del Ramadán; y la peregrinación a la Meca una vez en la vida, si el creyente tiene posibilidades de hacerlo. Algunos autores añaden un sexto pilar, la *Yihad*, que en su consideración más radical equivale a guerra santa, y en la moderada significa el combate o esfuerzo permanente para mejorar como creyente, que, excepcionalmente, también comprendería el derecho a la legítima defensa en caso de ocupación del propio país (3).

La *Sharía* es el sistema normativo del Islam. Es su orden legal. Es un derecho de origen divino, constituido por las revelaciones de *Alá* al profeta Mahoma, recogidas en el *Corán*, y por los hechos y dichos (*hadices*) del profeta, también considerados como fruto de la revelación divina, que constituyen la *Sunna*.

Estas dos fuentes de la *Sharía* (*Coran* y *Sunna*), integran el Derecho islámico originario (4) y contienen la doctrina sobre el dogma, los ritos, los actos de culto y las normas de conducta de obligado cumplimiento por los musulmanes (5).

El Derecho islámico en sentido estricto es la parte de la *Sharia* que trata de los aspectos legales, que al ser aplicados por los poderes de un Estado, vinculan a los ciudadanos religiosa y jurídicamente. La ideología teocrática del Islam hace imposible separar esta ley divina de las leyes civiles que, como son reflejo de ella, no pueden contradecirla, aunque sí interpretarla, lo cual se ha hecho a lo largo de la historia por las escuelas jurídicas islámicas. Hay cuatro escuelas jurídicas *sunnis*, rama a la que pertenecen el 80 por 100 de los musulmanes (6). La otra rama del islamismo, los *chíites*, representan la minoría. La doctrina *sunní* defiende y practica una interpretación y aplicación del *Corán* y la *Sunna* basada, esencialmente, en el consenso de la comunidad, canalizado a través de los expertos en Derecho. La doctrina *shíí*, por el contrario, solo admite como válida la interpretación realizada por los *imanes*, considerados como únicos intérpretes legítimos e infalibles de la revelación divina de *Alá*. La escisión de las dos ra-

(2) *Ibidem*, págs. 192-193.

(3) *Ibidem*, págs. 201-203.

(4) Las fuentes complementarias del Derecho islámico son: el *ijma*, norma jurídica resultante de la interpretación de los ulemas acerca del versículo coránico o la *sunna* aplicable a un caso concreto; la *kiyas*, razonamiento jurídico realizado a través de la analogía; y la *urf-amal* o jurisprudencia, que ajusta el sentido de la ley a las orientaciones de la interpretación doctrinal.

(5) El *Corán* tiene 114 capítulos o suras divididos en versículos o aleyas. No es un auténtico Código de Derecho. Sólo el 10 por 100 tiene carácter jurídico. Contiene la mayor parte de las normas reguladoras del matrimonio islámico y el repudio (suras II y IV). La *Sunna* fue en un principio de transmisión oral y posteriormente escrita (las primeras recopilaciones son del siglo IX).

(6) *Hanafí*, *Hanbalí*, *Malikí* y *Shafíí*.

mas se remonta a la lucha por la sucesión posterior a la muerte del profeta entre el yerno de Mahoma, Alí, y sus oponentes (7).

Este es, a grandes rasgos, el marco confesional donde se encuadrará el matrimonio islámico.

2. EL MATRIMONIO ISLÁMICO

2.1. *Naturaleza y contenido*

No voy a realizar en estas páginas un estudio exhaustivo de la figura del matrimonio islámico, ampliamente estudiado ya por la doctrina (8). Me limitaré a reseñar someramente sus aspectos esenciales, en orden al análisis posterior de su posible eficacia en el Derecho español sobre la premisa de los derechos fundamentales de los individuos.

El Derecho de familia en el Islam pertenece al ámbito privado, al derecho de las personas y es monopolio tradicional de las autoridades religiosas. Está sometido a la jurisdicción de la *Sharía* desarrollada en esta materia, generalmente, en los códigos o leyes relativas al estatuto personal, que realizan diferentes interpretaciones de la norma suprema sobre la base de la escuela jurídica dominante. No hay, pues, una unidad de criterio interpretativo.

Otros aspectos de la realidad jurídica, los considerados de interés estatal o público, han quedado con bastante frecuencia fuera de la jurisdicción de la *Sharía* y han sido transferidos al ámbito del Derecho público, siguiendo la línea de división de poderes propia del mundo occidental (9).

(7) Para un interesantísimo resumen de la historia del Islam, *vid.* MORÁN, G., «La tradición jurídica islámica desde los orígenes del Islam al modelo político-religioso califal: su influencia e interacción cultural en la Europa Medieval», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2006, págs. 577-608.

(8) Para un panorama general sobre el Derecho islámico y el matrimonio islámico, *vid.* NASIR, J., *The islamic law of the personal status*, 3.^a ed., La Haya, 2002; MILLIOT, L., y BLANC, F., *Introduction a l'etude du Droit Musulman*, Paris, 1987; ESTÉVEZ BRASA, M. T., *Derecho civil islámico*, Buenos Aires, 1981; PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia en el Derecho del Estado español», en *ILU. Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 13, 2008, págs. 185-225; COMBALÍA, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, 2001; JIMÉNEZ AYBAR, I., *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra, 2004; MOTILLA, A. (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Córdoba, 2003; CIÁURRIZ, M. J. (coord.), *Derecho de familia islámico. Los problemas de su adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002; QUIÑONES, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000.

(9) *Vid.* LEMA TOMÉ, M., *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 336 y sigs.

Es doctrina mayoritaria que el matrimonio islámico, *nikah*, es un contrato privado que tiene una significación religiosa, al aparecer mencionado en el *Corán* (10). El matrimonio para la religión islámica es el estado perfecto y la vía de legitimación de la descendencia a la que está obligado todo musulmán varón. En consecuencia, constituye una especie de imperativo.

Sus elementos fundamentales son, a grandes rasgos (11), la capacidad física y jurídica para contraer, que se fija en la pubertad (12); la inexistencia de impedimentos (13); el consentimiento, que para la mujer requiere la presencia del *wali* o mandatario, el cual transmite el consentimiento dado por la mujer capaz o lo suple en caso de que aún no tenga capacidad para contraer; la dote que el marido debe entregar a la mujer; y, por último, la presencia de dos testigos o *adules* que actúan como notarios dando fe de la celebración del matrimonio (14). Este último requisito es especialmente significativo, si tenemos en cuenta que según la ley islámica no es precisa la obligatoriedad de asistencia de una autoridad religiosa al matrimonio, aunque por influencia de la concepción occidental de la figura, la práctica totalidad de los países islámicos exigen la presencia de un *imán* o un *cadi*.

Se ha asimilado el matrimonio islámico a la compraventa (15), sobre la base de dos de sus elementos esenciales: la existencia de la dote, configurada en su origen como un pago por el uso de la mujer, y la obligatoriedad para ésta de expresar el consentimiento a través de un representante o *wali*, elementos éstos (entrega de la cosa y representante o apoderado) que suelen estar presentes en el contrato de compraventa. Sin embargo, las diferencias con esta figura son im-

(10) Sura XXIV, aleya 32. *Y casad a los solteros de vosotros...*

(11) Las Leyes de Estatuto Personal de los Estados pueden establecer, y de hecho lo hacen, puntualizaciones, dentro de la norma general.

(12) Quince años para el varón y doce para la mujer como norma general, aunque cabe una menor edad en el caso de los shiítas (nueve y doce años, respectivamente). Es posible, asimismo, establecer una mayor edad en la legislación de los Estados para inscribirlo, adaptándola a la mayoría de edad, a la manera de los Estados de tradición jurídica occidental. *Vid.* ACUÑA, S., y DOMÍNGUEZ, R., «El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho islámico», en MOTILLA, A. (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia...*, *op. cit.*, págs. 25-65, *vid.* págs. 44 y sigs.

(13) Pueden ser permanentes, como consanguinidad, afinidad, adopción, edad, y los temporales, que establecen un plazo de prohibición de contraer en caso de repudio o fallecimiento del cónyuge. Para un estudio pormenorizado de los contenidos del matrimonio islámico, *vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico», en RODRÍGUEZ BENOT, A. (coord.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, págs. 261-342.

(14) La asistencia de testigos tampoco se requiere como requisito de validez para los shiítas.

(15) *Vid.* ACUÑA, S., y DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, págs. 33-34.

portantes, no sólo porque en la actualidad el valor de la dote es indemnizatorio, constituyendo una especie de garantía con proyección de futuro, sino también porque la intervención del *wali* no supe el consentimiento de la mujer, que ha de aceptar al marido propuesto para que el matrimonio sea válido (16).

Pero, sin duda, la diferencia esencial con la compraventa consiste en que el contenido normativo del matrimonio islámico está predeterminado imperativo-formalmente por el derecho y, en consecuencia, queda sustraído a la voluntad de las partes, con lo que su autonomía en este aspecto es mínima y se limita a la elección del cónyuge, supuesto que, por otra parte, es norma común en las legislaciones matrimoniales confesionales, por ejemplo, el matrimonio canónico. En ambos, la institución prima sobre la persona (17). También hay similitudes con el matrimonio canónico en materia de fines. El fin esencial del matrimonio islámico es la procreación legítima, exigida por la propia religión musulmana, al que se unen otros fines clásicos de esta figura (ayuda mutua, remedio de la concupiscencia, etc.).

Por último, los dos elementos esencialmente diferenciadores del matrimonio islámico son la poligamia y el repudio.

La poligamia tiene su fundamento en el *Corán* (*sura* 4, *aley*a 3). Se permite en la mayor parte de los países islámicos, aunque existe una cierta tendencia hacia su restricción o, incluso, prohibición en algunos Códigos de Estatuto Personal, especialmente en el área del Magreb (18). El número máximo de esposas permitidas es de cuatro, sometido a la condición fundamental para el marido de tener las que pueda mantener en condiciones de igualdad (19), lo cual es ciertamente subjetivo y ha propiciado su consideración por la doctrina islámica liberal como una condición imposible (20).

