

DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO DE FAMILIA ISLÁMICO Y ORDEN PÚBLICO

DISCRIMINATION OF WOMEN IN ISLAMIC FAMILY LAW AND PUBLIC ORDER

ALEJANDRO NIETO CRUZ

*Graduado en Derecho
Universidad de Cádiz*

Recibido: 21.11.2019 / Aceptado: 19.12.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5190>

Resumen: El presente trabajo se centra en el análisis de las posibles colisiones existentes entre el orden público español y las principales instituciones del Derecho de familia islámico. No podrán integrarse aquellas instituciones que sean contrarias a valores esenciales de nuestro ordenamiento como la igualdad entre sexos o la monogamia. Sin embargo, a través de la aplicación del orden público atenuado, sería posible reconocer algunos “efectos colaterales” a estas instituciones cuando resultaren beneficiosos para la mujer. El objetivo último sería la protección de ésta como la parte más débil de la relación matrimonial.

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

Abstract: The present paper focuses on the analysis of the possible collisions between the Spanish public order and the main institutions of the Islamic Family Law. It will not be possible to integrate those institutions which are against essential values of Spanish law such as gender equality or monogamy. However, it would be possible to recognize some “collateral effects” to these institutions if they resulted beneficial for women, through the application of the attenuated public order. The main purpose would be women’s protection, as they are the weakest party of the marriage relationship.

Keywords: Islamic Law, public order, Islamic marriage, polygamy, repudiation.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de orden público en el ordenamiento jurídico español. III. El matrimonio islámico: precisiones iniciales. 1. Nociones básicas. 2. Naturaleza del matrimonio islámico. IV. Capacidad y requisitos para contraer matrimonio. 1. La edad núbil mínima. 2. Impedimentos de disparidad de cultos. V. El consentimiento matrimonial. 1. El matrimonio forzado (djabr). 2. El matrimonio temporal (al-mut’a). 3. La intervención del tutor matrimonial (walí). VI. La poligamia y sus efectos colaterales. 1. Cuestiones generales. 2. Los efectos colaterales de la poligamia. VII. Extinción del vínculo: repudio unilateral del marido (talak). VIII. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La característica multiculturalidad de las sociedades contemporáneas ocasiona el contacto entre distintos ordenamientos jurídicos a través de la entrada de los inmigrantes en los Estados de recepción. Estos extranjeros traen consigo el estatuto personal de su país, que será aplicable en el foro de llegada, entre otros casos, cuando la norma de conflicto determine como punto de conexión la naciona-

lidad. Ello puede ocasionar el choque entre distintos sistemas de valores pertenecientes a entornos con diferentes perfiles jurídicos, sociales, culturales, religiosos o ideológicos. Es en este punto donde podríamos encajar la colisión existente entre el Derecho de familia islámico y los valores constitucionales de nuestro país.

2. No cabe duda alguna de que el Derecho islámico, al partir de presupuestos distintos a los propios de los ordenamientos occidentales, contiene elementos discriminatorios contra la mujer en la relación matrimonial. Figuras como la poligamia o el repudio, entre otras, son contrarias a principios elementales de nuestro ordenamiento como la igualdad entre sexos y la monogamia. De esta manera, en este contexto se origina una pugna de intereses entre, por un lado, los extranjeros musulmanes que reclaman el respeto a su identidad cultural y religiosa y, por otro, el Estado de recepción que les exige que se adapten al esquema de valores europeos¹. Por tanto, se hace imprescindible una respuesta a nivel jurídico que equilibre a la vez la necesaria integración de los extranjeros en una sociedad democrática y plural, y el respeto a la dignidad de los ciudadanos, los derechos fundamentales y los valores esenciales, que son los que hacen posible que nuestro país se configure como un Estado social y democrático de Derecho².

3. El objetivo del presente trabajo es el análisis de las principales instituciones del Derecho de familia islámico que sean susceptibles de colisionar con el orden público español. Para ello, atenderemos a las regulaciones que han realizado las legislaciones de diferentes países musulmanes. Prestaremos especial atención a los ordenamientos jurídicos de los países del Magreb, sin que ello sea óbice para que en determinados momentos podamos hacer referencias a otras legislaciones. La específica referencia al Magreb se encuentra justificada si tenemos en cuenta que el mayor caudal de inmigrantes a España proviene efectivamente de dichos países³.

4. Con base en la jurisprudencia de los tribunales españoles, en especial el Tribunal Supremo, y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado (en adelante, DGRN), valoraremos las respuestas que ha dado nuestro ordenamiento ante estos supuestos de choque entre las instituciones matrimoniales islámicas y nuestros valores fundamentales, tales como la igualdad entre el hombre y la mujer. A partir de dicho análisis, propondremos las que consideramos las mejores soluciones para compatibilizar la integración de los extranjeros musulmanes en nuestra sociedad, el respeto a los principios esenciales del orden público español y la protección de la mujer islámica como parte vulnerable de la relación matrimonial.

5. Por último, pese al indudable interés del estudio de la compatibilidad entre el orden público del foro español y el Derecho islámico en lo relativo a las relaciones verticales entre padres e hijos, dichas cuestiones no serán examinadas en el presente trabajo, puesto que exceden por mucho los objetivos y la extensión de lo que este estudio puede abarcar.

II. El concepto de orden público en el ordenamiento jurídico español

6. Nuestro Código Civil recoge en diferentes artículos las normas de conflicto necesarias para la determinación de la ley aplicable en los supuestos de situaciones privadas internacionales. Sirva como

¹ En este sentido, A. BORRÁS, “Europa: entre la integración y la multiculturalidad”, en Z. COMBALÍA, P. DIAGO DIAGO / A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (COORDS.). *Derecho islámico e interculturalidad*. Madrid, Iustel, 2011, p. 28.

² Para un análisis más detenido sobre el multiculturalismo, el asimilacionismo y la interculturalidad, *vid.* J. J. MEGÍAS QUIRÓS, “Familia, integración y modelos de integración”, en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 119 - 153.

³ El 14’37% de los actuales emigrantes residentes legales en España provienen de Marruecos (segundo país en aportar más emigrantes a España tras Rumanía). El siguiente país islámico que aporta más emigrantes a España es Pakistán con el 1’53% del total de emigrantes. Datos extraídos de *Extranjeros residentes en España a 30 de junio de 2019*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, septiembre de 2019 (disponible en http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201906/Residentes_Principales_Resultados_30062019.pdf).

ejemplo el artículo 9.1 del mencionado texto legal, que dispone que la ley aplicable en las materias de estatuto personal es la de la nacionalidad de la persona física⁴. Asimismo, otras normas de conflicto aparecen recogidas en los artículos 9.2 (los efectos del matrimonio); 9.3 (el régimen económico matrimonial) y 107 (disolución del vínculo matrimonial) del Código Civil.

7. En este punto es necesario matizar que algunas de las normas anteriormente mencionadas han sido vaciadas de contenido al ser desplazadas por la preponderancia en su aplicación de los Reglamentos europeos u otros instrumentos internacionales a la hora de recoger la norma de conflicto en las materias específicas que conforman su ámbito de aplicación. De esta manera, la selección del Derecho aplicable aparece regulada en el Reglamento “Roma III”⁵ en relación con la ruptura del vínculo matrimonial (no así la nulidad), en el Reglamento 2016/1103⁶ en materia de régimen económico matrimonial, en el Convenio de la Haya de 1996⁷ para la protección de los menores y la regulación de la responsabilidad parental, y en el Protocolo de la Haya de 2007⁸ con respecto a las obligaciones alimenticias derivadas de vínculos familiares.

8. En cualquier caso, ya sean normas de conflicto nacionales, europeas o internacionales las que regulen la materia en cuestión, la normativa ya referida señala el Derecho que debe aplicarse a la situación privada internacional, que puede tratarse de un Derecho extranjero con una regulación diferente a la contenida en nuestro ordenamiento. Esta designación del Derecho extranjero se lleva a cabo sin procederse previamente al análisis del contenido material de dicho Derecho, produciéndose lo que en la doctrina del Derecho Internacional Privado ha venido a conocerse como un “salto en la oscuridad”⁹.

9. Precisamente, ello puede ocasionar que en determinadas ocasiones se esté seleccionando como aplicable al caso concreto una disposición normativa extranjera que es incompatible con los valores fundamentales y esenciales del ordenamiento jurídico del foro. De este modo, lo que en un principio el legislador entendió como la solución más justa para la resolución del conflicto de leyes, puede acabar produciendo en ciertos casos una serie de efectos negativos a la sociedad española¹⁰.

10. Es en este contexto donde aparece el concepto de orden público, que funcionaría como una suerte de barrera en la fase de determinación de la ley aplicable o en la de reconocimiento de actos y decisiones judiciales extranjeras, que impediría la aplicación del Derecho extranjero con el fin de proteger el conjunto de principios y valores fundamentales que configuran el ordenamiento jurídico del foro¹¹.

11. Cabe destacar que la noción de orden público aparece recogida en nuestro ordenamiento en la práctica totalidad de los proyectos del Código Civil español del siglo XIX, tomando como inspiración, entre otras fuentes, el artículo 6 del Código francés de 1804¹². Se trata, por tanto, de una figura de largo

⁴ El artículo 9.1 CC establece: “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 familia y la sucesión por causa de muerte”.

⁵ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

⁶ Reglamento (UE) n° 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. «BOE» núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁸ Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (2009/941/CE).

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2065, 2008, p. 2352.

¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2353.

¹¹ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/M. GÓMEZ JENE/ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia Colex, 2008, pp. 208 - 209.

¹² Para un recorrido sobre los antecedentes doctrinales y legislativos del concepto de orden público en el ordenamiento español *vid.* J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado Español”. *Anuario de derecho internacional*. II, 1975, pp. 125 - 168.

recorrido en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho Internacional Privado, ya que existen numerosos textos internacionales que recogen cláusulas de orden público similares a la de nuestro Código Civil¹³.

12. En la actualidad, el principal fundamento legal de la cláusula de orden público se encuentra recogido en el artículo 12.3 del Código Civil, que dispone: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Cabe mencionar, igualmente, que las normas europeas o internacionales a las que anteriormente me he referido han reproducido, igualmente, en sus textos cláusulas de orden público¹⁴. No obstante, en la mayoría de los casos se tratan de cláusulas generales que se remiten a la aplicación del orden público del foro a la hora de impedir la eficacia de la norma extranjera, por lo que seguiremos centrándonos de momento en el análisis del artículo 12.3 del Código Civil.

13. Más allá de lo establecido en el precepto recién referido, no encontramos una definición expresa de dicho concepto en ningún texto positivo español. En palabras del Tribunal Supremo, el orden público podría ser definido como “el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”¹⁵. De este modo, reiterando la idea expresada anteriormente, la cláusula de orden público se articularía como “un mecanismo de protección de instituciones jurídicas, políticas, morales, familiares, de la organización social, de un determinado ordenamiento jurídico”¹⁶.

14. En el supuesto de que la norma extranjera vulnerara el orden público, se recurriría a la aplicación del Derecho material español (o, en su caso, a la articulación de una solución *ad hoc* para el caso concreto)¹⁷. De esta manera, ante la disyuntiva entre destruir las expectativas de quienes confiaban en la aplicación de la ley de su nacionalidad extranjera y permitir determinados efectos negativos contra la generalidad de la sociedad española, la aplicación del orden público se constituye como “la solución menos mala”¹⁸.

15. Si bien no aparece denominado como tal en el artículo 12.3 del Código Civil, la doctrina al referirse a este precepto suele hablar de orden público “internacional” (adjetivo suprimido en la práctica totalidad de textos en los que se refleja dicho concepto). En realidad, con dicha denominación la doctrina ha querido indicar que la referida cláusula resulta de aplicación “en aquellos casos que presentan elementos extranjeros”¹⁹, si bien no cabe duda alguna de que la cláusula de orden público posee un “contenido nacional” conformado por los principios fundamentales del ordenamiento español y que lo diferencian del orden público de otros países²⁰.

16. Para la determinación de los principios que conformarían el orden público español se haría preciso atender, en primer lugar, al conjunto de valores supremos recogidos en nuestro texto constitucional²¹; en segundo lugar, al contenido del llamado Derecho internacional de los Derechos humanos (adquiriendo especial importancia en el contexto europeo el Convenio europeo para la protección de los

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2354.

¹⁴ *Vid.* el art. 12 del Reglamento “Roma III”, el art. 31 del Reglamento 2016/1103, el art. 22 del Convenio de la Haya de 1996 o el art. 13 del Protocolo de la Haya de 2007.

¹⁵ STS 5 de abril 1966 (RJ1966\1684).

¹⁶ J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado Español”, op. cit., p. 142.

¹⁷ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/ M. GÓMEZ JENE & J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., p. 212. En J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2378, se distingue entre el sistema latino (un único punto de conexión) y el sistema subsidiario (varios puntos de conexión).

¹⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2357.

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2365.

²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2361 - 2362.

²¹ J. A. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas, 2016, p. 171. Cabe destacar que existe cierta polémica en la doctrina sobre si el orden público estaría conformado únicamente por los derechos fundamentales del Título I de la Constitución o si también se incluirían los principios rectores del Título III, *vid.* A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/M. GÓMEZ JENE / J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., pp. 210 - 211.

derechos humanos y de las libertades fundamentales y sus Protocolos)²²; y, en tercer lugar, habría que tomar igualmente como referencia los principios contenidos en los Tratados constitutivos de la Unión Europea en relación con el orden público económico²³.

17. De esta manera, visto su contenido, va a resultar lógico que el orden público opere con menor frecuencia en aquellas disciplinas regidas por la autonomía de la voluntad, como puede ser el Derecho contractual, y, sin embargo, se produzca una intervención mayor en aquellas otras ramas del Derecho privado conformadas mayormente por normas imperativas, como ocurre en materia matrimonial o de filiación²⁴.