Por lo que respecta al repudio, la expresión coránica de *talak* ha sido empleada habitualmente por la doctrina para referirse a esa figura. Sin embargo,

(16) Vid. ESTÉVEZ BRASA, E., *Derecho civil musulmán, op. cit.*, págs. 388 y sigs.

(17) Vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *El proceso de secularización del matrimonio*, Madrid, 2004, págs. 22 y sigs.

(18) Así, Túnez y Turquía la han prohibido de forma expresa, y el Nuevo Código Marroquí de Familia de 2004 (Ley núm. 7003, de 3 de febrero, la someten a fuertes limitaciones. Vid. sobre el tema RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., «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, Bilbao, 2001, págs. 745 y sigs.

(19) Vid. *Corán*, *sura* 4, *aley*a 129.

(20) Vid. LEMA TOMÉ, M., «Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España», en *Migraciones Internacionales*, vol. 2, núm. 2, México, 2003, págs. 149-170, *vid.* págs. 154-158.

también se ha señalado que tal expresión hace referencia a todas las causas de disolución del matrimonio islámico (21). La razón de estas discrepancias radica en las distintas interpretaciones realizadas por las escuelas jurídicas islámicas. Todas ellas están de acuerdo en considerar que el término *talak* se refiere a la disolución matrimonial por voluntad unilateral del marido, incluso cuando haya previo acuerdo o petición de su esposa a cambio de una retribución económica, pero las diferencias surgen en torno a la denominación o calificación de la disolución matrimonial solicitada por la mujer ante la autoridad del juez eclesiástico o *cadi*. De las diferentes interpretaciones, es la de la escuela *Maliki* que denomina a este supuesto como *talak (talak ad cadi)* la que ha obtenido una mayor anuencia entre la doctrina y es la de mayor acogida en las fuentes del derecho islámico de carácter estatal (22).

En consecuencia, coincido con quienes opinan que *talak* es sinónimo de divorcio, y comprende todas las causas de disolución del matrimonio islámico, mientras que el repudio es la modalidad de *talak* que consiste en la disolución del vínculo por voluntad del marido o a petición o con el consentimiento de la esposa, sin intervención de la autoridad judicial (23).

El repudio tiene su fundamento en el *Corán* (24), aunque no es bien visto por la propia ley islámica (25). Se admite como mal menor, con régimen jurídico variado en lo concerniente al tratamiento de la mujer, y está prohibido en algunos países (26).

Las modalidades de repudio son varias.

El repudio unilateral lo realiza el varón válidamente casado, sin necesidad de motivo y con intención de hacerlo. Puede ser irregular o regular. El primero, *talak-al b'ida*, consiste en tres declaraciones de repudiación realizadas por el

(21) Vid. ESTÉVEZ BRASA, T., *op. cit.*, págs. 437-441.

(22) Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las tradiciones ideológicas islámicas...*, *op. cit.*, págs. 195-196.

(23) *Ibidem*, págs. 196 y sigs., donde se argumenta con detalle esta postura. Para un análisis de las distintas opiniones sobre el tema, vid. LORENZO, P., «Rasgos fundamentales del matrimonio musulmán», en M. J. CIÁURRIZ (coord.), *Derecho de familia islámico. Los problemas...*, *op. cit.*, págs. 29-43, vid. p. 42; QUIÑÓNEZ, A., *op. cit.*, págs. 269-276; ACUÑA, S., y DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, págs. 57-65.

(24) Vid. *Corán*, sura 2, aleya 229.

(25) En los distintos suras coránicas referidos al repudio, se establecen restricciones a la figura y una cierta garantía mínima para la mujer repudiada. Para una síntesis ilustrativa al respecto, vid. LEMA TOMÉ, M., *op. cit.*, págs. 340 y sigs.

(26) La Escuela *Maliki* es la menos discriminadora para la mujer. Se sigue en los países del Magreb. Túnez ha prohibido el repudio en su Estatuto Personal de 1956. Para un análisis de la legislación, vid. LORENZO, P., «Régimen matrimonial en los Códigos sobre el Estatuto Personal en los países del Magreb», en MOTILLA, A. (coord.), *El matrimonio islámico...*, *op. cit.*, págs. 101 y sigs.

marido en un mismo acto. Da lugar a la disolución inmediata del vínculo y es irrevocable. Puede someterse a condición (27). Es contrario a la *Sharía*, pero admitido con carácter general por la doctrina y jurisprudencia de las Escuelas Jurídicas sunitas (28).

El repudio regular o legal, *talak al Sunna*, realizado conforme a la *Sharía*, exige uno o tres pronunciamientos de repudiación por el marido durante uno o tres períodos de pureza de la mujer en el que no existan relaciones sexuales. La disolución del vínculo no es inmediata. Requiere un período de continencia, *iddat*, de tres meses en el caso de que haya habido un solo pronunciamiento de repudiación, o de tres períodos de pureza, en el caso de tres pronunciamientos en tres actos sucesivos. La mujer debe permanecer durante este tiempo en el domicilio conyugal, y el repudio es revocable mientras transcurren estos plazos (29). Una vez cumplidos los requisitos, tiene efectos retroactivos, y se ha de restituir la dote por el marido, que ha de ser completa si el matrimonio no ha sido consumado (30).

Además del repudio unilateral, existe el repudio a petición de la mujer, *talak ala mal*, recogido en el *Corán* (31), y el repudio por mutuo acuerdo. El primero se produce con la solicitud que hace la esposa al marido para que la repudie a cambio de una compensación económica. Supone, en definitiva, una especie de ficción, en la que el esposo delega su facultad de repudiar en la mujer a cambio de un pago que ésta le otorga. Da lugar a la disolución inmediata e irrevocable del vínculo, una vez transcurrido el período de *iddat* de la mujer (32).

Por último, el repudio por mutuo acuerdo, *talak al mubaraha*, consiste en la disolución del matrimonio por consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, cada uno de los esposos puede retractarse de su declaración de repudio, aunque ya haya sido aceptado por el otro. De ahí que puede ser o no revocable

(27) Para un análisis en profundidad de este tipo de repudio, así como de otras modalidades de esta figura, *vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, S., *op. cit.*, págs. 197 y sigs.

(28) No es admitido, en cambio, por la Escuela Jurídica *Shií*. *Vid.* NASIR JAMAL, J., *The islamic law of the personal status*, 3.^a ed., La Haya, 2002, pág. 111.

(29) «Cuando repudiéis a vuestras mujeres y éstas alcancen su término, retenedlas como se debe o dejadlas en libertad como se debe. No las sujetéis a la fuerza en violación de las leyes de Dios...» *Vid. Corán*, sura 2, aleya 236.

(30) Para un detenido análisis de los requisitos de validez, capacidad, forma del acto, compensación económica o *mutta* etc., del repudio y su codificación en el Derecho de distintos países islámicos, *vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, S., *op. cit.*, págs. 201-205 y la bibliografía allí citada.

(31) Sura 2.

(32) La Escuela Jurídica *Shií* y las escuelas *sunnis Hanafi* y *Hanbali* entienden cumplida esta obligación con la simple renuncia de la mujer a las obligaciones pecuniarias del marido derivadas de la disolución matrimonial. Para un estudio completo de estas cuestiones, *vid.* NASIR JAMAL, J., *The islamic law of the personal status*, 3.^a ed., La Haya, 2002, págs. 116 y sigs.

en función de la voluntad de los mismos, y no exige compensación económica alguna (33).

Este breve recorrido por el matrimonio según el Derecho islámico permite constatar que algunos de sus contenidos chocan de lleno con los presupuestos del Estado laico, al ser incompatibles con sus componentes esenciales, separación y neutralidad, y con las consecuencias jurídicas que la categoría de Estado laico comporta para sus ciudadanos.

Conviene recordar, a este respecto, que los componentes de la laicidad descansan sobre un soporte que condiciona el hacer jurídico del Estado que ostenta ese carácter: la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que le son inherentes, que dimanar de esa dignidad en condiciones de igual libertad. Esta concepción de los derechos fundamentales difiere de la de los países islámicos, donde los derechos humanos tienen su fundamento en *Alá*, no en la persona. Son derechos-deber, no derechos-libertad, y se establecen como obligatorios para los gobiernos musulmanes (34).

El choque se hace más evidente en los supuestos de poligamia y repudio que inciden directamente en la igualdad y dignidad de la mujer y en la moralidad pública, sobre todo en el primer caso. Ambas figuras, según veremos, plantean importantes problemas por su contradicción total con la configuración del matrimonio en la tradición jurídica de occidente.

No obstante, es preciso matizar que en aquellos Estados islámicos con tendencia a asimilar los perfiles jurídicos del mundo occidental, ambas figuras se encuentran en crisis, no sólo por motivos económicos, argumento aducido tradicionalmente, sino también por un intento de estos Estados de confluir con los planteamientos occidentales del matrimonio, especialmente en lo relativo a la igualdad de derechos entre los cónyuges, siendo posible afirmar hoy que el tratamiento del matrimonio y, en general, del derecho de familia ha evolucionado sustancialmente en dirección de esa igualdad y esa libertad aunque sigue siendo discriminatorio (35).

(33) *Vid.* ESTÉVEZ BRASA, J., *op. cit.*, pág. 458. La eficacia y los pormenores de esta figura en las distintas Escuelas Jurídicas islámicas puede consultarse en PÉREZ ÁLVAREZ, S., *op. cit.*, págs. 208 y sigs.

(34) *Vid.* Preámbulo de la Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos de 1981.

(35) El Código de Estatuto Personal marroquí, *Mudawwana*, de 1993 ya exigía algunas limitaciones al varón para el repudio, como la necesidad de registrarlo ante dos notarios, y su homologación por el juez, así como algunas compensaciones económicas (art. 52 bis).

2.2. *La inserción del matrimonio islámico en el Derecho español*

2.2.1. *Las bases jurídicas del sistema matrimonial español*

Perfilado el matrimonio conforme a la ley islámica, corresponde ahora analizar su inserción en el Derecho español, con el fin de conocer el alcance y los matices de su eficacia jurídica.

La Constitución española de 1978 diseña un sistema jurídico enraizado en la dignidad humana y los derechos inseparables que implica y que son necesarios para su libre desarrollo (art. 10.1). Para lograr este cometido, garantiza y promueve la igual libertad de individuos y grupos en un Estado neutral y separado de los colectivos religiosos (arts. 16.1, 14 y 9. 2) y se decanta por una laicidad positiva, en tanto que se obliga a cooperar con los grupos religiosos (art. 16.3) para hacer efectivo el igual derecho de libertad de conciencia de sus ciudadanos, siempre con el tope de su propia laicidad (art. 9. 2).

El artículo 16.1 esboza los perfiles legales de los estatutos jurídicos confesionales en España, estableciendo un tratamiento jurídico común para todas las creencias y convicciones, con el único límite en sus manifestaciones externas del orden público protegido por la ley.

Por lo demás, en el ámbito del Derecho matrimonial, el artículo 32 CE contiene dos reglas fundamentales: la plena igualdad jurídica de los cónyuges para contraer, lo cual impide, por lo que aquí interesa, cualquier tipo de discriminación hacia la mujer, y la competencia de la ley estatal para decidir sobre todos los requisitos de fondo del matrimonio (36).

Estas dos reglas constitucionales básicas se aplican, lógicamente, a la cooperación confesional que el Estado pueda realizar en el ámbito matrimonial. En este sentido, el artículo 2.b) LOLR de 1980, que desarrolla el artículo 16 CE, establece como contenido del derecho de libertad religiosa de los ciudadanos *la libertad para celebrar ritos matrimoniales*, lo que no implica, en modo alguno, la exigencia de que a estos ritos se les atribuya eficacia civil (37). Lo único que comporta es que se permita tal celebración religiosa sin traba, prohibición, ni impedimento; pero nada más. Otra cosa sobrepasaría el contenido esencial del

(36) Para un análisis del régimen legal del matrimonio en España, *vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A., «La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual», en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, núm. 3, 2006, págs. 93-112.

(37) *Vid.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Decisión 38178/97, de 14 de diciembre de 1999, núm. 50, y Decisión 52912/99, de 17 de octubre de 2002, núm. 57.

derecho de libertad religiosa, que queda garantizado con la simple libertad de celebración ritual sin relevancia jurídica. Esta garantía no impide, sin embargo, que el Estado laico pueda dar un paso más en aras de un objetivo concreto. De este modo, puede otorgar cierta relevancia jurídica a normas confesionales, si lo estima conveniente para optimizar la realización del derecho individual de libertad de conciencia, aunque las confesiones no pueden exigirlo. Si así lo decide, estas normas tendrán eficacia como derecho estatutario. De este modo, el Estado no vulnera su propia laicidad.

El Derecho español, sobre la base de su personalismo, ha hecho uso de esa potestad en sentido positivo, otorgando eficacia jurídica a las normas confesionales de celebración del matrimonio, sin que en ningún caso se pueda hablar de una recepción completa de los ordenamientos jurídicos confesionales, pues ello conculcaría la propia laicidad estatal.

A este respecto, el Código Civil señala en su artículo 49 la posibilidad de celebrar el matrimonio con eficacia jurídica *en la forma religiosa legalmente prevista*, que a tenor del artículo 59 del propio texto legal, será la forma prevista por una confesión inscrita en el Registro de Entidades Religiosas; en los términos acordados por el Estado; o, en su defecto, autorizados por la legislación de este. Esta triple previsión legal se ha canalizado, hasta el momento, a través de la segunda opción: los acuerdos con el Estado, de modo que únicamente las confesiones que los hayan suscrito (38) pueden obtener la eficacia jurídica civil de sus normas de celebración matrimonial (39). Estas normas tendrán validez

(38) Recuérdese que a tenor del artículo 7 de la LOLR para poder firmar Acuerdos con el Estado se exige al sujeto confesional como requisitos cumulativos e ineludibles la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y la declaración de notorio arraigo en España.

(39) *Vid.* Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) de 10-2-1993 (BOE de 24-2-1993) sobre inscripción en el Registro de matrimonios en forma religiosa no católica.

Conviene señalar que la forma de celebración matrimonial estipulada en los tres Acuerdos de 1992 se circunscribe al ámbito español, no al celebrado según estos ritos en el extranjero, salvo que concurren los requisitos establecidos por los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil. Esto no se puede interpretar como una vulneración del derecho de libertad religiosa, ni como una *monopolización* del matrimonio por el Derecho civil por dos motivos: 1.º Porque, según se ha señalado ya, el contenido esencial del derecho de libertad religiosa no exige la eficacia jurídica de los ritos matrimoniales. 2.º Porque una de las competencias del Estado democrático de Derecho es regular de forma completa el matrimonio para todos los ciudadanos como prerrogativa de su propia condición de Estado. Toda concesión a las confesiones en esta materia es facultativa; no podrá afectar a la esencia del matrimonio; y debe realizarse en función del mejor desarrollo del derecho individual de libertad de conciencia. Para una posición en contra, *vid.* BONET NAVARRO, J., «Libertad religiosa y matrimonio en los países de sistema facultativo anglosajón», en VVAA, *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, 1998, págs. 381 y sigs.

mediante la técnica de remisión material, que implica la incorporación al ordenamiento del Estado de la norma ritual de la confesión, que, además, será aplicada por éste conforme a los principios del propio Derecho estatal, aplicando una segunda técnica de relación entre ordenamientos, la de presupuesto (40). De este modo, si no se cumplen los requisitos de fondo exigidos para la validez del matrimonio civil en el Título IV del Código, se denegará la inscripción en el Registro Civil del matrimonio celebrado en forma religiosa (art. 61 del Código Civil), lo que acarreará su ineficacia jurídica (art. 63 del Código Civil).

2.2.2. *La eficacia jurídica del matrimonio islámico*

A) La esencialidad de la forma

Sentadas estas bases, y centrándonos ya en el matrimonio islámico, la forma de celebración islámica habrá de ser compatible con la forma básica establecida para el matrimonio en el Derecho español, que a tenor del artículo 57 del Código Civil exige la emisión del consentimiento por los cónyuges ante la autoridad competente y dos testigos mayores de edad.

¿Se adaptan estos elementos al estatuto jurídico musulmán?

El artículo 7 del Acuerdo suscrito por el Estado con la Comisión Islámica de España (CIE) en 1992 (41) establece la forma religiosa legalmente prevista en su párrafo 1.º: «*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 núm. 1 del art. 3 (42) y, al menos, dos testigos mayores de edad. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil*».

En el primer párrafo de este artículo están contenidos, expresamente, los elementos de la forma jurídica sustancial exigidos con carácter general para la validez matrimonial: emisión del consentimiento por los contrayentes y presencia de una autoridad que lo recibe y de dos testigos que dan fe del acto.

(40) Vid. LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, 3.ª ed., vol. I, Madrid, 2007, págs. 46-48.

(41) Como se sabe, la CIE agrupó a las dos Federaciones musulmanas (FEERI y UCIDE) a los solos efectos de la firma del Acuerdo. Vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *Estado y Confesiones religiosas. Un nuevo modelo de relación*, Madrid, 1995, págs. 79 y sigs.

(42) Dirigentes religiosos islámicos e imanes.

Además, contiene también la condición imprescindible para la plena eficacia civil: la inscripción en el Registro Civil. Éste es, en consecuencia, el mínimo inexcusable que debe comprender la forma religiosa islámica para obtener vida jurídica en España.

Antes de seguir adelante, considero necesario realizar algunas aclaraciones.

Se ha dicho por alguna doctrina que la forma de celebración exigida por el Estado para la eficacia de la celebración religiosa es extraña al orden matrimonial impuesto por la *Sharía* (43). No creo que esto sea así. La forma de celebración del matrimonio islámico recogida en el pacto es fruto de un consenso, no una imposición unilateral del Estado. Fue el acuerdo de las dos partes: Estado y Comisión de las Federaciones Islámicas, el que determinó sus elementos. No parece razonable pensar que la Comisión Islámica aceptase unos contenidos normativos en el pacto contrarios a la esencia de su propio Derecho confesional. La vulneración del núcleo de las propias creencias haría, sin duda, renunciar al Acuerdo por parte de la confesión, pues en caso de conflicto entre derecho especial favorable e incumplimiento de las convicciones esenciales, prevalecería, sin duda, lo segundo sobre lo primero.

Otra cosa es que la forma confesional pactada sea más amplia, exceda del mínimo intocable. Creo que ello es perfectamente posible. Como he señalado antes, la forma jurídica *ad validitatem* es una forma de mínimos. En consecuencia, se pueden introducir otros contenidos propios del Derecho confesional que no estorben a la prescripción jurídica estatal, como también se puede dar cabida a algunos elementos que, requeridos por el Estado, no afecten a la esencia de la forma confesional.

En este sentido, durante el proceso de negociación del Acuerdo con las dos Federaciones Islámicas, que posteriormente constituirían la CIE, los Proyectos presentados por una y otra recogían algunos puntos divergentes sobre las mismas cuestiones. Así, el proyecto de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI) no señalaba la necesidad de autoridad competente para celebrar el matrimonio, considerando suficiente la prestación del consentimiento ante dos testigos cualificados o *adules* (44). Por el contrario, el de la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE), establecía la obligatoriedad de la expresión del consentimiento ante el *encargado oficiante* de la ceremonia, de conformidad con la Ley islámica (45), e incluso se propuso en la comisión

(43) Vid. ACUÑA, S., y DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, págs. 125 y sigs.

(44) Vid. artículo 18 de Proyecto de la FEERI, en FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *Estado y Confesiones...*, *op. cit.*, Anexo VIII, artículo 18, pág. 251.

(45) *Ibidem*, Anexo VII, artículo XXVII, pág. 236.

negociadora el nombramiento de este oficiante a propuesta de cada Comunidad islámica y con el visto bueno de la propia UCIDE, que llevaría un registro al efecto, cuyas altas y bajas se comunicarían al Registro Civil (46).