18. Para el objeto del presente trabajo, resulta necesario prestar especial atención a determinados derechos fundamentales como son la dignidad de la persona (art. 10 CE)²⁵, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (art. 14 CE)²⁶ o la igualdad entre hombres y mujeres, tanto fuera como dentro del matrimonio (arts. 14, 32 y 39 CE)²⁷. Igualmente, entendiendo que se trata de la única forma posible de contraer matrimonio desde la concepción española, la monogamia se constituye como otro de los elementos fundamentales del orden público al que también deberemos prestar atención en el presente estudio²⁸. Con base en numerosas Resoluciones de la DGRN, queda evidenciado “el rechazo u hostilidad del ordenamiento jurídico interno frente a la poligamia”²⁹ en tanto que atenta “contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”³⁰.

19. A continuación, antes de proceder al análisis de la compatibilidad del matrimonio islámico con nuestro orden público, resulta necesario reseñar que el orden público viene caracterizado por una serie de notas³¹. La primera de ellas sería la temporalidad, lo que implica que naturalmente el paso del tiempo puede alterar la percepción de la sociedad sobre la importancia de determinados principios o valores (véase, por ejemplo, el cambio de opinión de la población española en relación con el divorcio y la

²² M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”. *Revista Actualidad Laboral*, N.º 33, 2003, p. 585.

²³ J. A. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, op. cit., 2016, p. 172.

²⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2362. En este sentido, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”. *Bitácora Millennium*, N.º 4, diciembre 2016, pp. 1 - 16, en el que se argumenta a favor de la preponderancia de la autonomía de la voluntad en un supuesto de sucesión iraní en el que la hija perjudicada por la norma extranjera se encuentra conforme con el resultado de la misma.

²⁵ Vid. RDGRN de 11 de mayo de 1994 (RJ\1994\5022) que establece “que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”. De igual tenor son, entre otras, las RDGRN de 3 de diciembre de 1996 (RJ\1997\7371), RDGRN de 14 de mayo de 2001 (RJ\2002\1728), RDGRN de 24 de octubre de 2005 (JUR\2006\266812) o RDGRN de 27 de abril de 2012 (JUR\2013\17322).

²⁶ Vid. SAP de Barcelona 28 octubre 2008 (JUR\2009\64243) que decide no aplicar la legislación marroquí que impide el derecho a la herencia entre un musulmán y un no musulmán porque “esta norma vulnera nuestra legalidad vigente, pues supone una discriminación por razón de religión, expresamente vetada por el artículo 14 de la Constitución Española”.

²⁷ Vid. SAP de Álava 1 febrero 2016 (JUR\2016\79114) que deniega la aplicación del Derecho camerunés por falta de prueba del mismo, pero establece en cualquier caso que no podría aplicarse porque “otorga objetivamente la guarda y custodia al padre, [y] revela que, en su caso, se trata de una norma manifiestamente discriminatoria y por ello inaplicable, al infringir los arts. 14, 32 y 39 de la Constitución Española”.

²⁸ En J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 191, se aporta el siguiente concepto constitucional de matrimonio: “una unión entre dos personas, no necesariamente de sexo diferente —si lo son, con plena igualdad jurídica, tanto para contraerlo, como en la relación jurídica creada una vez contraído—, que no integran la familia nuclear, concertada libremente por los propios contrayentes, mediante la prestación de consentimiento matrimonial expreso, que genera un vínculo jurídico, consistente en la creación de una comunidad de vida de carácter familiar, dotada de un estatuto propio, al que no pueden acceder los solteros, aunque integren uniones libres, y en la que queda excluida su libre ruptura”.

²⁹ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, op. cit., p. 584.

³⁰ Vid. nota 25.

³¹ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/ M. GÓMEZ JENE/ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., pp. 211 - 212. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2358 y ss. J. A. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 171.

legalización del mismo), motivo por el que se valoran únicamente los principios que estén vigentes en el momento en que se debe aplicar la ley extranjera. En segundo lugar, encontraríamos como característica la territorialidad, que implica que, tal y como ya se ha indicado, se tome como referencia el orden público del foro, que está conformado por “principios nacionales”. Por último, habría que atender al elemento de la excepcionalidad, lo que se traduce en un empleo restrictivo de la cláusula de orden público y únicamente para aquellos supuestos de choque frontal con los principios fundamentales del foro.

20. Precisamente, a diferencia de las normas imperativas (que son disposiciones legales que resultan de aplicación inmediata en una materia sin entrar en la consulta del Derecho extranjero y que conformarían la dimensión positiva del orden público)³², la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil es aplicada por el juez en el caso concreto³³. Ello permite que los jueces delimiten el ámbito del orden público, evitando los resultados que se derivarían de una aplicación excesiva del mismo y que atentarian contra las legítimas expectativas de justicia y seguridad jurídica que pudieran albergar los sujetos implicados.

21. En cualquier caso, cabe destacar que el artículo 12.3 del Código hace hincapié en que no se aplicará la ley extranjera cuando “resulte contraria al orden público”. Del tenor literal del precepto se puede deducir con claridad que lo verdaderamente importante no es si una norma extranjera, considerada en abstracto y sin tener en cuenta su aplicación material al caso específico, es contraria al orden público, sino que hay que atender a si el resultado fruto de la aplicación de dicha norma es contrario o no³⁴. Esto es así porque podría darse el supuesto de que la aplicación de una norma extranjera que, en principio, es contraria a nuestros valores esenciales no dé lugar a un resultado concreto que sea contrario a los principios básicos de nuestro ordenamiento o que produzca daño alguno a la sociedad española.

22. De hecho, si atendemos al Derecho internacional privado comparado, nos percataremos de que tanto en textos convencionales como en disposiciones legales de otros países de nuestro entorno, existe esa misma tendencia a valorar, por encima de todo, los efectos que se producen en el caso concreto a la hora de determinar la compatibilidad o no con el orden público, más allá de la posible compatibilidad en abstracto de la norma extranjera con el orden público del foro³⁵.

23. En otras palabras, para la aplicación de la cláusula de orden público lo que resulta vital es determinar que el resultado al que se llega sea contrario a los valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro, no que la norma considerada en abstracto lo sea. Por ello, va a resultar de especial importancia atender a los datos concretos del supuesto de hecho para determinar si hay vulneración o no del orden público³⁶.

24. Precisamente, en esta línea resulta necesario tratar el concepto de orden público atenuado, que ha sido empleado por la jurisprudencia como herramienta para resolver numerosos conflictos³⁷.

³² J. A. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 169.

³³ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.), M. GÓMEZ JENE/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., p. 209.

³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2354. A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio” en MC. BARRANCO AVILÉS, O. CELADOR ANGÓN Y F. VACAS FERNÁNDEZ (COORDS.). *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*. Madrid, Dykinson, 2011, p. 196.

³⁵ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.), M. GÓMEZ JENE & J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., pp. 216 - 217.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2355.

³⁷ Es preciso destacar que hay quien ha defendido que para evitar efectos fraudulentos, a la hora de aplicarse el orden público atenuado debería atenderse al grado de conexión del supuesto con el foro, *vid.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, op. cit., p. 587, citando a su vez a A. BUCHER. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, R. des C., T. 239, 1993, pp. 49, y A. BUCHER. *La famille en droit international privé*, R. des C., t. 283, 2000, pp. 130 - 131. Sobre el orden público de proximidad, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2365 y ss. J. A. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 170 - 171.

25. De esta manera, distinguiríamos, en primer lugar, entre aquellas situaciones que pretenden crearse en España de acuerdo a una norma extranjera contraria al orden público, en cuyo caso operaría el artículo 12.3 del Código Civil impidiendo su aplicación, y aquellas situaciones que ya han sido constituidas legalmente en un país extranjero y que van a producir determinados efectos en nuestro país. En este segundo caso podríamos diferenciar a su vez entre los efectos jurídicos “nucleares” que producen dichas situaciones y los efectos jurídicos “periféricos”. Pues bien, a través de la aplicación del orden público atenuado, se impide reconocer los efectos nucleares, que resultan dañinos para la sociedad española, pero sí permitiéndose dar un reconocimiento a estos efectos periféricos que no generan efectos negativos³⁸.

26. Dicha distinción va a resultar esencial posteriormente en el análisis del reconocimiento de los efectos producidos por determinadas instituciones del Derecho de familia islámico.

III. El matrimonio islámico: precisiones iniciales

27. Si el orden público va a operar en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero resulta incompatible con los valores esenciales del ordenamiento, se hace preciso estudiar cuáles son los elementos del matrimonio musulmán susceptibles de originar este tipo de controversias jurídicas. No obstante, antes de llevar a cabo dicho análisis, es importante realizar una serie de precisiones en torno a la institución del matrimonio islámico. Conviene recordar que la regulación de esta institución se ha realizado en un entorno cultural y socio-político completamente distinto al nuestro, al llamado “mundo occidental”, por lo que resulta imprescindible aportar un mínimo marco de referencia que pueda servirnos de contexto para comprender mejor las dinámicas propias del matrimonio islámico.

28. Sin embargo, antes de proseguir, se hace necesario realizar una precisión adicional en torno al objeto de este estudio. Nuestro objetivo consiste en el análisis de la compatibilidad con nuestro orden público de los resultados derivados de la aplicación de una ley extranjera. De este modo, pretendemos dejar fuera las cuestiones relativas al “matrimonio coránico”, entendiendo por éste el matrimonio celebrado en España bajo la forma religiosa islámica (en virtud del Acuerdo suscrito por el Estado con la Comisión Islámica de España en 1992³⁹), pero cuya regulación de fondo está sometida a nuestras normas sustantivas civiles⁴⁰.

1. Nociones básicas

29. El Islam es una religión monoteísta que forma parte de la misma familia teológica que las religiones judía y cristiana⁴¹. Sin embargo, para sus miembros el Islam no es concebido sólo como una religión, sino como una comunidad con proyección de universalidad (la Umma)⁴². Ésta se asienta sobre cinco pilares principales: “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”⁴³.

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2369 - 2370.

³⁹ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

⁴⁰ En M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Nº. 34, 2017, p. 15, se explica claramente esa distinción entre un matrimonio islámico celebrado de acuerdo a una ley extranjera y el matrimonio religioso de tipo coránico, que es una forma de celebración del matrimonio español. Para un análisis detenido sobre el matrimonio celebrado según la forma islámica en España, vid. J. A. ALBERCA DE CASTRO. “El reconocimiento del matrimonio islámico por el ordenamiento español”. en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (Coord.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 209 - 244.

⁴¹ A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº. 85, enero-abril 2009, p. 125.

⁴² A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 125.

⁴³ A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 126.

30. La *Sharía*, compuesta principalmente por el Corán y la Sunna y complementada por otra serie de fuentes menores, conforma el sistema normativo por el que se rige el Islam⁴⁴. Al configurarse como Estados teocráticos en los que no se produce una separación entre el poder civil y el religioso, los Estados musulmanes tienen la obligación de llevar a cabo una legislación que se inspira directamente en la *Sharía* (a la que puede interpretar, pero no contradecir)⁴⁵.

31. En este punto resulta necesario hacer una aclaración de vital importancia. La inspiración que todos los Estados islámicos toman de los textos sagrados no implica que la legislación de estos Estados sea uniforme. Podríamos afirmar que ello es consecuencia de dos factores. En primer lugar, la división del Islam en numerosas escuelas jurídicas que realizan interpretaciones diferentes de la *Sharía*. Las distintas escuelas son fruto de la escisión del Islam tras la muerte del profeta Mahoma en dos ramas principales: la sunní (cuya interpretación de la *Sharía* se basa en el consenso de la comunidad) y la shií (que únicamente admite como interpretación válida la realizada por los imanes)⁴⁶. El segundo factor serían las distintas influencias que han moldeado a cada Estado en particular (escuela predominante, influjo de países occidentales...)⁴⁷. La influencia de los sistemas legales extranjeros de corte romano ha provocado, entre otros efectos, la limitación de la aplicación de la *Sharía* a las cuestiones relativas al estatuto personal⁴⁸.

32. Es por ello por lo que, ante semejante diversidad legislativa, nos centraremos, tal y como apuntamos previamente, en analizar principalmente los ordenamientos jurídicos de los países del Magreb.

2. Naturaleza del matrimonio islámico

33. Frente a la concepción occidental y generalmente extendida del matrimonio como un negocio jurídico complejo o una institución jurídica⁴⁹, doctrinalmente ha solido considerarse al matrimonio islámico como un contrato⁵⁰. Podríamos definir el matrimonio islámico como un “acto por el que se

⁴⁴ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 28 - 29. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 126. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*. Cádiz, OCRE, 2012, pp. 244 - 245.

⁴⁵ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 27. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 126. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.)/ R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. p. 244.

⁴⁶ S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 245 - 246. Para una breve descripción de las principales escuelas jurídicas islámicas, vid. DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*. London: Graham and Trotman, 1992, pp. 2 - 4. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*. Boston, Leiden, 2009, pp. 17 -33. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*. Boston, Leiden, 2009, pp. 11 - 13.

⁴⁷ S. ACUÑA/R. DOMÍNGUEZ/ P. LORENZO/ A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 29. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 245 - 246.

⁴⁸ DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., p. 8.

⁴⁹ Si bien continúa habiendo cierto debate doctrinal en torno a si el matrimonio es un contrato, un negocio jurídico o una institución, vid. C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 23 - 25.

⁵⁰ En DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 10 - 11 se explica que todas las escuelas islámicas clásicas han considerado el matrimonio como un contrato en el que se otorga al hombre un derecho sexual exclusivo sobre su mujer, si bien es cierto que la doctrina contemporánea emplea otras definiciones más amplias para referirse al matrimonio. En este mismo sentido, entre otros, vid. A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*. Madrid, Colex, 2002, pp. 31 y ss. M. D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2010, pp. 25 y ss. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. “La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes”, en M. MOYA ESCUDERO (DIR.), I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, A. LARA AGUADO, N. MARCHAL ESCALONA, A. RODRÍGUEZ BENOT, R. RUEDA & C. RUIZ SUTIL. *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 73 y ss.

adquiere el derecho a gozar del otro cónyuge” o como un “contrato por el que un hombre y una mujer se unen para una vida conyugal común y duradera”⁵¹. Cabe destacar que la doctrina suele establecer cierta analogía entre el matrimonio islámico y la compraventa, comparación motivada por la entrega de la dote por parte del marido a su mujer al modo del pago de precio por la adquisición de un bien⁵².