Esta divergencia o, más bien, amplitud de criterios hace pensar en la ausencia de una rigidez absoluta respecto a la norma confesional. Por esta razón, cuando la parte negociadora estatal exigió como requisito ineludible la presencia de un encargado oficiante para recabar el consentimiento en aras de la seguridad jurídica, la publicidad y la igualdad con las otras confesiones con acuerdo, no hubo problema por la parte religiosa, una vez constituida la CIE, para admitir este extremo, como se ha visto en el texto definitivo, asignando tal función a *los dirigentes islámicos religiosos e imames* (47).

De este modo, aunque la presencia de la autoridad en el matrimonio no sea fundamental para la ley islámica, tampoco está prohibida, con lo que su inclusión en la forma confesional por exigencias de eficacia civil no la desvirtúa, siempre que, además, estén presentes los elementos que según el derecho de la confesión sean esenciales.

Creo que se puede afirmar, entonces, que al Estado no le importa el contenido del *status* de los denominados, en un sentido amplio, como ministros de culto confesionales, ni siquiera su condición personal de laico o religioso, o el alcance exacto de sus competencias. Lo único que le importa es su valor, avalado por la confesión, como instrumento idóneo para la seguridad jurídica del acto matrimonial al que se va a otorgar eficacia civil, al margen de su esencialidad en esta materia en el ámbito puramente confesional. Es lo que algún autor ha denominado como definición pacticia de ministro de culto (48).

Desde la óptica contraria, tampoco al Estado le puede importar que en la celebración religiosa que cumpla los requisitos para la eficacia civil se permita, por ejemplo, la presencia del *wali*, siempre y cuando el consentimiento lo exprese la mujer personalmente, pues en la propia Ley islámica, el *wali* nunca puede suplir el consentimiento de la mujer (49), salvo supuestos excepcionales, en los

(46) *Ibidem*, pág. 86.

(47) *Vid.* artículo 3.1 ACIE.

(48) *Vid.* JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El Islam en España. Aspectos institucionales...*, *op. cit.*, pág. 160. *Vid.* asimismo, sobre el tratamiento jurídico de esta figura, págs. 129 y sigs. y la bibliografía allí recogida.

(49) Incluso en aquellos Estados en que era obligatoria esta suplencia del consentimiento, la evolución legal parece que tiende hacia su supresión. Así, el Nuevo Código de Familia de Marruecos de 2004 (*cit.*) en su artículo 25, suprime esta obligación, salvo caso de necesidad (art. 13.3). Por el contrario, en Argelia, la Ordenanza núm. 05-02, de 27 de febrero de 2005, que modifica la Ley núm. 84-11, de 9 de junio de 1984, sobre el Código de Familia, no ha variado este extremo, recogido en el artículo 11, párrafo 1.º, de dicha Ley.

que su actuación se correspondería con el matrimonio por poder, admitido en el derecho español, que no puede elevarse a norma general (50). Tampoco puede prestar un consentimiento para contraer matrimonio con alguien que la esposa no quiera. Su función es fundamentalmente, aparte de su frecuente condición de padre o abuelo de la mujer que la da en matrimonio, de carácter económico o patrimonial, como tratar todo lo relativo a la estipulación de la dote, pero no incide en el propio nacimiento del vínculo, que exige el consentimiento personal e insustituible de los cónyuges (51).

En definitiva, el mínimo inexcusable que constituye la forma jurídica sustancial en el derecho español, es compatible con la forma de celebración esencial de la ley islámica, que admite estos elementos mínimos y puede integrar, además, los otros elementos obligatorios del matrimonio islámico, pues no chocan con la sustancia de la eficacia civil, por ejemplo, la dote, utilizando los instrumentos jurídicos que para el régimen económico matrimonial señala el propio Código (52), lo que es perfectamente posible. Lo único que no se puede hacer es introducir dentro del acto los dos elementos del matrimonio islámico

(50) *Vid.* artículo 55 del Código Civil. Para una opinión en contra, *vid.* ACUÑA, S., y DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, págs. 130 y sigs. En este sentido, tampoco comparto la tesis de que la actuación del *wali*, expresando el consentimiento en lugar de la mujer por imposición de su ley personal, es admisible si se solicita posteriormente por la mujer la inscripción del matrimonio en España, puesto que equivaldría a una reiteración de su consentimiento. Creo que esta solicitud de inscripción no es prueba ni garantía de la presencia de voluntad de contraer en el momento del matrimonio, ni tampoco de que se tenga en el momento de la solicitud de inscripción, ya que ésta puede obedecer a otras causas. *Vid.* MOTILLA, A., *Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica*, *op. cit.*, págs. 169-170.

(51) Salvo las excepciones de minoría de edad, impúber virgen, etc. *Vid.* sobre el tema ACUÑA, S., y DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, págs. 46-47. Por otra parte, no comparto la tesis defendida por las mismas autoras en las págs. 13-131 de que, dadas las características del matrimonio islámico, el *ius connubi* tiene una mayor garantía con la emisión del consentimiento a través del apoderado o *wali*, porque ello introduce un elemento de control para evitar supuestos de nulidad por causa de coacción, o falta de consciencia en la emisión del consentimiento. Sinceramente, no veo lo que el *wali* puede evitar en este ámbito, si se tiene en cuenta que el consentimiento es un acto personalísimo de la voluntad interna. Es en ese espacio donde se forma, y sólo los propios cónyuges conocen la realidad de su existencia, hasta el punto de que, a pesar de las presunciones legales de su manifestación externa correcta, siempre cabe la posibilidad, también solo de los cónyuges, de destruir tan presunción. Mas bien creo que la emisión por el *wali* puede propiciar más fácilmente la suplantación consensual.

De otro lado, el consentimiento personal de los cónyuges se contempla también en la Leyes sobre Estatutos Personales de varios países, esencialmente en el área del Magreb. *Vid.* LORENZO, P., *op. cit.*, págs. 69 y sigs. Recuérdese, también, a este respecto que la Convención de Naciones Unidas para el Matrimonio de 9 de diciembre de 1964, artículo 1.1, establece que el consentimiento ha de ser prestado por la persona que ostenta el estatus o condición de cónyuge.

(52) *Vid.* artículo 9.3 del Código Civil.

inadmisibles en el Derecho español, poligamia y repudio, pero no hay que olvidar que su carácter facultativo hace que ninguno de ellos sea obligatorio para el nacimiento del vínculo en el Derecho islámico.

B) La condición de la capacidad

Para que esta celebración matrimonial, formalmente susceptible de eficacia jurídica, produzca materialmente ese resultado, el artículo 7.1 del acuerdo exige, según se ha visto, como condición inexcusable la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, que, a su vez, exige otra previa, el ajuste del matrimonio a los requisitos de fondo señalados en el propio Código (53). Parte esencial de estos requisitos es la obligatoriedad para los cónyuges de acreditar su capacidad para contraer el matrimonio regulado en el Derecho estatal.

El artículo 56 del Código Civil establece el carácter previo a la celebración del matrimonio de la acreditación de capacidad. Sin embargo esta norma general no será obligatoria para el matrimonio en forma religiosa, cuando así se haya acordado con el Estado (54). Tal sucede, por ejemplo, en el caso del matrimonio canónico, en el que no hay intervención de órganos civiles previos a la celebración, aunque no se pueda inscribir si no reúne los requisitos de fondo exigidos por el Código (art. 63), y tal sucede, también, en el caso del matrimonio islámico (55). En consecuencia, la exigencia de expediente previo de capacidad civil no es imprescindible para la celebración, aunque sí para la inscripción (56). Se podrá celebrar el matrimonio cumpliendo, simplemente, los requisitos de capacidad confesional. Otra cosa es que a la hora de inscribirlo esta capacidad confesional se deba de ajustar a la capacidad civil en orden a la plenitud de efectos jurídicos. Esta certificación civil de capacidad a efectos de inscripción matrimonial caduca a los seis meses, a tenor del acuerdo.

Es importante señalar en relación a este extremo, que el hecho de que los acuerdos con FEREDE y FCI recojan la obligatoriedad del expediente previo para la celebración obedeció a una petición de la comisión negociadora confesional durante la redacción del artículo correspondiente, para facilitar o, más bien, garantizar la calificación registral, puesto que ya no habrá necesidad de

(53) *Vid.* artículos 61 y 63 del Código Civil.

(54) *Vid.* artículo 59 del Código Civil.

(55) *Vid.* artículo 7.2 ACIE.

(56) *Vid.* artículo 65 del Código Civil. *Vid.*, asimismo, Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993, artículo 6. Sobre la interpretación de dicha instrucción, *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *La Inmigración islámica en España...*, *op. cit.*, págs. 100-112.

examinar los requisitos de fondo *a posteriori* (57). Se trataba, en resumen, de una cuestión de seguridad jurídica solicitada por la parte religiosa. En el matrimonio islámico, por el contrario, la seguridad jurídica se obtiene en el momento de la inscripción. En este sentido, la ya citada Instrucción de la DGRN señala «*lo delicado de esta calificación, en la cual habrá de extremarse el celo para asegurarse la inexistencia del impedimento de ligamen*» (58).

La eficacia jurídica del matrimonio islámico en el Derecho español no presenta, en conclusión, problemas insalvables con respecto a la capacidad para emitir el consentimiento y a la forma de celebración. El ajuste al Derecho estatal, expresado en un sistema de clase única regulada en el Código Civil, corrige los posibles vicios y permite la recepción de la forma religiosa de celebración, facilitando a los fieles musulmanes la realización de su derecho de libertad de conciencia.

Esto no implica, sin embargo, que se pueda imponer la norma. Los ciudadanos musulmanes son libres para regirse en su ámbito privado por una interpretación matrimonial más rígida, pero no pueden pretender que tenga aplicación jurídica en el ámbito del Estado, ni aludir con fundamento a una posible objeción de conciencia a esta forma de celebración (59). En este sentido, conviene indicar que el artículo 3.2 de la Ley de Extranjería (60) sigue la norma del artículo 10.2 CE como criterio interpretativo de derechos fundamentales de los extranjeros en España, «*sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas*».

(57) Hubo una enmienda a este artículo presentada por el profesor V. REINA, que consideraba que existía un excesivo control estatal del matrimonio religioso, en la que se recogía la posibilidad de certificación de capacidad para la inscripción, no para la celebración. La citada enmienda señalaba en este extremo que «*En cualquier caso, para la celebración civil del matrimonio celebrado en forma religiosa, será requisito indispensable acreditar ante el Registro Civil, conforme a sus normas reglamentarias, la capacidad matrimonial civil de los contrayentes*». Para un análisis más completo, *vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *Estado y confesiones religiosas...*, *op. cit.*, págs. 60-61 y nota 54; también págs. 117-118.

(58) *Vid.* IV. Régimen de inscripción.

(59) *Vid.* para una opinión en contra ALENDA, M., «Los acuerdos de cooperación del Estado. El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho español con judíos, protestantes y musulmanes como garantía y regulación de objeciones de conciencia», en *Revista General del Derecho*, núm. 608, 1995, págs. 4786-4817, *vid.* págs. 4801 y sigs.

(60) LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* de 12 de enero).

2.2.3. *Los elementos conflictivos del matrimonio islámico*

Los puntos de conflicto que se pueden plantear en nuestro Derecho sobre la eficacia del matrimonio islámico son los derivados de la poligamia y el repudio. Su naturaleza discriminatoria para la dignidad y los derechos de uno de los cónyuges hace imposible su admisión legal, por atentar contra el orden público.

No obstante, creo de importancia señalar tres cosas:

1. Aunque son elementos obligatorios para el matrimonio islámico, su inclusión en el mismo es facultativa. Son requisitos que dependen exclusivamente de la voluntad de las partes, fundamentalmente de una de ellas, el varón. En consecuencia, es perfectamente legítimo y legal que los cónyuges prescindan de ellos en uso de su derecho de libertad de conciencia, permitida para estos contenidos por su propia creencia, y puedan beneficiarse del derecho especial favorable que supone el acuerdo en materia matrimonial.

2. No son requisitos *ad validitatem* para el nacimiento y eficacia del vínculo en el Derecho islámico, que es jurídicamente perfecto sin su concurrencia (61). Sólo si se introducen, devienen en obligatorios para el acto matrimonial.

3. Afectan a dos momentos muy diferentes de la vida del contrato matrimonial: la poligamia al de la constitución del vínculo, y el repudio al de su conclusión.

Esta realidad tiene una gran trascendencia, como se verá, en lo relativo a los posibles reflejos jurídicos derivados de ambas figuras y originará una repercusión muy diferente en uno y otro caso.

A) La poligamia

a) Concepto y reconocimiento legal

Los países occidentales no admiten la poligamia ni le otorgan eficacia jurídica en su Derecho interno. Es contraria al derecho de igualdad y a la dignidad de la mujer, por lo que choca frontalmente con los derechos fundamentales

(61) No hay que olvidar, a este respecto, que cada vez ambos van perdiendo fuerza en las propias Leyes sobre Estatuto Personal de Estados Islámicos, y han ido perdiendo fuerza, llegando, incluso, a desaparecer o a supeditarlos a condiciones gravosas en algunos Estados. *Vid. supra* nota 18.

inherentes a la dignidad humana. Recuérdense a este respecto que el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en el nuevo Tratado de Lisboa de 2007 adquirirá valor jurídico (62), establece el carácter inviolable de esa dignidad y la obligación de su respeto y protección.

A pesar de todo esto, se ha especulado sobre la posibilidad de alegar el derecho de libertad de conciencia como justificación para el reconocimiento de la poligamia, al ser un elemento integrante del matrimonio musulmán. Sin embargo, aunque ello es cierto, no conviene olvidar la diferencia existente entre el derecho en abstracto y su ejercicio concreto. La libertad de creencias como derecho es absoluta mientras permanezca en el fuero interno de la persona, pero en cuanto se manifiesta mediante su ejercicio externo, queda sometida al límite del orden público que opera en el seno de toda sociedad democrática. La poligamia conculca, en concreto, dos de sus componentes esenciales: el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación y la moralidad pública (63).

En el Derecho español la poligamia no tiene cabida legal, como se deduce del marco constitucional vigente. El artículo 1 señala a la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español; el artículo 10.1 considera a la dignidad humana y los derechos a ella inherentes como fundamento del orden político y de la paz social; el artículo 14 contiene un mandato de igualdad y una prohibición de discriminación por razón de sexo; y, ya en el aspecto matrimonial, el artículo 32.1 prescribe la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio. Además, este elenco constitucional, en tanto que atañe a derechos fundamentales, ha de interpretarse de acuerdo con las normas internacionales sobre la materia (art. 10.2).

Si descendemos al Derecho ordinario, el Código Civil prohíbe contraer matrimonio a los ya ligados por vínculo matrimonial válido (art. 46.2) (64), tipi-

(62) El artículo 6.1 del Tratado establece que «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*».

(63) *Vid.* artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; artículo 3 de la LOLR de 1980. *Vid.*, asimismo, artículo 12.3 del Código Civil.

(64) Lo que implica impedimento de capacidad para emitir el consentimiento. *Vid.* RODRÍGUEZ BENOT, A., *La multiculturalidad...*, *op. cit.*, págs. 27-28. La DGRN ha impedido inscribir matrimonios poligámicos por existencia de este impedimento. *Vid.*, por ejemplo, Resoluciones de 17-6-1991, 27-10-1992, 14-9-1994, 8-3-1995, 20-2-1997, 14-12-2000, 10-12-2004, etc. El requisito de fondo es siempre la confrontación de este elemento con la concepción de la institución matrimonial en España.

ficando este matrimonio como nulo (art. 73.2). El Código Penal, por su parte, considera la poligamia como delito en su artículo 217 (65), y la Ley Orgánica de Extranjería de 2000 refuerza la prohibición de la poligamia, al impedir la reagrupación familiar de más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero permita esa posibilidad [art. 17.1.a)].

Finalmente, en el ámbito del Derecho comunitario derivado (66), que afecta a España en cuanto miembro de la Unión Europea, se rechaza el reagrupamiento familiar en el caso del matrimonio polígamo, si el marido que lo pretende ya tuviera una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro. No obstante, hay que señalar que se permite, implícitamente, que el marido polígamo pueda elegir de entre sus esposas, aquella con la que se reagrupa, con lo que, como ha señalado algún autor, se vulnera el principio de no discriminación y el de seguridad jurídica internacional (67).

b) Respuesta del Derecho español a los posibles reflejos de situaciones de hecho en relación a la poligamia

Este marco legal establecido en relación con la poligamia comporta un rechazo del ordenamiento contra dos de sus componentes que son contrarios a la concepción matrimonial derivada del contexto constitucional, pues chocan directamente contra el orden público interno e internacional, por lesión de derechos fundamentales y lesión de la moralidad pública, como elemento ético común de la vida social (68).

(65) «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».

(66) Vid. artículo 4 de la Directiva Comunitaria 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

(67) Vid. artículo 17.1.b) de la Ley de Extranjería y artículo 39 del Reglamento de la Ley de Extranjería de 30 de diciembre de 2004 (BOE de 7 de enero de 2005). Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J., *op. cit.*, págs. 119-120; ABARCA, A. P., y VARGAS, M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2006, págs. 456-457.

(68) Pues a pesar de que el artículo 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950 recoge el derecho a contraer matrimonio conforme a la ley nacional, y que el artículo 9.2 del Código Civil establece que la ley personal señalada por la nacionalidad regirá la capacidad, estado civil, y que esta ley, si es común a los cónyuges, regirá los efectos del matrimonio, el artículo 12.3 del mismo cuerpo legal expresa de forma tajante que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. Vid. texto de los artículos en el Código Civil. En ese caso se aplicará el Derecho material español. Vid. Resolución de la DGRN de 13 de junio, 7 de julio y 6 de septiembre de 2005.

El primero de estos componentes hace referencia a la esencia de la propia institución matrimonial. El segundo a las personas de los contrayentes.

En el primer caso, la poligamia incide directamente sobre la capacidad para contraer matrimonio. Se inserta en el momento de constitución del vínculo y lo desvirtúa en su mismo espíritu, al dar respaldo jurídico a un esquema que permite su simultaneidad con otro vínculo ya establecido y vigente. Por esta razón, choca de frente con la estructura monogámica del matrimonio y la exclusividad de los derechos interconyugales.

En el segundo caso, la poligamia se sustenta en una concepción de desigualdad en la capacidad de los cónyuges, dando lugar a una clara discriminación, al habilitar únicamente a uno de ellos, el varón, para realizarla, sobre la base de camuflar la consideración de inferioridad de la mujer en una especie de falso paternalismo.

Su calificación jurídica es, entonces, de institución ilegal. La figura en sí misma nunca podrá obtener, como tal, ninguna eficacia (69). Sin embargo, esta rigidez incontestable puede sufrir algunas matizaciones, no ciertamente en su núcleo jurídico, sino en algunos aspectos que cuelgan de ella y que son fruto de situaciones de hecho producidas al amparo de la ley personal que la admite. Serían, en un lenguaje coloquial, *efectos colaterales* del supuesto en sí mismo ilegítimo que pueden repercutir en derechos fundamentales de la persona y, por esta razón, ponen sobre el tapete la posible conveniencia de adoptar algunas soluciones jurídicas al respecto, ya que su ignorancia supondría la lesión de un derecho esencial de la persona afectada (70). Es importante precisar, además, que estos efectos suelen generarse como consecuencia de la desaparición de la figura, con lo que cuando se aceptan, aquélla ya no tiene vida jurídica.

Hasta el momento, sólo han alcanzado tratamiento por los tribunales algunos casos aislados. Sin embargo, en una sociedad globalizada, donde la inmigración y el multiculturalismo están cada vez más presentes, su previsión va en aumento y será relativamente fácil tropezar con situaciones derivadas de matrimonios poligámicos, contraídos conforme a la ley nacional del inmigrante, que inciden directamente en los derechos fundamentales de alguna de las esposas y demandan soluciones, sin variar la calificación jurídica de su núcleo esencial.