34. No obstante, no cabe duda alguna de que la simetría entre la figura del contrato y la del matrimonio islámico no es total, ya que esta última presenta una serie de particularidades que la distinguen. Podríamos destacar que, entre otras cuestiones, el matrimonio presenta un contenido obligatorio (independientemente de la posibilidad de pactar aspectos económicos), además de poseer fines y perfiles morales y religiosos que lo diferencian claramente de una compraventa común⁵³.

35. En cualquier caso, podríamos afirmar que el matrimonio islámico es un contrato que presenta determinadas particularidades que provienen, precisamente, del fuerte componente religioso que impregna o inspira el contenido de dicha figura.

36. En primer lugar, conviene recordar que en el Islam el matrimonio es una obligación para todo musulmán⁵⁴, dado que se trata del estado perfecto y de la vía de legitimación de la descendencia, cumpliendo así con su misión procreadora⁵⁵. En segundo lugar, es preciso insistir en que el fuerte influjo religioso determina una legislación generalmente caracterizada por la desigualdad entre el hombre y la mujer. Esto es así porque el Islam no parte de la igualdad de los contrayentes en el matrimonio, sino de su complementariedad, lo que se deriva en los diferentes roles que ocupan el hombre y la mujer dentro de la relación conyugal⁵⁶.

37. Con el fin de equiparar las posiciones de ambas partes en la negociación de este contrato matrimonial, la mujer negocia con su virginidad, de modo que obtiene la dote y el derecho a ser mantenida (*nafaqa*) a cambio de otorgarle el derecho de intimidad exclusivo a su marido⁵⁷. Precisamente, con este ánimo de proteger a la mujer que ocupa una posición jurídica de inferioridad, las legislaciones islámicas prevén la figura de un tutor matrimonial (*walí*), rol normalmente ejercido por un pariente de la mujer, que va a representar a la futura esposa en la negociación y en la prestación del consentimiento⁵⁸.

⁵¹ Ambas definiciones están tomadas de A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 31. Para otras definiciones del matrimonio islámico, vid. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 31 y ss..

⁵² A. MOTILLA DE LA CALLE/ P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 32. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 33 y ss. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) / R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 248 y ss.

⁵³ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 32 - 33. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 32 y ss.

⁵⁴ Sura XXIV, aleya 32: “Y casad a vuestros solteros y a vuestros esclavos y esclavas que sean rectos. Si son pobres, Allah les enriquecerá con Su favor. Allah es Magnánimo, Conocedor”.

⁵⁵ S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 247 - 248. M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., pp. 13 - 14.

⁵⁶ M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 14. M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio polígámico en el Sistema Español de Seguridad Social”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº. 1, 2019, p. 240. *A sensu contrario*, JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 31 y ss. entiende que el matrimonio islámico implica una asociación entre iguales. De igual modo, el autor sostiene la importancia de la posición de la mujer en la sociedad musulmana, pero consideramos que, por muy relevante que estos sean, no deberíamos olvidar que en última instancia los únicos roles que se reservan para la mujer son los de madre y esposa.

⁵⁷ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 26 y ss.

⁵⁸ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 27 - 28.

38. En cuanto a los fines del matrimonio, podríamos hablar de la “perpetuación del individuo mediante la procreación y la legitimación de las relaciones sexuales entre los cónyuges”⁵⁹. Por otro lado, las condiciones necesarias para la validez del matrimonio islámico son la capacidad de los contrayentes, su consentimiento, el cumplimiento de determinados requisitos formales y la dote⁶⁰. A su vez, la validez del contrato generará una serie de derechos, tanto para ambas partes como en exclusiva para alguna de ellas (el derecho a la obediencia de la mujer que posee el marido o el derecho a la dote y a ser mantenida de la mujer)⁶¹.

39. Por último, es conveniente señalar que las notas más destacadas del matrimonio islámico son la poligamia y el repudio (elementos que analizaremos posteriormente). En cualquier caso, es interesante destacar que se trata de elementos cuya inclusión en el matrimonio es facultativa y que no constituyen requisitos de validez del mismo, además de las diferencias que presentan entre sí al afectar a momentos diferentes de la relación (la poligamia a la constitución del vínculo y el repudio a la extinción del mismo)⁶².

IV. Capacidad y requisitos para contraer matrimonio

40. En virtud de lo establecido en el artículo 9.1. del Código Civil, las cuestiones referidas a la capacidad matrimonial de los contrayentes se van a regir según la ley de su nacionalidad.

41. Precisamente, tal y como hemos señalado previamente, uno de los elementos necesarios para la validez del matrimonio islámico es la “habilidad de los contrayentes”, lo que se traduce, en primer lugar, en que los contrayentes gocen de las facultades mentales y posean la edad necesaria para poder contraer matrimonio, y, en segundo lugar, en la ausencia de impedimentos matrimoniales⁶³.

42. En relación a este segundo punto, tal y como ocurre en los ordenamientos jurídicos occidentales⁶⁴, la concurrencia de una determinada circunstancia en una persona puede provocar que ésta sea *h'aram* para otra, es decir, que no puede contraer matrimonio con ella, ya sea de forma absoluta o de manera relativa⁶⁵.

43. Cabe destacar que, a diferencia de lo que podría ocurrir con la regulación española, no resulta sencillo sistematizar todos los impedimentos matrimoniales previstos en los ordenamientos de inspiración islámica, dada la enorme diversidad existente en este punto entre las distintas legislaciones

⁵⁹ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 35 - 36 se aporta otro listado adicional: “procreación legítima; remedio de la concupiscencia; gratificación emocional; garantía de la estabilidad emocional; consecución de alianzas interfamiliares; solidaridad del grupo; y, por último, persigue también el cumplimiento de un acto piadoso”.

⁶⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 33. A su vez, una vez que el contrato matrimonial es válido, para que éste sea vinculante se requiere que exista compatibilidad de estatus social (*kafa'ah*) y ausencia de determinados defectos físicos o psíquicos, *vid.* DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 68 - 82. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*. Boston, Leiden, 2009, pp. 59 - 60.

⁶¹ Para una exhaustivo desarrollo de estos derechos, *vid.* DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 92 - 135.

⁶² A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 141.

⁶³ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO/ A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 33.

⁶⁴ *Vid.* a modo de ejemplo en nuestro ordenamiento, arts. 46 y 47 CC.

⁶⁵ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 48.

y escuelas musulmanas y dado el hecho de que se trata de una cuestión donde la casuística tiene una especial incidencia⁶⁶.

44. En general, tanto las legislaciones de Estados musulmanes como la doctrina suelen referirse a los siguientes impedimentos:⁶⁷ consanguinidad, afinidad, lactancia, ligamen, retiro legal (*idda*), repudio triple, diversidad de culto...

45. El análisis de todos y cada uno de estos impedimentos desbordaría el objeto del presente trabajo, por lo que en este momento procederemos exclusivamente al análisis de aquellas dos cuestiones que encierran más posibilidades de chocar frontalmente con nuestro orden público en materia de discriminación de la mujer: los matrimonios de menores de edad y el impedimento de diversidad de culto.

46. Finalmente, antes de proceder al desgranamiento de estas dos materias, resulta necesario hacer una última precisión en relación con el impedimento de ligamen. La especial configuración de dicho impedimento matrimonial en el Derecho islámico abre la puerta al matrimonio simultáneo de un hombre con varias mujeres, lo que, sin duda, resulta de especial interés en el estudio que estamos realizando. No obstante, el análisis de la poligamia islámica y sus consecuencias en el ordenamiento español es lo suficientemente complejo como para merecer un tratamiento diferenciado y autónomo en otro epígrafe de este trabajo.

1. La edad núbil mínima

47. En el Derecho islámico clásico podían contraer matrimonio todas aquellas personas que estuvieran en pleno uso de sus facultades mentales y que hubieran alcanzado la pubertad⁶⁸.

48. No obstante, resulta necesario destacar que dicha posibilidad ha sido corregida por algunos ordenamientos islámicos que han elevado la edad mínima para contraer matrimonio.

49. En este sentido, el artículo 19 del Código de Familia de Marruecos eleva la edad para contraer matrimonio a los 18 años, tanto para el hombre como para la mujer⁶⁹. Sin embargo, los artículos 20 y sucesivos recogen la posibilidad de que se autorice el matrimonio de un menor de edad. A grandes rasgos, se prevé que el juez de familia pueda autorizarlo tras tomar declaración a los padres del menor

⁶⁶ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 47 - 48. M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 16.

⁶⁷ Resulta necesario destacar que la doctrina suele hacer una clasificación entre impedimentos permanentes o temporales, en función de si la circunstancia que impide el matrimonio puede desaparecer con el paso del tiempo o no. Para más información sobre la regulación de cada uno de estos impedimentos *vid.* DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 27 - 48. A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 35 - 37. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*, op. cit., pp. 62 - 70. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit. pp 37 - 48.

⁶⁸ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 45 se indica que la edad mínima es de 15 años para el varón y 12 para la mujer, si bien matizan que para la escuela shiita la edad mínima es de 12 años para el varón y 9 para la mujer (nota 54, pág. 45). En M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 15 se afirma que los jurisprudencias coinciden en fijar la edad mínima en la pubertad con base en la Sura IV, aleya 6: "Tantead a los huérfanos hasta que alcancen la nubilidad. Cuando los creáis ya maduros, pasadles sus hacienda (...)". (nota 60, pág. 15).

⁶⁹ El art. 19 CFM dispone: "La capacidad matrimonial se adquirirá, por lo que se refiere al hombre y a la mujer que gocen de plenas facultades mentales, a los dieciocho años gregorianos cumplidos". Todas las transcripciones que aparecen en este trabajo de la Mudawana han sido extraídas de *Código de la familia de Marruecos*. Madrid: Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España. Traducción de Abderrahim Abkari Azouz.

o a su representante legal y razonando el interés que justifica la celebración del mismo⁷⁰. Entre otras cuestiones, la legislación marroquí no señala, dentro de la minoría de edad, el límite inferior para poder contraer matrimonio, quedando esta cuestión al prudente arbitrio del juez, lo que suele traducirse en la posibilidad de que niñas de catorce años o menos contraigan matrimonio con hombres mucho mayores que ellas⁷¹.

50. De forma similar a la legislación marroquí y eliminando las diferencias que se establecían entre sexos, Argelia fijó con la reforma del 2005 la edad para contraer matrimonio en 19 años tanto para el hombre como para la mujer, mientras que Túnez en 2007 la estableció en 18 años para ambos sexos⁷². Sin embargo, de la misma forma que Marruecos, la legislación de ambos países sigue previendo la posibilidad de que el juez autorice el matrimonio de menores en determinados supuestos⁷³.

51. Por tanto, nos encontramos con que, incluso en los países islámicos que poseen una legislación más “avanzada”, se sigue previendo la posibilidad de que se autorice la celebración de un matrimonio de menores. En consecuencia, debemos preguntarnos si estos matrimonios pueden tener cabida en el foro español o se activaría la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil.

52. Si bien hay quien puede preguntarse si los preceptos del Código Civil relativos a la edad núbil mínima constituyen un principio básico del ordenamiento, nos gustaría recordar que, en cualquier caso, el estado civil es una cuestión de orden público y que, además, entraría en juego una posible vulneración del artículo 39 de la Constitución, que encomienda la protección de los hijos y de los niños de acuerdo con lo establecido en los acuerdos internacionales⁷⁴.

53. El artículo 46.1 del Código Civil establece que no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados⁷⁵. *A sensu contrario*, podemos entender que en España pueden contraer matrimonio tanto los mayores de edad como los menores que sí están emancipados. La mayoría de edad se concede en nuestro ordenamiento al alcanzar los 18 años⁷⁶, mientras que en la actualidad la emancipación sólo es posible a partir de los 16 años⁷⁷.

54. A la luz de estas normas, no debería existir problema para reconocer en el foro español la eficacia de un matrimonio contraído por personas que tuvieran, al menos, 16 años. No obstante, cabe preguntarse si, en cambio, sería posible reconocer un matrimonio cuando uno de los cónyuges tuviera una edad inferior a la anteriormente referida.

⁷⁰ Para una descripción más detallada del régimen de autorización de los matrimonios de los menores de edad *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 36 - 43.

⁷¹ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 37 y 40. *Vid.* “Una ley marroquí permitió casar a 25.000 menores de edad en 2018”, *Diario El Faro de Ceuta*, 22 marzo 2019, disponible en <http://elfarodeceuta.es/una-ley-marroqui-permitio-casar-a-25-000-menores-de-edad-en-2018/> (fecha última consulta: 3/11/2019).

⁷² A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*. Granada, Comares, 2018, p. 25.

⁷³ Para más información de los elementos necesarios para dicha autorización, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 25.

⁷⁴ M. D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 42. En este sentido, *vid.* Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. «BOE» núm. 128, de 29 de mayo de 1969; y el art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁷⁵ El art. 46 CC dispone: “No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

⁷⁶ *Vid.* art. 12 CE y art. 315 CC.

⁷⁷ *Vid.* arts. 317, 319 y 320 CC.

55. En la actualidad, la entrada en vigor de la Ley de jurisdicción voluntaria del 2015 supuso la modificación del artículo 48 del Código Civil, eliminando la posibilidad de dispensa para contraer matrimonio a los menores que tuviesen, al menos, catorce años⁷⁸. Se sigue de esta manera la tendencia actual en el Derecho comparado, que ha sido la de desechar los criterios propios del Derecho romano y del Derecho canónico clásico con el objetivo de poner fin al matrimonio de los menores⁷⁹.

56. En principio, esta reforma serviría como base para sostener que a día de hoy la edad mínima para contraer matrimonio en el ordenamiento español se ha establecido en 16 años, de tal modo que habría que denegar la inscripción de un matrimonio en el que los contrayentes no alcanzasen dicha edad en virtud de la aplicación del orden público del artículo 12.3 del Código Civil⁸⁰.

57. No obstante, pese a lo anteriormente señalado, si bien es cierto que se ha elevado la edad mínima para contraer matrimonio en el Derecho civil común, parece apropiado señalar que en el Derecho foral aragonés aún se sigue previendo la posibilidad de emanciparse a los 14 años⁸¹. Si el Código Civil establece que los menores emancipados pueden contraer matrimonio y, en virtud de las disposiciones del Derecho foral aragonés, un menor puede emanciparse a los 14 años, podríamos concluir que sería posible en nuestro ordenamiento un matrimonio de un menor de dicha edad⁸².

58. Es oportuno reseñar que la DGRN atiende a la edad mínima a la que es posible contraer matrimonio en el ordenamiento español a la hora de autorizar la inscripción de un matrimonio entre menores celebrado de acuerdo con la ley de su nacionalidad⁸³. De esta manera, si existe la posibilidad en nuestra legislación de contraer matrimonio a los 14 años, aunque sea a través de una previsión contenida en el Derecho civil aragonés, sería posible sostener que no sería contrario al orden público español la autorización de un matrimonio de un menor extranjero de dicha edad⁸⁴.

⁷⁸ C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 23 - 25.

⁷⁹ C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 39 - 40.

⁸⁰ Se trata de la tesis contemplada en A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 85 - 87.

⁸¹ *Vid.* art. 30 y ss. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. «BOA» núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

⁸² En M. C. BAYOD LÓPEZ/ J. DELGADO ECHEVARRÍA/ J. A. SERRANO GARCÍA (DIR.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*. Madrid, Dykinson, 2015, pp. 107 - 108 se establece que el Código de Derecho Foral de Aragón no emancipa a través del matrimonio, sino que concede la mayoría de edad al contrayente con una edad inferior a 18 años. Es cierto que la competencia del sistema matrimonial español le corresponde al Estado y que la antigua dispensa para menores de 14 años ha desaparecido de nuestro ordenamiento. Sin embargo, del art. 46.1º CC se desprende, *a sensu contrario*, que los menores emancipados pueden contraer matrimonio y el art. 30 del Código de Derecho Foral de Aragón permite la emancipación a los 14 años, por lo que la conjunción de ambas normas provoca que “los aragoneses a partir de los 14 años [...] por haber sido emancipados (art. 30 CDFA en relación con el art. 46-1º CC) podrán contraer matrimonio” (pág. 108).

⁸³ En este sentido, *vid.* RDGRN de de 23 febrero de 1989 (RJ\1989\1697) y RDGRN de 27 mayo 1994 (RJ\1994\5898), que autorizaban, respectivamente, un matrimonio con una chica de 12 años y otra con una de 14 años. Ello fue posible en cada caso dado que la edad mínima para contraer matrimonio en la legislación española estaba fijada en 12 años para la mujer y, posteriormente, en 14.

⁸⁴ En este sentido, M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., pp. 34. En materia de sucesiones, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ. “Sucesiones internacionales y orden público constitucional la sucesión “mortis causa” en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica”. *Derecho privado y Constitución*, N° 23, 2009, pp. 149-199 y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, op. cit., pp. 1 - 16 sostienen cómo la diversidad de la regulación de la cuestión sucesoria en los distintos Derechos forales provoca que pocas previsiones normativas extranjeras puedan ser verdaderamente contrarias al orden público español (p.ej. la existencia o no de legítima no es una cuestión de orden público), salvo si son atentatorias contra los derechos fundamentales. Análogamente, podríamos entender que si uno de los ordenamientos forales prevé la posibilidad de contraer matrimonio con 14 años, el orden público español no podría impedir la eficacia de una norma extranjera que permitiera dicha posibilidad. *A sensu contrario*, R. DURÁN RIVACOBIA & A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. “Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)”. *Actualidad civil n.º 1, enero 2016, Editorial Wolters Kluwer* sostienen que la posibilidad de que los aragoneses de 14 años contrajeran matrimonio no existe en nuestro ordenamiento en la medida que la competencia en materia de condiciones para contraer matrimonio corresponden exclusivamente al Estado.

59. Si consideramos que la tesis recién expuesta es válida, la única forma de que el orden público operara frente a los matrimonios en los que los contrayentes tuvieran menos de 16 años sería eliminando la posibilidad de emanciparse a los 14 años contemplada en el Derecho civil aragonés. Precisamente, tal y como reflejan las Resoluciones de la DGRN indicadas, en esta materia ya se ha producido en una ocasión la modificación de la edad mínima para contraer matrimonio (elevándose la edad de 12 años a 14), por lo que no habría obstáculo para volver a elevar dicho límite a 16 años si se procediera a hacer la modificación legislativa oportuna.

2. Impedimentos de disparidad de cultos

60. El Derecho musulmán recoge el impedimento de disparidad de cultos, que impide al hombre contraer matrimonio con una mujer que no sea de una de las tres religiones del libro (cristianismo, judaísmo o islam) y que, a su vez, imposibilita a la mujer contraer matrimonio con un varón no musulmán⁸⁵.

61. Este impedimento encuentra su fundamento en el propio Corán⁸⁶. Se parte de la idea de que los hijos deben seguir la religión del padre, por lo que en el caso de que la madre se casara con un hombre que no fuera de religión musulmana existiría un grave peligro de que su descendencia no estuviera educada en el Islam. En cambio, se permite cierta permisibilidad al hombre para contraer matrimonio con mujeres no musulmanas bajo la creencia de que éste sí ejercerá cierta influencia religiosa sobre ella, que impediría que la familia se apartara de las creencias islámicas⁸⁷.

62. De esta forma, el artículo 39 del Código de Familia de Marruecos recoge este impedimento matrimonial⁸⁸, al igual que lo hace el Código de Familia de Argelia⁸⁹. Resulta llamativo el caso de Túnez, que pese a no recoger expresamente dicha prohibición en su Código del Estatuto Personal, la jurisprudencia (Sentencia de 31 de enero de 1966 del Tribunal Supremo tunecino) y la Administración tunecina (Circular del Ministerio de Justicia de Túnez de 5 de noviembre de 1973) sí han entendido que dicho impedimento sigue vigente en su ordenamiento⁹⁰.

63. En relación con este asunto, los Estados occidentales se han mostrado reacios a admitir cualquier clase de restricción injustificada o discriminatoria al derecho a contraer matrimonio, considerando que un impedimento matrimonial *religionis causae* sería contrario al orden público⁹¹.

⁸⁵ Vid. A. MOTILLA DE LA CALLE/ P. LORENZO, *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 37. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 50. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*, op. cit., pp. 69 - 70. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 42 - 43. En cualquier caso, cabe destacar que no todas las escuelas jurídicas islámicas coinciden en la validez de un matrimonio entre un hombre musulmán y una mujer no musulmana, vid. DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 41 - 42.

⁸⁶ Sura II, aleya 221: "No os caséis con las idólatras hasta que no crean".

⁸⁷ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 37. M. D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 54. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. "La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes", op. cit., p. 79, nota 14. M. A. CEBRIÁN SALVAT, "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., pp. 17 - 18.

⁸⁸ El art. 39.4 CFM establece: "Quedará prohibido el matrimonio: 4) de una musulmana con un hombre de otra confesión religiosa y el matrimonio de un musulmán con una mujer de otra confesión religiosa, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del Libro (cristiana o judía fundamentalmente)".

⁸⁹ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 24.

⁹⁰ M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 18. A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 24.

⁹¹ A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 100.

64. Resulta evidente que admitir en nuestro ordenamiento un impedimento que establece diferencias discriminatorias entre el hombre y la mujer quebraría el mandato del artículo 32 de la Constitución, que dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. De igual manera, el impedimento de disparidad de cultos chocaría frontalmente con otros valores constitucionales como la libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución o con el propio principio de igualdad entre hombres y mujeres contenido en el artículo 14 de la Constitución⁹².

65. En este sentido, en nuestro país tanto la DGRN como los tribunales españoles han afirmado en varias ocasiones lo siguiente en relación con el impedimento de disparidad de culto: “No cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (artículo 32 CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (artículo 14 CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (artículo 16 CE)”⁹³.

66. En conclusión, al chocar con todos los valores constitucionales mencionados, operaría necesariamente el límite del orden público frente a la aplicación del impedimento de disparidad de cultos, debido a su contenido claramente discriminatorio. Sin embargo, resulta conveniente destacar que si bien el matrimonio podría ser celebrado en España y generaría plenos efectos, la validez del mismo no sería reconocida en cualquier Estado musulmán que mantuviera en su legislación dicho impedimento matrimonial⁹⁴.

V. El consentimiento matrimonial

67. Tras haber analizado aquellas cuestiones del matrimonio islámico relativas a la capacidad de los contrayentes y a los impedimentos matrimoniales que serían más susceptibles de colisionar con nuestro orden público, es preciso detenerse en otro de los elementos fundamentales para la validez del matrimonio: el consentimiento. Al igual que ocurría con los asuntos relativos a la capacidad de los cónyuges, el consentimiento sigue siendo una materia cuya norma de conflicto viene recogida en la normativa nacional.

68. Las particularidades que presenta el Derecho islámico clásico en lo relativo a la prestación del consentimiento podrían resumirse en tres cuestiones: la posibilidad de forzar la celebración de matrimonio sin consentimiento de los contrayentes; la posibilidad de contraer un matrimonio temporal; y, por último, la intervención del *wali* como representante de la mujer en la emisión del consentimiento.

1. El matrimonio forzado (*djabr*)

69. El Derecho islámico clásico preveía la posibilidad de que el padre pudiera forzar a su hijo a contraer matrimonio sin su consentimiento o, incluso, con su clara oposición (*djabr*), especialmente si se trataba de hijas vírgenes⁹⁵. Si bien dicha posibilidad ha sido eliminada de las legislaciones de países

⁹² M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 54 y 188 - 189. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., pp. 201 - 202. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 101.

⁹³ Vid. SAP de Barcelona 17 enero 2012 (JUR\2012\94171), en la que se remite a la RDGRN de 4 de diciembre de 1991 y la RDGRN de 10 de junio de 1999.

⁹⁴ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. “La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes”, op. cit., p. 80.

⁹⁵ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 168. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 104 - 105.

como Marruecos, Argelia o Túnez⁹⁶, también es cierto que aún está reconocida en la de otros como Mauritania, donde es posible casar a un menor de edad que no esté en pleno uso de sus facultades mentales sin su consentimiento⁹⁷.

70. En nuestro ordenamiento, el artículo 45.1 del Código Civil es tajante al establecer que “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Por tanto, aun cuando en virtud del artículo 9.1 del Código Civil resultara de aplicación una norma extranjera en relación con la regulación del consentimiento matrimonial, resulta lógico afirmar que no tendría cabida en ningún caso en el foro español un matrimonio en el que no existiere el consentimiento por parte de uno de los contrayentes⁹⁸.

71. Precisamente en esta línea, es conveniente recordar que el consentimiento matrimonial debe ser entendido como una declaración de voluntad de los contrayentes dirigida a constituir un matrimonio con el contenido y los fines predeterminados que éste tiene (vivir juntos, asistirse mutuamente, guardarse fidelidad, etc.)⁹⁹. De este modo, tampoco sería posible en nuestro ordenamiento el reconocimiento de los llamados “matrimonios de complacencia” o “matrimonios blancos”, donde los contrayentes llevan a cabo un acto de simulación con el objetivo de conseguir una serie de ventajas ajenas a los fines propios del matrimonio (obtención de la nacionalidad española, del permiso de residencia...) ¹⁰⁰. En la práctica han sido numerosos los casos en los que la DGRN ha impedido la inscripción de matrimonios entre español y marroquí por estos motivos ante indicios tan flagrantes como no hablar el mismo idioma o el escaso o inexistente conocimiento mutuo¹⁰¹.

2. El matrimonio temporal (*al-mut'a*)

72. Igualmente, en los inicios del Derecho islámico se preveía la posibilidad de celebrar matrimonios temporales o matrimonios de placer (*al-mut'a*), en los que la mujer carecía de derechos sucesorios y en los que los hijos no eran reconocidos como legítimos. Junto al término, las condiciones necesarias para la validez de dicho matrimonio eran la convivencia y la especificación de la dote. Sin embargo, en la actualidad dicha práctica sólo se admite en Irán¹⁰².

73. Ante la celebración de un matrimonio de estas características nuestro orden público volvería a operar como barrera. Dos serían los motivos. El primero se basaría en el artículo 45.2 del Código Civil,

⁹⁶ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 105.

⁹⁷ M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 19.

⁹⁸ Así lo entiende igualmente S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 169 y A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 106. En concreto, En J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 198 entiende que la no prestación de consentimiento no puede generar ningún efecto matrimonial en nuestro ordenamiento (derecho a la dote, impedimento de parentesco por afinidad...).

⁹⁹ En este sentido, C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 44 y ss.

¹⁰⁰ C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., p. 45.

¹⁰¹ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 170 - 171. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 106 - 107. A título de ejemplo de estos matrimonios de conveniencia, vid. RDGRN de 5 enero de 1999 (RJ/1999\10169), RDGRN de 3 enero 2006 (RJ/2006\6691) y RDGRN de 4 diciembre 2015 (JUR/2016\215813). Para una análisis crítico de la labor de la DGRN ante posibles supuestos de matrimonios de complacencia vid. I. BLÁZQUEZ RODRIGUEZ. “La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes”, op. cit., pp. 89 y ss.

¹⁰² JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*. op. cit., pp. 23 - 25. M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 20.

que impide el sometimiento del consentimiento matrimonial a un término¹⁰³. El segundo de ellos es la clara oposición de esta modalidad matrimonial con la dignidad de la mujer, dejando no sólo desprotegida a ésta, sino también a los hijos del matrimonio que se verían arrebatados de sus derechos, lo que colisiona con el artículo 39.2 de la Constitución¹⁰⁴.

74. En cualquier caso, es preciso destacar que no parece una hipótesis que pueda darse con frecuencia en el foro español, sobre todo si tenemos en cuenta que los países del Magreb también prohíben someter el consentimiento a condición o plazo¹⁰⁵.

3. La intervención del tutor matrimonial (*wali*)

75. Tal y como apuntamos previamente en un epígrafe anterior, dentro de un contexto jurídico y social marcado por la desigualdad entre hombres y mujeres, aparece la figura del tutor matrimonial para la mujer (*wali*) como un intento de equiparar las posiciones de los contrayentes en la negociación del contrato matrimonial¹⁰⁶.