(69) Para un análisis de las tesis defensoras de la poligamia, *vid.* COMBALÍA, Z., «Mujer y matrimonio en el Derecho islámico», en *Conciencia y Libertad*, núm. 13, 2001, págs. 38 y sigs.

(70) Para un detallado análisis de las Resoluciones de la DGRN sobre la denegación de inscripción del matrimonio polígamo, y su posible consideración como matrimonios putativos, *vid.* MOTILLA, A., «Eficacia civil...», en MOTILLA, A. (coord.), *op. cit.*, págs. 158-162.

La respuesta de nuestro ordenamiento a estas consecuencias de una situación poligámica ha tenido su referencia más expresa en el caso DIOP (71), que resuelve dividir la pensión de viudedad entre dos mujeres de un trabajador senegalés que había contraído con ellas de acuerdo a su ley nacional. El fallo se fundamenta en una interpretación flexible y atenuada del orden público (72), para evitar la desprotección económica a dos viudas de hecho. En consecuencia, cede la rigidez de la aplicación en favor de los derechos de la parte más débil (las esposas). De este modo, rechazando la poligamia como institución contraria al mismo, se otorga un efecto jurídico a un supuesto de hecho que se produce al hilo de la misma: la división de la pensión. Se trata con ello de proteger situaciones de indefensión que afectan a personas y que son resultado de un elemento ajeno y contrario al Derecho que se introduce en las mismas (73).

Sobre la base de todo lo dicho, se puede concluir que es imposible en el Derecho español la admisión de reflejos jurídicos a la poligamia en su contenido sustancial, ni siquiera sobre la base de la mejor realización del derecho de libertad religiosa individual, especialmente amparado en el texto constitucional. La propia esencia de la figura es incompatible con ese personalismo, al impedir el correcto desarrollo de los derechos inherentes al libre desarrollo de la dignidad humana y chocar, como ya he dicho, con el orden público en este y en otro de sus elementos fundamentales: la moralidad pública. Sin embargo, habrá que tener en cuenta que la moral pública no es un concepto inmutable desde la perspectiva social, sino que es un elemento dinámico que evoluciona a la par que la sociedad, por lo que su aplicación como límite de los derechos fundamentales ha de ser revisada de acuerdo a las circunstancias, para evitar una restricción innecesaria o abusiva de estos derechos (74). Pero, además, por influencia de la importancia del personalismo en el texto constitucional, los valores y principios que forman su contenido han de aplicarse atendiendo a la promoción efectiva

(71) Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 899/2002). Contempla el supuesto de un vendedor ambulante de nacionalidad senegalesa, adscrito al Régimen Especial de la Seguridad Social para Trabajadores Autónomos en España, que fallece dejando dos viudas, de acuerdo a su ley personal, que permite la poligamia.

(72) *Vid.* fundamento jurídico 4, p. ... Un comentario detallado se puede ver en LEMA TOMÉ, M., *Matrimonio poligámico...*, *op. cit.*, págs. 164-167.

(73) Otros dos casos del mismo tipo han sido recogidos en nuestro Derecho. El primero, sentencia del Tribunal Superior de Madrid 456/2002, de 29 de julio, viene amparado por el Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí de 6 de noviembre de 1979, a cuyo efecto admite las consecuencias de la situación de poligamia, legal en Marruecos, pero aplica la distribución de la pensión conforme a la Ley de Seguridad Social española, artículo 174.2. Por el contrario, una sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 30-7-2003 atribuye la pensión de viudedad a la primera mujer, declarando nulo por vínculo el segundo matrimonio. *Vid. ibidem*, págs. 166-167.

(74) *Vid.* STC 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico 3.

de los derechos fundamentales y libertades públicas en el caso concreto, para que no supongan, en la práctica, un menoscabo de los mismos (75). De este modo, los propios parámetros del Estado social y democrático de Derecho que se establece en 1978 sí permiten una cierta flexibilidad en la aplicación de este límite, en el sentido de considerarlo también como un correctivo circunstancial, en el que lo importante es el resultado injusto que se produce, apreciado en cada caso concreto.

Desde esta perspectiva, se estaría dando la posibilidad de admitir situaciones de hecho derivadas del matrimonio poligámico, siempre que con ello se trate de evitar la lesión del derecho de igualdad y no discriminación para una de las partes, que se produciría como consecuencia de un resultado injusto en Derecho español de esta figura extraña y contraria a este ordenamiento; y siempre que esta aplicación se realice desde el enfoque de la normativa social del Estado, sin suponer, en absoluto, una variación en la consideración ilegal de su naturaleza. Creo que ello no sólo es factible, es, además, necesario; como es, también, necesaria la reglamentación jurídica de estos efectos, sin tener que depender de un reconocimiento aleatorio por vía judicial.

No cabe duda de que la adopción de una solución legal contribuirá muy positivamente a la integración en nuestro país de uno de los colectivos más numerosos que aporta la inmigración.

B) El repudio

a) Concepto y reconocimiento jurídico

El repudio se inserta en el momento de la finalización del vínculo. De hecho lo deshace, pues sólo opera si el vínculo es válido. En un sentido estricto, es fruto exclusivo de la autonomía de la voluntad, pues se realiza sin intervención de autoridad judicial. Su autor es normalmente el marido, pues aunque en ocasiones haya acuerdo con la mujer o una supuesta iniciativa de ella, siempre hay, a mi juicio, un componente de discriminación en la esencia de la figura. Con todo, el repudio llamado de mutuo acuerdo y el realizado a iniciativa de la mujer tienen, según se verá, una mejor solución jurídica. Sin embargo, creo que se puede afirmar, como norma general, que es un acto enraizado en la des-

(75) Vid. BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, 2002, págs. 54 y sigs.

igualdad de la mujer y atentatorio de su dignidad, lesionando el orden público constitucional por este motivo.

Sin embargo, su naturaleza es muy distinta a la de la poligamia, pues no incide en el matrimonio existente, desvirtuando su esencia y sus líneas básicas, al hacerlo simultaneo con otro vínculo también válido y haciendo patente la presencia de una voluntad matrimonial, sino que lo que hace es disolver el vínculo. Es una especie de divorcio de hecho, de abandono conyugal con intención dolosa, que pone de relieve la ausencia de una voluntad de continuar con el matrimonio.

Esta diferente naturaleza repercute en su posible eficacia en el Derecho español. Así como la poligamia como institución jurídica no es susceptible de superar en ningún caso el límite del orden público, creo que el repudio sí puede hacerlo en algunos supuestos.

Como se sabe, la realidad social del momento ha de ser tenida en cuenta siempre como criterio de contraste en la aplicación de las normas, a tenor de lo que señala el propio ordenamiento jurídico. Pues bien, en materia matrimonial, el Derecho español ha dado un vuelco esencial con las recientes modificaciones del Código Civil, y algunas de ellas pueden tener una incidencia directa en la cuestión objeto de estudio.

Admitido el divorcio sin causa y por voluntad unilateral, aunque el otro cónyuge se oponga (76), se podría pensar que el esquema del repudio participa de la misma raíz, si no fuese por dos diferencias esenciales, una de fondo y otra de forma.

La razón de fondo estriba en que nuestro ordenamiento demanda la absoluta igualdad entre los cónyuges en el matrimonio, como un derecho fundamental que dimana directamente del texto constitucional (77) y que se integra en el núcleo duro del orden público. En su virtud, la ruptura del vínculo podrá ser unilateral y sin causa, pero también podrá ser promovida indistintamente por uno u otro cónyuge. No se discrimina. No se lesiona la igualdad, ni la dignidad a ella inherente. En el repudio, por el contrario, esta igualdad está quebrada, al ser, comúnmente, un derecho exclusivo del marido y esa desigualdad repercute directamente en la dignidad de la otra parte.

La razón de forma consiste en la necesidad en el Derecho español de intervención de la autoridad competente para conceder la disolución del vínculo matrimonial, en orden a su eficacia jurídica.

(76) *Vid.* Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

(77) Artículos 14, 10.1 y 32.2.

El repudio, por el contrario, no es un supuesto de disolución judicial. Nace de la simple voluntad de una parte.

La pregunta que surge es, entonces, si es posible, aun con estos dos escollos, la obtención de alguna relevancia jurídica en nuestro Derecho de esta especialidad del matrimonio islámico.

La que he llamado razón de forma no plantea problemas insalvables. Ciertamente que la ausencia de autoridad implica importantes obstáculos para conseguir un hipotético reconocimiento de los efectos del repudio por la vía del *exequatur*, pero esto se puede resolver mediante lo que se ha llamado juridificación del mismo (78), formalizándolo en la legislación de origen —a los efectos probatorios requeridos para ese fin por el Derecho español—, ante un órgano jurisdiccional o ante una autoridad competente para dar fe de la disolución (79). En caso contrario, ausencia de juridificación, el repudio unilateral privado no produce ningún tipo de eficacia (80), mientras que con el procedimiento señalado podría obtener la fuerza ejecutiva necesaria para su adecuado reconocimiento en España a través del *exequatur* (81).

Además, es exigencia indispensable el carácter irrevocable del repudio para poder obtener una hipotética eficacia jurídica, a salvo, por supuesto, del límite del orden público que trataremos después. La consideración que el Derecho español realiza de la disolución del vínculo no deja dudas al respecto (82). Ello

(78) Para un detenido análisis de la materia, *vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, S., *op. cit.*, págs. 213 y sigs., donde, además, se recoge esta juridificación en los Derechos de los Estados de influencia islámica.