76. En el Derecho islámico clásico la figura del *wali* consistía en la de un mandatario obligatorio, tratándose normalmente de un pariente cercano a ella (lo más común era que esta posición la ocupara el padre o el abuelo), cuya intervención era necesaria para la validez del vínculo. Este tutor matrimonial se encargaba de la negociación del contrato matrimonial (donde se insertan importantes elementos económicos como la dote o el derecho de la esposa a ser mantenida) y de la expresión del consentimiento en nombre de la mujer, pudiendo, incluso, en determinados casos acordar un matrimonio en contra de la voluntad de ésta¹⁰⁷. Pese a todo, es preciso destacar que para el *wali* esta facultad de negociar y acordar el matrimonio no sólo se articulaba, sino también como un deber de ejercitar esta potestad de acuerdo con los intereses de la mujer y teniendo en cuenta sus deseos¹⁰⁸.

77. No obstante, si bien es cierto que aún subsiste esta figura en numerosas legislaciones, es indudable que las sucesivas reformas legislativas han ido modificando su rol. Tal y como hemos señalado anteriormente, en los mencionados países del Magreb se ha eliminado la posibilidad legal de forzar el matrimonio de una mujer en contra de su voluntad. De este modo, en Marruecos la figura del *wali* se ha convertido en un derecho de la mujer, que podrá decidir si quiere contar o no con esta tutela matrimonial¹⁰⁹. Ahondando aún más en esta línea, en Túnez el consentimiento debe ser expresado directamente

¹⁰³ El art. 45.2 CC dispone: “La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”.

¹⁰⁴ El art. 39 CE preceptúa: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

¹⁰⁵ En A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 38 se afirma: “El consentimiento no puede estar sujeto a término ni a condición suspensiva”. A modo de ejemplo, el art. 11 CFM establece: “El consentimiento de ambas partes: 3) ser decisivo y no estar supeditado a un plazo o a una condición suspensiva o resolutoria”.

¹⁰⁶ Tal y como apunta DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., p. 51 el objetivo del *wali* será proteger los intereses de la mujer en una sociedad de hombres.

¹⁰⁷ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 37 - 38. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 42 - 43. M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 28. M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 21. Pese a todo, es preciso señalar que la regla general contenido en la *Sharía* es la de que se requiere el consentimiento de una mujer con plenas facultades legales para casarla, vid. DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., p. 57.

¹⁰⁸ DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 52 - 53. Para más información sobre el *wali*, vid. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*, op. cit., pp. 186 - 196. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 49 - 52.

¹⁰⁹ El art. 25 CFM preceptúa: “La mujer mayor de edad podrá contratar personalmente su matrimonio o delegar a dichos

por los contrayentes¹¹⁰. Por su parte, Argelia se queda a medio camino entre la tradición y la reforma de la institución, estableciendo que el consentimiento matrimonial lo expresa la mujer, pero siendo obligatoria la presencia del walí como mandatario obligatorio en cualquier caso, lo que, sin duda, puede constituir en determinados casos un elemento intimidatorio para la mujer que se enfrenta a un matrimonio previamente concertado sin su consentimiento¹¹¹.

78. Se podría argumentar que la necesidad de un tutor matrimonial para la mujer como elemento de validez del matrimonio (que, a su vez, no es requerido para el varón) sería contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución o al mandato del artículo 32 de la Constitución, que prescribe que el hombre y la mujer deben contraer matrimonio en igualdad de condiciones¹¹². Además, no se nos escapa que el hecho de imponer esta representación a la futura esposa supone tratarla como si fuera una persona incapacitada, lo que, sin duda, es contrario a su propia dignidad¹¹³.

79. Sin embargo, en el presente trabajo consideramos que estos argumentos no son de la suficiente envergadura como para motivar la activación de nuestro orden público e impedir la inscripción en España de un matrimonio celebrado con la presencia de un walí.

80. En primer lugar, es preciso recordar que el artículo 55 del Código Civil recoge la posibilidad del matrimonio por apoderamiento¹¹⁴. De esta manera, podríamos establecer una cierta analogía entre este supuesto legal y la hipótesis contemplada en algunas de las legislaciones examinadas en las que la presencia del tutor matrimonial es una decisión de la mujer. En estos casos el walí no actuaría sino como un apoderado que emite el consentimiento de uno de los contrayentes.

81. En segundo lugar, no podemos negar que, en atención a la idiosincrasia de los países islámicos, la situación de la mujer musulmana es de inferioridad con respecto a la del hombre. Puede darse la circunstancia de que sea la propia mujer quien, aun consintiendo el matrimonio, desee la presencia del walí (que no olvidemos que en numerosos casos es su propio padre) como un mecanismo de garantía¹¹⁵. Si, por ejemplo, la mujer fuera quien solicitara la inscripción del matrimonio en España, no cabría duda alguna de que ésta habría consentido en contraer el mismo¹¹⁶. Entendiendo que el recurso al orden público debe ser restrictivo y que el elemento fundamental del consentimiento está presente, no parece coherente impedir la inscripción de un matrimonio por el mero hecho de que haya intervenido el walí¹¹⁷.

efectos en su padre o en uno de sus allegados”. Para un análisis más profundo de esta regulación, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 43 - 44.

¹¹⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 21.

¹¹¹ M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 21. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 22.

¹¹² Estos argumentos se apuntan en M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 37.

¹¹³ Dicho razonamiento se recoge en M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 190.

¹¹⁴ El art. 55.1 CC establece: “Uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado, a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente”. Para un mayor desarrollo sobre el matrimonio por apoderamiento en nuestro ordenamiento, *vid.* C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 51 -52.

¹¹⁵ En M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 28 - 29 y 44 (nota 53) se recogen datos en los que se refleja cómo la mayoría de mujeres marroquíes siguen reticentes a contraer matrimonio sin contar con la asistencia del tutor matrimonial.

¹¹⁶ Al analizar esta misma cuestión en relación con la ausencia del walí como causa de anulabilidad del matrimonio en el Código de Familia de Marruecos, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 200 afirma que si es la mujer quien alega esta causa, puede tener garantizado su reconocimiento en el foro español, ya que la presencia del walí se configura como un derecho de la mujer. Sin embargo, también señala que se está permitiendo una diferencia de trato con respecto al hombre, que sólo tiene derecho a la representación en determinados supuestos.

¹¹⁷ Con diferentes matices, esta línea de razonamiento es la seguida en S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE

82. En cambio, en aquellos supuestos en los que la presencia del walí no escondiera otra cosa que una situación de coacción a la mujer para que contraiga un matrimonio para el que no ha prestado su consentimiento, es indudable que operaría la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil.

VI. La poligamia y sus efectos colaterales

1. Cuestiones generales

83. La poligamia es la unión matrimonial de una persona con dos o más cónyuges de manera simultánea. Dos son las modalidades posibles de la poligamia: la poliandria (el matrimonio entre una mujer y varios hombres) y la poliginia (la unión del hombre con varias esposas), si bien esta última es la más extendida en aquellos países que tienen legalizado el matrimonio poligámico¹¹⁸.

84. La *Sharía* prevé la poligamia del hombre con hasta cuatro mujeres¹¹⁹, siempre y cuando el marido se encuentre en condiciones de mantener a todas sus esposas por igual¹²⁰. La previsión contenida en el texto sagrado suponía un avance de importante consideración en una época en la que los jefes de las tribus preislámicas podían llegar a tener hasta diez esposas¹²¹. Según la doctrina mayoritaria, el fundamento de la legalización de la poliginia se encuentra en la obligación de todo musulmán de atender y proteger a los huérfanos y a las viudas¹²².

85. En ningún caso se prevé la poliandria, constituyéndose el ligamen en un impedimento absoluto para la mujer, a diferencia del hombre para quien este impedimento sería sólo de carácter relativo¹²³. De igual forma, es necesario recordar que la poligamia es, en todo caso, una opción para el hombre musulmán y no una obligación¹²⁴.

86. La legalización de la poliginia contenida en la *Sharía* se ha trasladado a la práctica totalidad de las legislaciones islámicas¹²⁵, si bien en la actualidad se trata de una práctica en desuso y sometida a numerosas restricciones en varios países musulmanes¹²⁶.

LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 168 - 171, M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 190. M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 37.

¹¹⁸ Tanto es así que, pese a sus matices, los términos poligamia y poliginia llegan a utilizarse de manera indistinta. En este trabajo emplearemos ambos términos de forma sinónima. M. J. CERVILLA GARZÓN. "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social", op. cit., p. 239.

¹¹⁹ Sura IV, 3: "Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro".

¹²⁰ Sura IV, 129: "No podréis ser justos con vuestras mujeres, aun si lo deseáis. No seáis pues tan parciales que dejéis a una de ellas como en suspenso". Hay quien alega que el sometimiento de la poligamia a esta condición la convierte en prácticamente imposible en la práctica. En este sentido, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 34. P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?". *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º 23, 2012, p. 4.

¹²¹ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 36. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., p. 25.

¹²² S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 37.

¹²³ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 34.

¹²⁴ A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales", op. cit., p. 141. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., p. 26. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 87.

¹²⁵ 47 países admiten la poligamia, teniendo 26 de ellos una población mayoritariamente musulmana, *vid.* M. J. CERVILLA GARZÓN. "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social", op. cit., p. 239, nota 23.

¹²⁶ En A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*,

87. En Marruecos la Mudawana ha limitado en gran medida la capacidad del hombre de contraer matrimonio poligámico. Esta posibilidad se ha subordinado a la autorización del juez en un estricto procedimiento judicial regulado por este texto legal¹²⁷. En cualquier caso, además el Código de Familia de Marruecos prohíbe la poligamia tanto en el caso de que se haya incluido una cláusula en el contrato matrimonial vedando la facultad del marido de casarse con otras mujeres, como en el supuesto de que se tema que no se va a tratar de forma equitativa a todas las esposas¹²⁸.

88. Así mismo, la reforma del 2005 del Código de la Familia de Argelia siguió la misma línea que la marcada por la reforma marroquí al permitir la poliginia, pero sometida igualmente a la autorización del juez¹²⁹.

89. Por su parte, Túnez representa la excepción a la tónica general de las legislaciones musulmanas al prohibir expresamente en el artículo 18 del Código del Estatuto Personal la poligamia¹³⁰. En ningún caso la introducción de esta prohibición implicaba la ruptura del Derecho de familia tunecino con la *Sharía*, pues la justificación de la misma se fundamentó en el propio texto religioso, al entenderse que el requisito de trato equitativo a todas las esposas era de imposible cumplimiento¹³¹.

90. En relación con el foro español, dos serían las situaciones que podrían darse que guardarían relación con este tipo de unión matrimonial. En primer lugar, la celebración en nuestro país de un matrimonio en el que uno de los contrayentes ya estuviera casado, alegando para la validez de dicha unión la aplicación de la ley de la nacionalidad extranjera de uno o de ambos contrayentes (*ex. art. 9.1 CC*). En segundo lugar, la inscripción de un matrimonio poligámico en España celebrado válidamente en el extranjero. En ambos casos, nuestro orden público imposibilitaría, respectivamente, la celebración del matrimonio y la inscripción del mismo en el Registro Civil¹³².

91. No existe duda alguna de que la monogamia constituye uno de los principios básicos del orden público español. El Tribunal Supremo ha afirmado en múltiples ocasiones:¹³³

op. cit., p. 34., se razona que las reformas producidas en algunos países musulmanes en este sentido se deben al deseo del legislador de reducir los conflictos sucesorios entre las clases más adineradas y la intención de proteger a los hijos nacidos en el seno de familias más humildes. Igualmente, en M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 48 - 53 se explica que la reducción de los matrimonios poligámicos en Marruecos se debe a los numerosos problemas económicos que suele originar unido a cambios en los modelos educativos tanto para hombres como para mujeres. En A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. "Protección social de la familia e integración de los inmigrantes", en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 426 se apunta a que dicha disminución está vinculada a transformaciones del modelo económico y productivo.

¹²⁷ *Vid. arts. 41 y ss. CFM*. Para un análisis más profundo de este procedimiento judicial *vid. M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 48 - 53. I. ZURITA MARTÍN. "La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español". *Actualidad civil*, N° 1, *Quincena del 1 al 15 Enero 2012*, p. 33.

¹²⁸ Art. 40 CFM: "Estará prohibida la poligamia si cabe temer una injusticia hacia las esposas. Asimismo, quedará prohibida en el caso de existir una condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más".

¹²⁹ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 25.

¹³⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 25.

¹³¹ M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., pp. 18. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 25 -26.

¹³² La DGRN ha denegado la inscripción de segundas uniones matrimoniales por haber sido contraídas cuando el primer matrimonio seguía vigente, incluso aunque en la actualidad ese primer vínculo estuviera disuelto válidamente. En este sentido, *vid. Res. RDGRN de 2 septiembre 2010 (JUR/2011/315107)*, que afirma: "El estado civil de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio es un dato obligado en la inscripción (cfr. arts. 35 L. R. C. y 12 y 258 R. R. C) y en el Registro Civil español no puede practicarse una inscripción de matrimonio en la que conste que uno de los contrayentes, en este caso el español, está casado cuando se celebra el acto". P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?", op. cit., p. 18.

¹³³ *Vid. STS 19 junio 2008 (RJ/2008/6478), STS 14 julio 2009 (RJ/2009/7068) o STS 26 febrero 2010 (RJ/2010/1571)*.

“[L]a poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero. (...) [L]a poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”.

92. En este sentido, en nuestro ordenamiento el artículo 46.2 del Código Civil recoge el impedimento de ligamen, que imposibilita la unión de una persona con varios cónyuges¹³⁴. Así mismo, ahondado aún más en esta línea de repulsa hacia la poligamia, en el orden penal se tipifica en el artículo 217 la bigamia como un delito¹³⁵.

93. Incluso, podríamos traer a colación la Resolución del Parlamento Europeo “sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea”¹³⁶, en la que se insta a los Estados miembros a tomar medidas contra los matrimonios forzosos, la mutilación genital o la poligamia¹³⁷ y a estudiar la posibilidad de prohibir los matrimonios polígamos¹³⁸. La Resolución entiende que la poligamia es una institución discriminatoria para la mujer y, por tanto, contraria a su dignidad, al igual que los otros fenómenos que menciona. No obstante, aun tratándose todas ellas de realidades con componentes discriminatorios, cabría preguntarse si realmente un delito contra la integridad física es verdaderamente equiparable a la poligamia.

94. Volviendo al ordenamiento español, tampoco cabría olvidar cómo la DGRN ha manifestado tajantemente en diferentes resoluciones el rechazo frontal hacia la poligamia al afirmar que atenta “contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”¹³⁹.

95. No obstante, alguna crítica podría realizarse a la manida afirmación de la DGRN. Se alega reiteradamente el ataque que esta institución produce contra la dignidad de la mujer, lo que no podemos negar si tenemos en cuenta la clara discriminación que se establece al permitir al varón contraer matrimonio con varias mujeres, pero no autorizar el escenario contrario. Sin embargo, bien cabría destacar que en lo referente al matrimonio islámico, tan discriminatorio es el matrimonio monógamo como el poligámico, en la medida en que se parte de la desigualdad entre los cónyuges, lo que provoca la atribución de derechos y deberes diferentes a cada una de las partes. Ello no ha obstado, sin embargo, para que aquellas uniones que adopten la primera forma se inscriban en el Registro Civil¹⁴⁰.

96. De hecho, podríamos plantear la hipótesis de una legislación extranjera que permitiera tanto la poliginia como la poliandria y la DGRN seguiría imposibilitando, con base en los artículos ya mencionados, la inscripción de un matrimonio en el que hubiera una pluralidad de cónyuges¹⁴¹. De esta manera, lo que parece resultar verdaderamente relevante para la DGRN es el choque frontal de la poligamia con

¹³⁴ El art. 46.2 CC establece: “No pueden contraer matrimonio: 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

¹³⁵ El art. 217 CP dispone: “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”. Para un análisis de la evolución del delito de bigamia en nuestro ordenamiento, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 21 - 26.

¹³⁶ 2006/2010 (INI).

¹³⁷ Epígrafe 35.

¹³⁸ Epígrafe 36.

¹³⁹ *Vid.* RDGRN de 11 de mayo de 1994 (RJ\1994\5022), RDGRN de 3 de diciembre de 1996 (RJ\1997\7371), RDGRN de 14 de mayo de 2001 (RJ\2002\1728), RDGRN de 24 de octubre de 2005 (JUR\2006\266812) o RDGRN de 27 de abril de 2012 (JUR\2013\17322), entre otras. Para una reflexión sobre la inclusión del impedimento de ligamen como parte de nuestro orden público, *vid.* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”. en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 429 - 433.

¹⁴⁰ En ese sentido, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 12 - 13 y p. 19.

¹⁴¹ En esta línea, en I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* p. 38 se recuerda, que ante la pregunta de qué ocurriría si la norma extranjera permitiera tanto la poliandria como la poligamia, se ha contestado que “tanto una como otra institución contravendría el deber de fidelidad a un solo hombre o a una sola mujer que es contenido esencial del matrimonio que define nuestro ordenamiento”.

la concepción occidental y monógama del matrimonio, más allá del eventual componente discriminatorio que exista.

97. No obstante, también resulta adecuado señalar que se han esgrimido diversos argumentos para señalar que la poligamia (al menos tal y como está configurada hoy día) atenta contra el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en la medida que supone una manifestación más de la relación de dominación del hombre sobre la mujer. Sin embargo, ésta no es necesariamente una característica intrínseca y exclusiva de la poligamia, en tanto que el matrimonio monógamo también puede configurarse en torno a este modelo de subordinación de la mujer al hombre¹⁴².

98. Junto al choque de la institución con los valores esenciales del orden público español, se alegan diversas razones económicas y fiscales para impedir el reconocimiento de la poligamia basadas en el incremento de gasto del erario público. No obstante, también se ha alegado que dicho incremento del gasto sería compensado por el incremento de natalidad que supondría reconocer dichos matrimonios en un continente cada vez más envejecido¹⁴³.

99. Por otro lado, parece apropiado destacar que hay quien ha argumentado a favor de la legalización de la poligamia en España¹⁴⁴. De igual manera que la heterosexualidad o la indisolubilidad del vínculo ya no son características esenciales del matrimonio español¹⁴⁵, una eventual reforma podría posibilitar el establecimiento de varios vínculos simultáneos.

100. En cualquier caso, resulta claro que ésta no es la situación actual en nuestro país, de modo que tendremos que seguir considerando la monogamia como un principio esencial de nuestro ordenamiento para el análisis de las siguientes cuestiones. Por tanto, es indudable, en definitiva, que más allá del grado de conexión, el ordenamiento español no puede reconocer la validez de un segundo vínculo conyugal mientras persista el primero, independientemente de si ese matrimonio se ha llevado a cabo en territorio nacional o en el extranjero. No obstante, en el supuesto de que el matrimonio se haya celebrado en el extranjero conforme a otra legalidad, podríamos posicionarnos a favor de la aplicación del orden público atenuado, de tal modo que el matrimonio poligámico fuese tratado como un matrimonio putativo y se reconocieran ciertos efectos que no fueren considerados dañinos para la sociedad española. En última instancia, la aplicación de este orden público atenuado vendría justificada en la protección de las partes más vulnerables, que en estos casos son las esposas y los hijos¹⁴⁶.

101. Por tanto, procederemos a examinar en qué medida la poligamia, pese a su radical nulidad en nuestra legislación, puede generar alguna clase de efecto jurídico en el foro español. Nos centraremos básicamente en tres cuestiones: la concesión o no de la nacionalidad española, el reagrupamiento familiar y el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas del causante.

¹⁴² A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. "Protección social de la familia e integración de los inmigrantes". en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 426 - 427.

¹⁴³ A. MOTILLA DE LA CALLE. "Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio", op. cit., p. 201.

¹⁴⁴ Sobre la viabilidad de una posible legalización de la poligamia en España, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?", op. cit., pp. 10 - 13. En cualquier caso, una eventual reforma del matrimonio en nuestro país en este sentido implicaría legalizar tanto la poliandria como la poliginia, de lo contrario se estaría quebrantando el principio de igualdad del art. 14 CE.

¹⁴⁵ Para un comentario de las características tradicionales del matrimonio occidental, *vid.* C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 16 - 20.

¹⁴⁶ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 52. A. MOTILLA DE LA CALLE. "Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio", op. cit., pp. 201 - 202. I. ZURITA MARTÍN. "La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español", op. cit. p. 36. P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?", op. cit., pp. 20 - 21. Así mismo, *vid.* RDGRN de 23 mayo 1994 (RJ/1994/5076) y RDGRN de 10 julio 1996 (RJ/1996/9703) que reconocen la capacidad del matrimonio islámico de generar los efectos del matrimonio putativo.

2. Los efectos colaterales de la poligamia

102. En primer lugar, con respecto a la adquisición de la nacionalidad española, el artículo 22 del Código Civil exige para la adquisición de la misma por residencia, entre otros requisitos, justificar “buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”¹⁴⁷. Se trata de un complejo concepto jurídico indeterminado cuya concreción le va a corresponder a los tribunales.

103. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones afirmando que el mero hecho de ser polígamo implica una prueba clara de que el extranjero no reúne el suficiente grado de integración en la sociedad española. A este respecto, afirma:¹⁴⁸

[N]o hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del “suficiente grado de integración en la sociedad española” del art. 22.4 CC (LEG 1889, 27) , ya que no es lo mismo residir en España -algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese- que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas. (...) Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”.

104. Incluso, en ocasiones, los Tribunales han llevado a cabo una actuación excesivamente preventiva al no otorgar la nacionalidad a una persona que vive como monógama, pero optó en el momento de contraer matrimonio por la posibilidad de poder constituir nuevos vínculos matrimoniales¹⁴⁹. Esta decisión se ha criticado por la doctrina, que además la considera innecesaria, pues el ordenamiento puede articular otras sanciones en el caso de que se materialice el matrimonio poligámico (pérdida de la nacionalidad o nulidad de la segunda unión)¹⁵⁰.

105. Resulta llamativa esta postura tan férrea del Tribunal Supremo en relación con la concesión de la nacionalidad española al polígamo. Y esto es así porque no ha mostrado esa misma dureza con respecto a otros solicitantes que, por ejemplo, no dominaban plenamente la lengua española o pertenecían a comunidades religiosas radicales, que precisamente abogan por la no integración en la sociedad occidental. En estos casos el Tribunal Supremo entendió que la concurrencia de uno de estos elementos no era suficiente por sí solo para determinar la falta de integración¹⁵¹.

106. De hecho, a diferencia del idioma o de la pertenencia a una comunidad radical, el obstáculo que representa la poligamia sería fácilmente salvable mediante la activación del orden público que anularía los matrimonios posteriores al primero. De esta manera, no parece haber un verdadero obstáculo para conceder la nacionalidad a un extranjero polígamo que acredite tener un trabajo estable, un buen conocimiento de la lengua española o una familia estable¹⁵².

107. Así mismo, hay quien ha señalado la situación tan paradójica que se puede llegar a originar con esta interpretación: el hombre que desee integrarse en un sistema jurídico que preconiza la igualdad

¹⁴⁷ El art. 22.4 CC dispone: “El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”.

¹⁴⁸ STS 19 junio 2008 (RJ\2008\6478). En la misma línea, *vid.* STS 19 diciembre 2011 (RJ\2012\2876) y STS 14 diciembre 2017 (RJ\2017\5610).

¹⁴⁹ *Vid.* SAN 17 diciembre 2009 (JUR\2010\17359).

¹⁵⁰ En este sentido, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 29 - 30.

¹⁵¹ Para un mejor análisis de estos supuestos, *vid.* I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* pp. 34 -35.

¹⁵² Así lo entiende igualmente I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* pp. 37 - 38.

entre hombres y mujeres como uno de sus valores superiores debe abandonar a una de esas esposas, lo que, sin duda, puede llegar a resultar un escenario mucho más perjudicial para éstas¹⁵³.

108. En segundo lugar, en relación con el reagrupamiento familiar, el artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social dispone que no será posible reagrupar a más de un cónyuge aunque el extranjero residente tenga varios¹⁵⁴. De este modo, la norma está reconociendo implícitamente al hombre la facultad de elegir a cuál de sus esposas quiere reagrupar, siempre y cuando no conviva ya con una de ellas en España¹⁵⁵.

109. Resulta evidente la paradoja creada por la norma en materia de extranjería. Se parte de la premisa de que la poligamia es una institución discriminatoria y, por tanto, se veda la entrada al reagrupamiento de más de un cónyuge. Sin embargo, ello implica que el varón polígamo va a decidir cuál de todas sus cónyuges va a poder solicitar la residencia, lo que, sin duda, es claramente discriminatorio y sitúa a la mujer en una posición de subordinación a su marido¹⁵⁶.

110. Sin entrar en la conveniencia o no de permitir la reagrupación de todas las esposas, parece evidente que, al menos, existe una solución menos discriminatoria (y más coherente desde un punto de vista jurídico) si sólo se va a permitir que el marido puede reagrupar a una única esposa. Consistiría en arrebatarle la posibilidad de escoger a qué cónyuge quiere traer a España, determinando que tendría que reagrupar necesariamente a la primera esposa, dado que el resto de uniones matrimoniales son nulas para el ordenamiento español.

111. En tercer lugar, en relación con la pensión de viudedad, el artículo 219 de la Ley General de Seguridad Social resulta claro al afirmar que tiene derecho a dicha prestación “el cónyuge superviviente”¹⁵⁷. En ningún momento, como resulta lógico a la luz de la regulación nacional sobre el matrimonio, se hace referencia a la posibilidad de que existan varios cónyuges. He aquí donde se suscita la polémica en torno a si la aplicación de un orden público atenuado posibilitaría el reconocimiento de la pensión de viudedad para todas las esposas supervivientes del causante por tratarse de un efecto colateral positivo para la parte más débil de la relación, aunque la unión poligámica sea radicalmente nula¹⁵⁸.

¹⁵³ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”, op. cit., pp. 432 - 433.

¹⁵⁴ El art. 17 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 preceptúa: “1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial (...)”.

¹⁵⁵ P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, op. cit., p. 31. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 94.

¹⁵⁶ En A. QUIÑONES ESCÁMEZ. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 54- 55 se propone la entrada en el territorio de todas las esposas, garantizándoles un permiso de residencia independiente para facilitar su emancipación. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 143. A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 203. En sentido contrario, en I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit. p. 38 se defiende que no es viable la reagrupación de más de una esposa (al igual que no sería posible que todas ostentaran derecho a subrogarse en la vivienda arrendada), ya que supondría “otorgar refrendo legal a la convivencia poligámica”.

¹⁵⁷ El art. 219 LGSS establece: “Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1 (...)”.

¹⁵⁸ No parece sensato plantearse la hipótesis contrario: el hombre polígamo que se beneficie de varias pensiones de viudedad por el fallecimiento de sus esposas. Tal y como apunta A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”, op. cit., p. 436, puesto que “se estaría obteniendo un beneficio de una situación prohibida por el ordenamiento”.

112. A este respecto es preciso recordar que España ha suscrito Convenios internacionales tanto con Marruecos¹⁵⁹ como con Túnez¹⁶⁰ en materia de Seguridad Social. En ambos textos se establece que en el caso de que el causante sea marroquí o tunecino la pensión de viudedad debe ser repartida por partes iguales entre todas sus viudas¹⁶¹. De este modo, la cuestión queda zanjada para aquellos supuestos en los que resulte de aplicación estos Convenios, pero no así para todos los que estén fuera de su ámbito de aplicación.

113. Ante estas situaciones que no tienen prevista una clara regulación legal, los Tribunales españoles han ido conformando una jurisprudencia caracterizada por la falta de unanimidad¹⁶². Tres han sido las líneas entre las que han optado los jueces españoles:¹⁶³ en primer lugar, la concesión de la pensión en exclusiva a la primera esposa, dado que la poligamia es contraria al ordenamiento y no puede generar efectos; en segundo lugar, el reparto de esta prestación entre las viudas en función del tiempo de convivencia con el causante; y, por último, el reparto de la pensión de viudedad por igual entre todas las esposas supervivientes. Hasta el día de hoy ningún Tribunal ha optado por reconocer la pensión íntegra a cada una de las viudas.