(79) Así, el TS ha venido entendiendo que no es contrario al orden público español, en el sentido internacional, el hecho de que a las resoluciones objeto de reconocimiento se les otorgue naturaleza administrativa, al emanar de una autoridad de este orden, no del jurisdiccional, siempre que tenga competencia conforme al ordenamiento de origen (ATS de 17-10-1995, 16-7-1996, 20-5-1997, 24-11-1998, 26-10-1999, 31-10-2000, 20-3-2002 y 20-1-2004). *Vid.* GESTO, B., «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales conforme al Convenio de 30 de mayo de 1997 de cooperación judicial entre el reino de España y el reino de Marruecos: especial referencia al reconocimiento de resoluciones de divorcio o repudio», en CASTRO JOVER, A., y TORRES, A. (coords.), *Inmigración, Minorías y Multiculturalidad*, Lejona, 2006, págs. 154-172, espec. pág. 168. *Vid.*, asimismo, Autos de Tribunal Supremo (ATS) de 12 de mayo, 23 de julio, 13 y 20 de octubre y 24 de noviembre de 1998, 9 y 23 de febrero de 1999 y 25 de junio de 2002. Para una referencia más exhaustiva sobre la doctrina del TS, *vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, S., *op. cit.*, notas 325 y 326.

(80) *Vid.* ATS de 23-7-1998, 6-2-1999 y 6-3-2003.

(81) *Vid.* art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881. A no ser que haya un Acuerdo entre Estados al respecto (art. 951 LEC), como ocurre, por ejemplo, en el caso de Marruecos. *Vid.* artículo 23 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa celebrado entre España y Marruecos el 30 de mayo de 1997 (BOE de 25 de junio de 2002). *Vid.*, asimismo, GUZMÁN ZAPATER, M., *op. cit.*, págs. 17-21.

(82) *Vid.* artículos 85 y sigs. del Código Civil.

es así, por razones de seguridad jurídica, a tenor de los artículos 951 y 952 LEC (83).

Como señala S. Pérez Álvarez, la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión es clara, al haber declarado reiteradamente que sólo pueden homologarse en Derecho español las decisiones dictadas por autoridades extranjeras competentes, en las que conste la extinción irrevocable del vínculo matrimonial (84), sin que sea posible homologar las que contengan una declaración de repudio revocable *que confiere a la disolución del vínculo matrimonial un notorio carácter de provisionalidad o tinte de condicionalidad que pugna con la exigencia de firmeza de la resolución a reconocer* (85), aunque matiza, posteriormente, esta afirmación para aquellos casos de repudio revocable en que haya transcurrido sobradamente el plazo de revocación (86).

Es importante para el tratamiento de la posible incidencia del repudio en el Derecho español la modificación del artículo 107 del Código Civil (87), que varió el sistema establecido hasta entonces, según el cual la separación y el divorcio se regían por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, por la ley de residencia habitual del matrimonio; y, si vivían en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los tribunales españoles resultasen competentes (88). Con la nueva redacción se aplicará siempre la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, si las leyes extranjeras no contemplan la separación o divorcio o, aunque lo hagan, sea discriminatorio o contrario al orden público (89).

Esta reforma ha solucionado la dificultad jurídica que se presentaba a los tribunales españoles para aplicar la ley nacional común en caso de repudio uni-

(83) En relación al primero de ellos, *vid.* artículo 23.3 del Convenio con Marruecos de 30 de mayo de 1997 antes señalado, que exige que la resolución haya adquirido el carácter de cosa juzgada y sea ejecutiva conforme a las leyes del Estado que la dictó. *Vid.* también, sobre el carácter irrevocable del repudio, el nuevo Código Marroquí de Familia de 3 de febrero de 2004.

(84) *Vid. op. cit.*, págs. 217 y sigs. y la copiosa jurisprudencia allí citada.

(85) *Vid.* ATS de 23 de julio de 1996, fundamento jurídico 2.

(86) *Vid.* ATS de 21 de abril de 1998, fundamento jurídico 3, y ATS de 16 de abril de 2002, fundamento jurídico 2

(87) Realizada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE de 30-9-2003), artículo 3.

(88) *Vid.* Reglamento Comunitario 2201/2003, de 27 de noviembre, y artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(89) *Vid.* artículo 107.2.c). Para un interesante análisis de esta cuestión, *vid.* LEMA TOMÉ, M., *Laicidad e integración...*, *op. cit.*, págs. 342-346. Asimismo, un detenido análisis del tema puede verse en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *op. cit.*, págs. 277-281.

lateral, porque suponía la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer, lo que llevaba, siempre, a impedir el reconocimiento del mismo, aplicando la excepción del orden público internacional. De este modo, al variar la competencia, se abren las posibilidades de una interpretación judicial más adecuada a estos derechos.

Conviene indicar, a este respecto, que la jurisprudencia española considera generalmente ajustadas al orden público las ejecutorias extranjeras que juridifican los actos de repudio a petición de la mujer, o del decidido por mutuo acuerdo, pues en ambos casos la eficacia de la disolución depende de la igual libertad de los cónyuges para disolver el vínculo (90). El verdadero problema se plantea, entonces, en el llamado repudio unilateral.

En consecuencia, cuando la disolución del vínculo por repudio sea firme en el sentido de irrevocable y esté avalado por la legislación de origen, cumpliría ya los requisitos para su posible eficacia en Derecho español, de no ser porque le falta lo esencial: la necesidad de su ajuste al contenido del orden público español, y con esto ya entramos en la razón de fondo.

b) Respuesta del Derecho español a los posibles reflejos de situaciones de hecho en relación con el repudio

El artículo 954. 3 de la LEC recoge este aspecto (91). Cabría deducir, entonces, que el repudio unilateral en sus distintas manifestaciones es, en esencia, contrario a ese contenido, en tanto que vulnera la igual libertad de los cónyuges en el matrimonio y la dignidad de la mujer, derivada de lo anterior.

Sin embargo, el personalismo del ordenamiento español puede proyectar su influencia en esta materia, pues el conjunto de los principios y valores que componen el contenido del orden público como límite se proyectan sobre la persona como eje del sistema y amparan el refrendo legal de unos derechos inherentes a ella y anteriores a aquél, que se deben promocionar. Esta primacía del derecho

(90) Vid. AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad y reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el Derecho internacional privado», en G. MORÁN (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho comparado*, La Coruña, 2003, págs. 235-264; vid. págs. 256 y sigs. Vid. también, entre otros, ATS de 1 y 27-1-1998 y de 2-3 y 8-6-1999. La mayor parte se refieren a supuestos de repudio afectados por el Convenio marroquí.

(91) El artículo 954 señala que «*las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes...* 3) *Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España*». También lo establece el artículo 23.4 del Convenio de Cooperación con Marruecos de 1997, ya citado.

individual obliga a corregir los abusos que se puedan producir en nuestro ordenamiento, concretados en nuevas vulneraciones de derechos fundamentales, que serían consecuencia del reconocimiento legal de una situación que ya era discriminatoria y transgresora en su origen.

De este modo, se trata de evitar, sobre la base del valor esencial de la dignidad de la persona humana y de los derechos inherentes a la misma, que mediante la inadmisión en nuestro Derecho de un supuesto de lesión a un derecho fundamental se genere la lesión a otro u otros derechos también fundamentales, pero de mayor entidad y repercusión para la persona afectada (92). La solución, en definitiva, es, por tanto, una cuestión de ponderación de derechos fundamentales y este hecho conduce, necesariamente, a su tratamiento caso por caso por vía judicial.

Sin embargo, la cada vez mayor influencia de los derechos humanos y su positivación en Convenios Internacionales, que actúan con la mirada puesta en las personas individuales destinatarias de las normas, hace que el orden público trascienda, en aras de este nuevo fin, los simples intereses de carácter nacional.

Así, puede haber ocasiones en que la discriminación que implica el reconocimiento del repudio produzca, paradójicamente, una mejor posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer y una más adecuada promoción de los mismos en todos los aspectos. En tales supuestos, la aplicación estricta del orden público podría impedir el derecho fundamental de la mujer repudiada a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, en defensa de sus derechos e intereses legítimos (93). No hay que olvidar, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho de toda persona a que el órgano judicial competente valore sus pretensiones en un proceso justo, donde pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (94).

En consecuencia, la interpretación rígida del orden público interno puede, paradójicamente, resultar lesiva para la mujer, que puede preferir que se prescinda de la tutela que estrictamente se merece, que se concreta en impedir la consolidación de su situación discriminatoria en el Derecho interno, para lograr con ello la obtención de un mejor derecho, siempre, por supuesto, que sea ella

(92) *Vid.* sobre el tema GESTO, B., *op. cit.*, págs. 162 y sigs.

(93) *Vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., *op. cit.*, págs. 26 y sigs.

(94) *Vid.* STC 197/1988, de 24 de octubre, fundamento jurídico 3; STC 78/1991, de 15 de abril, fundamento jurídico 3, y STC 179/2004, de 21 de octubre, fundamento jurídico 4. *Vid.* asimismo PÉREZ ÁLVAREZ, A., *op. cit.*, págs. 222-223, donde, además, se recoge abundante jurisprudencia

la que solicite la ejecución de la decisión discriminatoria conforme al ordenamiento de origen.

Este hecho, a mi juicio, hace oscilar la balanza a favor del derecho fundamental que ella pretende conseguir, frente al lesionado anteriormente y que, realmente, ya no existe. Lo contrario significaría convertir en perjuicio aquello que debería actuar en protección de la mujer discriminada (95) y supondría para ella una nueva discriminación, al limitar su derecho a contraer matrimonio, recogido en el artículo 32 CE, por la existencia de un impedimento de ligamen; o por obligarla a instar un proceso de divorcio para disolver el vínculo.

En mi opinión, la mujer repudiada, al solicitar ante el juez civil español la ejecución de la decisión de repudio legalizada por el ordenamiento de origen, está manifestando la ausencia de una voluntad matrimonial actual, incluso cuando haya sido repudiada unilateralmente, y revela su pretensión de que el Derecho español ratifique esa decisión discriminatoria, en aras de lo que ella considera un mejor derecho, concretado en contraer nuevo matrimonio o evitar un proceso de divorcio.