114. Hasta 2018 solamente se habían pronunciado al respecto los Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, por lo que la Sentencia de 24 de enero de 2018¹⁶⁴ supuso la primera vez que el Tribunal Supremo resolvía una cuestión de estas características. El Alto Tribunal aplica de manera análoga el Convenio de Marruecos en un supuesto que no se encontraba dentro de su ámbito, consolidando de esta manera el reparto equitativo de la pensión de viudedad entre todas las viudas como la solución a los supuestos no previstos en la normativa internacional¹⁶⁵. El Tribunal Supremo entendió que si la solución del reparto igualitario se recogía en el Convenio con Marruecos implicaba que tal posibilidad no podía ser contraria al orden público. A partir del Convenio, el Tribunal realiza una interpretación extensiva para todos los supuestos semejantes.

115. A este respecto, resulta importante destacar que para llegar a esta solución, tal y como apunta Juárez Pérez: “No ha cambiado la ley, ha cambiado la percepción que de esta institución venían manteniendo algunos órganos judiciales, con el Tribunal Supremo a la cabeza, en nuestro país”¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979. BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982. Última modificación: 24 de noviembre de 2001

¹⁶⁰ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (en vigor desde 1 de enero de 2002). BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2001.

¹⁶¹ El art. 23 del Convenio marroquí dispone: “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Por su parte, el art. 24 del Convenio con Túnez preceptúa: “En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”.

¹⁶² Para un análisis más detenido de las distintas decisiones tomadas por los Tribunales españoles en esta materia, *vid.* I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* pp. 36 -37. P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 37 - 41. M. J. VALVERDE MARTÍNEZ & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º. 2, 2018, pp. 722 - 723. M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 254 - 256.

¹⁶³ Seguimos en esta sistematización de las líneas jurisprudenciales a P. JUÁREZ PÉREZ. “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. II, N.º. 1, 2019, p. 811.

¹⁶⁴ STS de 24 enero de 2018 (RJ\2018\130).

¹⁶⁵ Para un comentario de esta Sentencia, *vid.* M. J. VALVERDE MARTÍNEZ & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *op. cit.*, pp 11 - 14. M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 256 - 262.

¹⁶⁶ P. JUÁREZ PÉREZ. “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008”, *op. cit.*, p. 812.

116. Igualmente, es necesario señalar que la Sentencia tiene un Voto Particular firmado por dos Magistrados¹⁶⁷. La argumentación de dicho Voto se basa en la idea de que la poligamia es completamente contraria a nuestro orden público y que, de hecho, es constitutiva de delito. Los Magistrados defienden que la integración de la población musulmana no debería hacerse a costa de nuestro sistema de valores constitucionales, entre los que se incluye la dignidad de la mujer. No obstante, cabría recordar que precisamente es la intención de proteger a la mujer y no dejarla en una situación de vulnerabilidad la que lleva al reconocimiento de su derecho al acceso a la pensión de viudedad, aún en supuesto de poliginia¹⁶⁸.

117. Si tenemos en cuenta que el objetivo último de la aplicación del orden público es la protección de nuestros valores constitucionales, no cabe duda de que el reparto equitativo de esta pensión entre todas las viudas del causante polígamo resulta mucho más protector para la parte débil de esta relación (que son las mujeres) que el no reconocimiento de cualquier efecto a la poliginia por tratarse de una institución discriminatoria¹⁶⁹.

118. Aún así, podría ser interesante preguntarse si realmente es protector para la mujer tener que repartirse una única pensión de viudedad entre varias personas (ya sea de forma equitativa o prorrateada). Sin embargo, es preciso recordar que si bien el ordenamiento jurídico español debe buscar la igual protección de todas las esposas del hombre polígamo, igualmente debe tratar que las soluciones articuladas no supongan ni un incremento excesivo del gasto ordinario para este tipo de casos ni un fomento de la poligamia, en tanto que es una situación no deseada por nuestro sistema jurídico¹⁷⁰. En cualquier caso, parece obvio que la solución adoptada por el Tribunal Supremo resulta más protectora para todas las viudas que dejar a alguna de éstas sin ningún tipo de ayuda económica.

119. Bien es cierto que queda una duda pendiente que no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo: ¿Cuál debe ser la solución en los supuestos en los que el fallecido no fuera ni marroquí ni tunecino y, por tanto, no fueran de aplicación los Convenios anteriormente mencionados? Podría alegarse que en estos supuestos sólo debería reconocerse la pensión a una de las esposas, puesto que de lo contrario el Tribunal Supremo estaría llegando a suplantar la acción del legislador al llevar a cabo una interpretación excesivamente amplia¹⁷¹. Sin embargo, considero que el foco de atención debe ponerse en el carácter excepcional de la cláusula de orden público. Es difícilmente defendible alegar que el reparto de una pensión de viudedad entre las viudas del polígamo atenta contra nuestro orden público precisamente cuando dicha solución ya está prevista en nuestro ordenamiento en dos Convenios. No es lógico sostener que el reconocimiento de todas las esposas como viudas para el reparto de dicha pensión no es contrario al orden público si el fallecido es marroquí, pero sí lo es si, por ejemplo, es nacional de Gambia o Senegal. Tras la Sentencia del Alto Tribunal, la diferencia entre que el supuesto de hecho caiga o no dentro del ámbito de uno de estos Convenios radicará en el tipo de reparto que se realiza de la pensión. En aquellos supuestos en los que se aplica directa o extensivamente el Convenio de Marruecos o Túnez, la solución será el reparto por igual entre las viudas de la pensión. En cambio, en el resto de supuestos al no haber

¹⁶⁷ Voto particular que formula Don José Luis Requero Ibáñez al que se adhiere Don Jorge Rodríguez Zapata Pérez a la Sentencia dictada en el Recurso de Casación 98/2017.

¹⁶⁸ En este mismo sentido, *vid.* M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, p. 259.

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE. La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino, *op. cit.*, pp. 87 -99. En cambio, M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 260 - 262 entiende que, si bien debe reconocerse el derecho a acceder a esa prestación a todas las viudas, considera que a nivel técnico-jurídico no deja de ser dudosa la interpretación extensiva del Convenio de Marruecos y considera que debería optarse por el reparto en función del tiempo de convivencia con el causante, tal y como prevé el art. 220 LGSS para los supuestos de crisis matrimonial.

¹⁷⁰ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 436.

¹⁷¹ Así lo entiende M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 260 - 262, que considera que la solución de esta problemática debe pasar necesariamente por un cambio en la legislación.

prevista una solución específica en la normativa debería procederse al prorrateo de la pensión según el tiempo de convivencia, aplicándose así analógicamente el art. 220 LGSS¹⁷².

120. Por último, es importante reseñar que, además de los ya mencionados, otros podrían ser los efectos colaterales de la poligamia que podrían ser reconocidos en el foro español si aplicáramos un orden público atenuado: reconocimiento de la filiación matrimonial de los hijos, derechos de alimentos y derechos sucesorios de las distintas esposas, etc.¹⁷³.

VII. Extinción del vínculo: repudio unilateral del marido (*talak*)

121. El Derecho islámico contempla diferentes fórmulas de disolución del vínculo matrimonial: el fallecimiento de alguno de los cónyuges, la nulidad (*batil*), la anulabilidad, los diferentes supuestos de divorcio judicial y las diversas modalidades de repudio, tanto si es ejercido por el marido, por la esposa o de mutuo acuerdo¹⁷⁴.

122. Dada la complejidad de la materia y la diversidad de efectos que se producen en función de la concreta modalidad de extinción del vínculo matrimonial a la que haya recurrido alguno de los cónyuges¹⁷⁵, nos centraremos exclusivamente en aquella que presenta perfiles más proclives a colisionar con nuestro orden público: el repudio unilateral del marido (*talak*)¹⁷⁶.

123. El repudio es la facultad que ostenta el marido musulmán de disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de alegar justa causa. Se trata de una facultad natural del hombre que éste siempre ostenta, mientras que la mujer sólo podría adquirirla si pactara la inclusión de esta potestad en el contrato matrimonial o en el caso de que “comprara” el repudio a su marido pagándole por el ejercicio de dicha facultad una indemnización¹⁷⁷.

¹⁷² Esta solución ya venía recogida, por ejemplo, en la STJ de Galicia (Sala de lo Social), de 2 de abril de 2002 (AS/2002/899) que establecía: “No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica –art. 4.1 del Código Civil– de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto (SSTS de 10-11-1999 [RJ 1999, 9501] , 26-1-1999 [RJ 2000, 7646] y 17-7-2000 [RJ 2000, 9643]), para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiéndose que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante”.

¹⁷³ En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 161 - 162. I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit. p. 37. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 98 - 99. M. J. VALVERDE & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, op. cit., p. 723. Cabe destacar cómo, por ejemplo, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. “Sucesiones internacionales y orden público constitucional la sucesión “mortis causa” en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica”, op. cit., pp. 187 - 189 defiende la solución adoptada por la Corte de Casación francesa en el caso Bendeddoche reconociendo la igualdad de todas las viudas del causante polígamo en la sucesión del mismo y considera que sería la solución más apropiada en el caso de que se diera la misma controversia en nuestro país.

¹⁷⁴ Para una descripción más detallada de cada una de las formas de extinción del vínculo, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*. op. cit., pp. 39 - 43. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 52 - 65. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º 1, 2018, pp. 146 - 148.

¹⁷⁵ Para una descripción de los distintos efectos que conlleva cada forma de extinción del vínculo, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., pp. 149 - 152.

¹⁷⁶ Las referencias al repudio en los textos sagrados islámicos son abundantes. A modo de ejemplo baste citar Sura II, aleya 226, en relación con el repudio revocable: “Aquéllos que juren no mantener relación sexual con sus mujeres, deberán guardar un plazo de cuatro meses. Y si se vuelven atrás... Ciertamente Alá es Perdonador y Compasivo”.

¹⁷⁷ Tal y como se apunta en M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 147, se trata de una cuestión económica. Las mujeres con cierto estatus tendrán el poder suficiente de negociación para poder recurrir a estos medios de extinción, mientras que las mujeres de clases sociales más humildes sólo podrían recurrir al divorcio judicial.

124. Si bien es posible realizar otras clasificaciones¹⁷⁸, podríamos diferenciar a grandes rasgos entre el repudio irrevocable y el revocable. En el primer supuesto, a través del uso de determinadas fórmulas solemnes el marido rompería de manera definitiva y permanente el vínculo con su esposa, no pudiendo volver a contraer matrimonio con ésta hasta que vuelva a casarse con otro hombre y éste la repudie también. Sin embargo, en el caso de que el marido llevara a cabo un repudio revocable, comenzaría para la mujer el denominado período de continencia (*iddah*), cuya duración suele ser de tres meses y en los que conserva su derecho a ser mantenida. Durante este plazo de tiempo, la relación matrimonial no se extingue, sino que queda en suspenso, de tal modo que el varón siempre tiene la opción de reinstaurarla retomando la convivencia con su esposa¹⁷⁹.

125. A diferencia de la poligamia, el repudio se configura como un derecho irrenunciable del marido y como la forma natural de disolución del vínculo, por lo que resulta poco probable que se produzca su prohibición en los ordenamientos de corte islámico. En todo caso, la modernización de los ordenamientos musulmán pasa por la judicialización del repudio, la objetivación de sus causas y por la inclusión de pactos de repudio a favor de la mujer¹⁸⁰.

126. En lo concerniente al foro español, las cuestiones relativas a la disolución del matrimonio islámico podrían presentarse en nuestro ordenamiento a través de dos vías. Por un lado, la norma de conflicto puede señalar como aplicable la legislación islámica. A este respecto, tras la reforma del 2015, el artículo 107.2 del Código Civil se remite en esta materia a la normativa de la Unión Europea¹⁸¹. En este sentido, encontraríamos el Reglamento “Roma III”¹⁸², que otorga a las partes la posibilidad de elegir entre la aplicación de diversas leyes¹⁸³ y, en su defecto, establece como primera opción la aplicación de la residencia habitual¹⁸⁴. Así mismo, es necesario destacar que el Reglamento recoge su propia cláusula de orden público en el artículo 12 (una cláusula general que no aporta nada que no estuviera ya previsto en el art. 12.3 de nuestro Código Civil), así como la previsión del artículo 10 para aplicar la ley del foro en el supuesto de que la norma extranjera no permitiera a los dos cónyuges acceder al divorcio en condiciones de igualdad. En cualquier caso, cabe destacar que el mencionado Reglamento precisa ser complementado con otras normas internacionales debido al amplio abanico de temas que deja fuera de su ámbito de aplicación¹⁸⁵. En definitiva, al amparo de la regulación derivada de este entramado de normas

¹⁷⁸ En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 59 se apunta a que hay más de doce modalidades de repudio, citadas por M. TAYYIBJO en *Muslim Law. The personal law of Muslims in India and Pakistan* (1968), Bombay: N. M. Tripathi, pp. 150 - 170.

¹⁷⁹ Sobre el repudio irrevocable, el revocable y el periodo de *iddah*, vid. A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 40 - 42. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 60 - 64. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 106 - 144.

¹⁸⁰ M. CHECA MARTÍNEZ. “Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí”, en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 252.

¹⁸¹ El art. 107.2 CC establece: “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

¹⁸² Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

¹⁸³ El art. 5.1 del Reglamento Roma III dispone: “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 último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún 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”.

¹⁸⁴ El art. 8 del Reglamento Roma III preceptúa: “A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”.

¹⁸⁵ El art. 1.2 del Reglamento Roma III dispone: “El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: a) la capa-

los contrayentes podrían llegar a escoger la aplicación de una norma extranjera, así como en determinados casos ésta podría resultar de aplicación por ser la de la última residencia habitual del matrimonio o la de la nacionalidad de ambos cónyuges.