El juez, entonces, deberá ponderar entre rechazar una decisión contraria en su origen al orden público, o aceptarla sobre la base de que es el sujeto discriminado en su momento quien solicita su reconocimiento, para no resultar, a su vez, afectado por la lesión que la negativa va a producir en otros derechos fundamentales, que tienen para esa persona un mayor valor, según se trasluce de su propia actuación. Creo que la petición del sujeto afectado pone de manifiesto, además, la desaparición en el momento que la realiza de la lesión del derecho fundamental.

En consecuencia, parece que en estos casos sería perfectamente legítima una interpretación atenuada del orden público, en el sentido de amparar una decisión judicial conflictiva en la función promocional de los derechos fundamentales del artículo 9.2 CE.

3. CONCLUSIONES

El Estado laico que se genera en la CE de 1978 apoya su hacer jurídico en la tutela y promoción de los derechos fundamentales de la persona humana digna en condiciones de igual libertad. Esta premisa le permite atribuir cierta relevancia jurídica como derecho estatutario a normas confesionales, cuando ello sea preciso para facilitar la plena realización del derecho de libertad de conciencia individual.

(95) *Vid.* sobre esta cuestión el importante ATS de 21-4-1998. *Vid.* un interesante comentario de este Auto en GESTO, B., *op. cit.*, págs. 170 y sigs.

En el ámbito matrimonial el Derecho español ha hecho uso de esta facultad, otorgando eficacia jurídica a las normas de celebración del matrimonio de las confesiones religiosas con Acuerdo, dentro los dos parámetros fundamentales que establece el artículo 32 CE: la plena igualdad jurídica de los cónyuges y la competencia de la ley estatal para decidir sobre los requisitos de fondo del matrimonio.

La normativa de celebración del matrimonio islámico deberá, en consecuencia, cumplir los requisitos básicos señalados en el Código Civil: autoridad competente, presencia de los cónyuges y dos testigos mayores de edad. Este contenido mínimo no es contrario a la esencia del propio Derecho islámico y es compatible con la introducción de otros elementos, siempre que no afecten a la sustancia de la eficacia civil.

No obstante, esta normativa formal no se puede imponer. Los ciudadanos musulmanes son libres para regirse por una interpretación matrimonial más rígida. Pero no pueden pretender que esa interpretación tenga aplicación jurídica en el marco estatal, ni alegar con fundamento una posible objeción de conciencia a la forma de celebración acordada con el Estado.

A este respecto, hay, en concreto, dos elementos en el matrimonio islámico, poligamia y repudio, cuya naturaleza discriminatoria para la dignidad y los derechos de uno de los cónyuges no se compagina con el orden público constitucional. Sin embargo, ambos elementos son de inclusión facultativa en el matrimonio islámico. En consecuencia, no son requisitos *ad validitatem* para el nacimiento y eficacia del vínculo, que es jurídicamente perfecto sin su concurrencia.

La naturaleza de uno y otro es muy diferente. La poligamia se inserta en el momento de la constitución del vínculo, y lo desvirtúa en su misma esencia, al hacerlo simultáneo con otro vínculo válido ya establecido, haciendo patente la presencia de una voluntad matrimonial. El repudio, por el contrario, incide en el momento de la disolución del vínculo, deshaciéndolo. Es una especie de divorcio de hecho, de abandono conyugal con intención dolosa, que pone de relieve la ausencia de una voluntad de continuar con el matrimonio. Esta distinta naturaleza repercute en la consideración jurídica en el Derecho español de los propios elementos o de situaciones de hecho surgidas al amparo de los mismos, que son consecuencia de su admisión en la ley nacional de los cónyuges.

Así, la poligamia es una institución ilegal en Derecho español. No es posible, entonces, la admisión de reflejos jurídicos en su contenido sustancial, ni siquiera sobre la base de la mejor realización del derecho de libertad de conciencia individual, pues impide el correcto desarrollo de los derechos inherentes a la dignidad humana y lesiona la moralidad pública, chocando, en uno y otro caso, con el límite del orden público constitucional. Sin embargo, los parámetros del Estado social y democrático de Derecho permiten, a mi juicio, una cierta fle-

xibilidad en la aplicación de ese límite, en algunos aspectos que cuelgan de la figura legal en sí misma ilegítima, y que se producen una vez desaparecida ésta.

Esta aplicación flexible o atenuada se ampara en la posible repercusión de estos aspectos en derechos fundamentales de uno de los cónyuges, y permite adoptar algunas soluciones jurídicas para proteger situaciones de indefensión que afectan a personas, y que son cada vez más frecuentes en una sociedad globalizada como la actual, donde la inmigración y el multiculturalismo van en aumento. De este modo, se podría evitar la lesión del derecho de igualdad y no discriminación para una de las partes, que se produce como consecuencia del no reconocimiento en Derecho español de esta figura contraria al propio ordenamiento, sin que ello suponga una variación en la consideración ilegal de su naturaleza.

El repudio, por el contrario, aunque como norma general es un acto enraizado en la desigualdad de la mujer y atentatorio de su dignidad, es susceptible, a mi juicio, de superar en algunos supuestos el límite de control del orden público, produciendo ciertos efectos jurídicos de la figura en sí misma considerada. La razón hay que encontrarla en la consideración de la realidad social, como criterio de contraste para la aplicación de las normas y su influencia en la consideración de los derechos fundamentales de la persona.

Sobre esta base, la reforma del Código Civil español, admitiendo el divorcio sin causa y por voluntad unilateral de uno de los cónyuges aunque el otro se oponga, ha abierto una vía para la posibilidad de admisión de efectos legales al repudio unilateral, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos inexcusables establecidos para el divorcio en Derecho español en esta materia, concretados en la intervención de la autoridad competente para disolver el vínculo, y la absoluta igualdad entre los cónyuges en el matrimonio, como señala el propio texto constitucional. Pero lograr esto no es tarea fácil.

La primera cuestión se puede solventar mediante la llamada *juridificación* del repudio unilateral en el ordenamiento de origen, ante el órgano o autoridad competente para dar fe de la disolución, que, además, ha de ser irrevocable. Esto faculta su posible reconocimiento en España a través del *exequatur*.

La segunda es aún más complicada, pues el artículo 954 de la LEC exige para el *exequatur* que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España, y el repudio, aunque sea unilateral, irrevocable y juridificado en origen, no es lícito en Derecho español, pues atenta contra la igual dignidad de los cónyuges.

No obstante, la aplicación rígida del orden público puede, paradójicamente, resultar lesiva para la tutela judicial efectiva de la mujer, que puede preferir que se prescinda de la protección que estrictamente se merece, que se concreta en la denegación de la consolidación de su situación discriminatoria en el Derecho interno, para obtener un mejor derecho.

De este modo, la mujer repudiada, al solicitar la ejecución de la decisión de repudio legalizada en el ordenamiento de origen, está manifestando la ausencia de una voluntad matrimonial y la presencia de una voluntad de obtener la ratificación del repudio en aras a la consecución de un mejor derecho, que se superpone al lesionado. No hay que olvidar a este respecto que la propia lesión del derecho anterior ya no tiene valor para ella, según se trasluce de su propia actuación. La cuestión es, entonces, de ponderación de derechos fundamentales.

Y es aquí donde el personalismo del ordenamiento español puede proyectar su influencia en esta materia, pues el conjunto de los principios y valores que componen el contenido del orden público como límite se proyectan sobre la persona como eje del sistema y amparan el refrendo legal de unos derechos inherentes a ella y, a la vez, fundamentos de aquél, que se deben promocionar. Esta primacía del derecho individual obliga a corregir los abusos que se puedan producir en nuestro ordenamiento, concretados en nuevas vulneraciones de derechos fundamentales, que serían consecuencia de la ausencia de reconocimiento legal de una situación que ya era discriminatoria y transgresora en su origen.

Se trataría, en definitiva, como ya he dicho, de realizar una interpretación atenuada del orden público, amparando una decisión judicial conflictiva en la función promocional de los derechos fundamentales del artículo 9. 2 CE.

RESUMEN

El Código Civil español establece los requisitos mínimos necesarios para la eficacia jurídica del matrimonio religioso. El matrimonio islámico, regulado en el artículo 7 del Acuerdo del Estado con la Comisión Islámica de España de 1992, requiere la presencia de esos requisitos mínimos, que no afectan a la esencia de la norma confesional y pueden concurrir perfectamente con otros exigidos por ésta, siempre que respeten ese mínimo legal establecido en la normativa estatal.

En orden a la consecución de esa eficacia civil, es importante señalar que hay dos elementos que pueden formar parte del matrimonio islámico, que lesionan el orden público interno e internacional, al ser contrarios a la dignidad y los derechos de uno de los cónyuges, Se trata del repudio y la poligamia. Sin embargo, determinadas situaciones derivadas de esos dos elementos podrían tener ciertos reflejos jurídicos en un Estado, como el español, en que la dignidad y los derechos de la persona son ejes esenciales del sistema establecido. Esto sería posible mediante una interpretación atenuada del orden público, sobre la base de la función promocional de los derechos fundamentales del artículo 9.2 CE.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio islámico. Repudio. Poligamia. Orden público. Reflejos jurídicos. Dignidad humana. Promoción de derechos fundamentales.

ABSTRACT

Civil Code establishes the minimum requirements for the effects of religious marriage under the Spanish Law. The Islamic marriage regulated on Article 7 of the 1992 Agreement of the Spanish State with the Islamic Commission of Spain requires the presence of these requirements, which can perfectly concur with other conditions demanded by the Sharia if they respect the requirements laid down by the State regulation.

In order to understand what is at stake, it must be noted that two elements that can be present in the Islamic marriage (polygamy and repudiation) could damage Spanish public order and international one's, as far as they could clash to human dignity and fundamental rights of one of the spouses. Nevertheless, some situations arising from these two elements could have certain effects in a Secular State like Spain, where the human dignity and fundamental rights of the citizens are essential values of the legal system in force. This should be possible if an attenuated interpretation of the meaning of public order is made, on the basis of the promotional function of the fundamental rights established by Article 9. 2 Spanish Constitution.

KEY WORDS: Islamic marriage. Repudiation. Polygamy. Public order. Civil effects. Human dignity. Promotion of fundamental rights.