127. Por otro lado, la otra posibilidad sería la de ejecución en España de una sentencia de disolución del matrimonio dictada por un órgano judicial extranjero. En particular, si se trata de resoluciones marroquíes será de aplicación el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997¹⁸⁶. Entre los requisitos que exige el Convenio para reconocer la eficacia de dichas resoluciones está el de no contradecir el orden público del foro¹⁸⁷.

128. Mientras que algunas de las fórmulas de extinción islámicas no resultan problemáticas a la hora de ser integradas en nuestro ordenamiento (si bien no negamos que se podrían establecer numerosos matices a esta afirmación dado el enrevesado sistema de disolución del vínculo matrimonial diseñado por las legislaciones islámicas), el repudio unilateral del marido sí presenta algunos componentes que lo predisponen a ser una figura más conflictiva para nuestro orden público.

129. Tal y como hemos apuntado, el repudio al tratarse de una facultad exclusiva del hombre y que sólo bajo determinadas condiciones va a estar en manos de la mujer (aunque siempre condicionada al consentimiento del marido, que o bien acuerda otorgarle dicha potestad incluyéndola en el contrato matrimonial, o bien acepta el repudio retribuido) es una institución que choca frontalmente con el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

130. Unido a este elemento de evidente discriminación entre hombres y mujeres, otros son los factores de posible conflicto que presenta el repudio unilateral del marido: el carácter revocable del repudio y el carácter de “divorcio privado” que presenta esta modalidad de disolución del vínculo¹⁸⁸.

131. Si bien parece evidente la clara contradicción entre el *talak* y nuestro orden público, resulta preciso entender que en determinadas ocasiones el no reconocimiento de esta modalidad de extinción del vínculo matrimonial podría colocar a la mujer en una situación de mayor vulnerabilidad, quien podría estar consintiendo y viéndose beneficiada por la disolución del matrimonio¹⁸⁹.

132. Por tanto, en estos supuestos a la hora de aplicar la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil, será necesario atender a las circunstancias concretas del caso y al resultado que se está originando, pudiendo ser posible el recurso a un orden público atenuado como mejor opción para la resolución de estas controversias. Así pues, es de destacar que el Tribunal Supremo nunca ha afirmado que el repudio sea en todo caso incompatible con el ordenamiento español¹⁹⁰.

cidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones.”

¹⁸⁶ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

¹⁸⁷ El art. 23.4 del Convenio dispone: “La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada”.

¹⁸⁸ M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., pp. 153 - 156. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 111.

¹⁸⁹ En este sentido, vid. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 151 - 152. M. D. CERVILLA. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., pp. 152 - 163. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 113.

¹⁹⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 215.

133. De esta manera, debemos llevar a cabo un análisis más detenido de cada uno de los elementos problemáticos del repudio con el objetivo de poder detectar o no una posible compatibilidad con una concepción más amplia de nuestro orden público.

134. En relación con la revocabilidad del talak, ésta es contraria “a la estabilidad y certeza de las situaciones que conforman el estado civil de las personas y [...] a la igualdad de derechos y deberes entre marido y mujer”¹⁹¹. La posibilidad de revocar el divorcio es, sin duda, uno de los elementos más discriminatorios del Derecho islámico.

135. Se trata de una facultad que, de nuevo, se encuentra en poder exclusivo del varón musulmán, que puede restaurar por su mera voluntad el vínculo matrimonial dentro del plazo establecido. Durante el periodo de *iddah* la mujer ocupa un rol absolutamente pasivo, donde no tiene otra posibilidad que esperar y no pudiendo negarse al restablecimiento de la relación matrimonial. De esta manera, la esposa sólo tendría la opción de acudir a un procedimiento de divorcio judicial, pero teniendo que convivir con su marido durante todo este tiempo¹⁹².

136. No obstante, siendo la revocabilidad contraria a nuestro orden público, nada obstaría para proceder al reconocimiento del repudio en el momento en que éste deviniese irrevocable, momento en el que se consagraría la permanencia de la nueva situación de los antiguos cónyuges¹⁹³.

137. Por otro lado, sobre el carácter de divorcio privado del repudio, éste puede ser contrario “al principio de la necesaria intervención de una autoridad pública en la disolución del vínculo”¹⁹⁴. Si no hay una actuación judicial articulada a través de un proceso que proporcione garantías ante las pretensiones de las partes, la esposa queda colocada en una situación de vulnerabilidad jurídica y social al poder verse arrebatada de los derechos económicos que ostenta.

138. En cualquier caso, es conveniente recordar que algunos países islámicos han operado importantes reformas en sus legislaciones en este sentido. En Marruecos el repudio unilateral del marido se ha sometido a un proceso con intervención judicial, en el que el marido debe garantizar los derechos económicos como condición para que la disolución pueda ser efectiva¹⁹⁵. En la misma línea, el Código argelino de Familia supedita el *talak* a un procedimiento judicial, donde se puede llegar a establecer una indemnización en favor de la mujer si se entiende que el marido ha abusado de su potestad para romper el vínculo¹⁹⁶. Finalmente, como hemos ido viendo a lo largo de este estudio, Túnez posee la legislación más progresista en este terreno, otorgando las mismas facultades y posibilidades a los hombres y a las mujeres¹⁹⁷.

¹⁹¹ ATS 21 abril 1998 (RJ\1998\3563).

¹⁹² M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 75 - 78. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 202 entiende que la prohibición de la mujer musulmana de contraer matrimonio durante el periodo de *iddah* es contraria al orden público español al tratarse de una discriminación por razón de sexo y al entender que no persigue una finalidad legítima, puesto que en la actualidad las pruebas de paternidad permiten garantizar la certeza de la filiación.

¹⁹³ Así lo entiende la DGRN en la Resolución de 24 de mayo de 2002 (RJ\2002\8983). Igualmente, *vid.* A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 148 - 149. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., pp. 205 - 206. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 155.

¹⁹⁴ A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 212.

¹⁹⁵ Sobre la reforma del repudio unilateral del marido en la Mudawana, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 62 - 65. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 203 afirma: “Del antiguo repudio, como acto por sí mismo disolutivo del matrimonio, sólo queda el nombre”.

¹⁹⁶ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 29.

¹⁹⁷ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 30.

139. En atención a lo expuesto, sería posible otorgar validez al repudio siempre y cuando se demostrase que la mujer musulmana ha podido participar y defenderse en el procedimiento llevado a cabo en el país extranjero, o si ésta consiente en el divorcio, ya que implicaría que no se han vulnerado sus derechos de defensa¹⁹⁸. En este sentido, se ha entendido como un indicio favorable de que el repudio se ha ejercido con el consentimiento de la esposa y que, por tanto, le resulta favorable cuando es ésta la que solicita el *exequatur*¹⁹⁹.

140. Si el objetivo del orden público es precisamente la protección de ciertos valores básicos de nuestro ordenamiento, como puede ser la dignidad de la mujer, ¿qué se ganaría forzando a la esposa a permanecer en un matrimonio que no desea y que puede ser contrario a sus intereses?²⁰⁰

141. Cumpliendo los requisitos necesarios para que pudiera pasar el filtro de nuestro orden público, va a ser posible tanto reconocer la eficacia de una resolución judicial extranjera en la que se declare el repudio como que éste sea ejercido de acuerdo con la ley aplicable en el foro español.

142. En este segundo supuesto, el varón va a poder instar el repudio en España en virtud de una norma extranjera cuando esta sea de aplicación, al no chocar con el orden público, siempre y cuando se cumplieran las mínimas condiciones a las que ya nos hemos referido. Esto es así porque la regulación española permite a cualquiera de los cónyuges instar el divorcio sin necesidad de alegar justa causa. No resultaría coherente impedírsele por el hecho de que no se habría otorgado la misma posibilidad a su esposa.

143. Ahora bien, aunque la ley de la nacionalidad de la esposa no le reconociera un idéntico derecho al de su marido, la mujer musulmana sí va a poder en España acceder al divorcio sin causa. Esto es así puesto que el artículo 10 del Reglamento “Roma III” dispone la aplicación de la ley del foro cuando la norma extranjera no conceda igualdad de acceso al divorcio a los dos cónyuges por razones de sexo²⁰¹. En cualquier caso, incluso aunque no existiera dicha previsión expresa, debería operar la cláusula general de orden público impidiendo la aplicación del Derecho extranjero que imposibilita el ejercicio de ese derecho y aplicándose en su lugar las normas sustantivas españolas en esta materia, ya que lo contrario sería un claro tratamiento discriminatorio, que sería intolerable para nuestro orden público²⁰².

144. En cuanto a las consecuencias de la disolución, cabe destacar que la legislación islámica contiene únicamente disposiciones dirigidas a la mujer, de tal modo que éstas podrían aplicarse siempre y cuando se cumplieran los correspondientes requisitos²⁰³. Instituciones como la dote, si bien choca con la dignidad de la mujer al tratarse de un precio pagado por su virginidad, pueden ser admitidas por nues-

¹⁹⁸ A. QUIÑONES ESCÁMEZ. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, op. cit., p. 190. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 148. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 118 - 119.

¹⁹⁹ En este sentido, ATS 21 abril 1998 (RJ/1998\3563). Así mismo, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, op. cit., p. 190. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 152. A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 214. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 154.

²⁰⁰ *Cf.* M. CHECA MARTÍNEZ. “Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawana marroquí”, op. cit., p. 276. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 154.

²⁰¹ El art. 10 del Reglamento Roma III establece: “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

²⁰² En este sentido, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 158.

²⁰³ En M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 160 se afirma que incluso la mujer podría acceder a otras consecuencias económicas reguladas exclusivamente en el Derecho español, como el uso de la vivienda familiar.

tro orden público en tanto que suponen una protección adicional para quien sin duda es la parte débil en la relación²⁰⁴.

145. Por otro lado, la materia del régimen económico matrimonial vendría regulada por el Reglamento 2016/1103 (y por los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil para aquellos supuestos que sean anteriores a la entrada en vigor del Reglamento), que podría determinar la aplicación de una norma extranjera (p.ej.: si se recurre al criterio de la primera residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio)²⁰⁵. Sin embargo, dado que no hay previsiones relativas al régimen económico matrimonial o a las consecuencias económicas que pudieran beneficiar al marido, se aplicarán en este ámbito las normas sustantivas españolas²⁰⁶.

146. Mayores controversias se plantearán, sin duda, en todas las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos, donde probablemente será necesaria la activación del orden público dado el fuerte componente discriminatorio de la legislación musulmana en esta materia que establece claras preferencias en favor del padre²⁰⁷. En cualquier caso, tal y como apuntamos al inicio, estas cuestiones quedan muy por encima, tanto por su extensión como por sus objetivos, del objeto del presente estudio, que ha tratado de centrarse en todo momento en las relaciones horizontales de los cónyuges.

VIII. A modo de conclusión

147. En ocasiones, la norma de conflicto señala como ley aplicable un Derecho extranjero. Sin embargo, el orden público sirve como barrera para impedir su aplicación en el foro español cuando sea contrario a los principios y valores esenciales de nuestro ordenamiento. Pese a ello, sería posible aplicar un orden público atenuado en relación con aquellas instituciones extranjeras que, pese a ser opuestas en abstracto a determinados valores de nuestro ordenamiento, producen “efectos colaterales” en el foro español que no originan daños a la sociedad española y que resultan protectores para la parte más débil de la relación.

148. En relación con la capacidad para contraer matrimonio, nuestro orden público imposibilita que se celebren o reconozcan matrimonios entre contrayentes con una edad por debajo de la permitida en nuestro ordenamiento. En la actualidad, el examen del Derecho foral aragonés nos lleva a pensar que, aunque de manera muy residual, aún se permite en nuestro ordenamiento la celebración de los matrimonios de menores de 14 años de edad. Igualmente, aquellos impedimentos matrimoniales del Derecho islámico que presenten elementos discriminatorios (como la disparidad de cultos) no podrán ser aplicados en el foro español, aunque estén previstos en la ley personal de los contrayentes.

²⁰⁴ En este sentido, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 191 - 194. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 162.

²⁰⁵ *Vid.* arts. 22 y 26 del Reglamento 2016/1103.

²⁰⁶ En M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 161 se razona que impedir al marido musulmán reclamar, por ejemplo, una pensión compensatoria sería contrario al orden público por discriminatorio, produciéndose esta discriminación en el hombre en lugar de la mujer, como viene siendo habitual. En A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 120 se razona a favor de complementar las previsiones de la legislación islámica con el pago de pensiones compensatorias para las esposas musulmanas en los mismos términos en los que los recibiría una mujer española.

²⁰⁷ Para mayores explicaciones relativas al régimen islámico de filiación y regulación de las relaciones verticales entre los hijos y sus progenitores, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 151 - 171. M. D. CASAS PLANES & P. GARCÍA LÓPEZ. “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental (su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)”. *Anuario de derecho civil*, Vol. 67, N° 4, 2014, pp. 1253-1337. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 35 - 47 y 125 - 143.

149. Así mismo, no se va a proceder al reconocimiento o celebración de aquellos matrimonios islámicos en los que falte el consentimiento de alguno de los contrayentes. Sin embargo, con base en el orden público atenuado, sí podría admitirse la presencia del *walí* cuando ésta sea deseada por la mujer.

150. Si bien la poligamia es contraria al orden público del foro español, sería posible reconocer ciertos efectos colaterales a los matrimonios poligámicos constituidos conforme a la legalidad de otros países si dichos efectos son positivos para las mujeres. Sería el caso del reparto de la pensión de viudedad entre todas las viudas supervivientes del causante polígamo, pero no es el único, puesto que pese a que aún no se han planteado dichas cuestiones, podría ampliarse a otros efectos patrimoniales: derechos de alimentos, derechos sucesorios, etc.

151. De igual manera, el repudio como medio de disolución del vínculo matrimonial presenta elementos que podrían perjudicar a la esposa. Sin embargo, si los derechos de la mujer han quedado garantizados y ella consiente en la ruptura del vínculo, nada obstaría para proceder al reconocimiento del mismo.

152. Por todo lo expuesto, el recurso al orden público atenuado se convierte en la mejor herramienta para garantizar la protección de los valores esenciales del foro español, pero a la vez posibilitar la integración de los extranjeros musulmanes en nuestro país.