

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016 /2017



MATRIMONIO ISLÁMICO Y SU EFICACIA
CIVIL EN ESPAÑA

ISLAMIC MARRIAGE AND ITS CIVIL EFFECTIVENESS IN
SPAIN

Realizado por el alumno Doña Beatriz Medina de Miguel.

Tutorizado por el Profesor Don Salvador Tarodo Soria.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE – ABSTRACT AND KEY WORDS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	7
1.1. OBJETO DEL TRABAJO.....	9
1.2. DELIMITACIÓN DEL TRABAJO.....	9
1.3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA	9
2. NOCIONES BÁSICAS DE LA RELIGIÓN ISLÁMICA	11
3. EL DERECHO A ELEGIR LA FORMA MATRIMONIAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	14
3.1. TEXTOS INTERNACIONALES	14
3.2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	15
3.3. LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA	17
3.4. CONCLUSIÓN.....	18
4. EL MATRIMONIO ISLÁMICO SEGÚN EL DERECHO ISLÁMICO	20
4.1 PROPIEDADES Y FINES.	21
4.1.1 LA POLIGAMIA	22
A. RECORRIDO HISTÓRICO	22
B. ¿QUÉ ES LA POLIGAMIA SEGÚN EL ISLÁM?.....	24
C. ¿QUÉ DICEN LAS LEGISLACIONES CIVILES DE LOS ESTADOS ISLÁMICOS DE LA POLIGAMIA?.....	25
4.1.2 LA PERPETUIDAD DEL VÍNCULO	26
4.2 ELEMENTOS FORMALES	27
4.2.1 LA DOTE.....	27
4.2.2. ASISTENCIA DE TESTIGOS	29
4.2.3 INTERVENCIÓN DEL WALLI	30
4.3 ELEMENTOS PERSONALES	31
4.3.1 CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.....	31

4.3.2 IMPEDIMENTOS.....	33
A. IMPEDIMENTOS PERMANENTES.....	33
B. IMPEDIMENTOS TEMPORALES.....	33
4.4. NULIDAD Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	35
4.4.1. MATRIMONIO NULO O “BATIL”.....	37
4.4.2. MATRIMONIO IMPERFECTO O “FASID”.....	39
4.4.3. MATRIMONIO IRREGULAR O “TERTIUS GENIUS”.....	40
4.4.4 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: REPUDIO Y DIVORCIO.....	41
A. REPUDIO.....	41
B. DIVORCIO.....	46
5. EL MATRIMONIO ISLÁMICO EN ESPAÑA Y SU EFICACIA CIVIL.....	48
5.1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL MATRIMONIO MUSULMÁN EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	48
5.1.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA Y EL CÓDIGO CIVIL.....	49
A. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	49
B. LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA.....	49
C. EL CÓDIGO CIVIL.....	49
5.1.2. EL ACUERDO DE COOPERACIÓN DEL ESTADO CON LA COMISIÓN ISLÁMICA DE ESPAÑA.....	50
5.1.3. EL ORDEN PÚBLICO PROTEGIDO POR LA LEY COMO LÍMITE AL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.....	52
5.2. EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO ISLÁMICO EN ESPAÑA. REQUISITOS.....	55
5.2.1. ELEMENTOS FORMALES.....	55
A. CONSENTIMIENTO ANTE EL IMÁN.....	55
B. FUNCIÓN DEL WALLI.....	56
C. AUSENCIA DE LA DOTE.....	57

5.2.2 ELEMENTOS PERSONALES	57
A. CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVL	57
B. LEY 15/2015 DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	59
5.2.3 ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS	60
A. LA POLIGAMIA	60
B. LA DOTE	61
C. TESTIGOS Y MINISTRO DE CULTO	62
5.3 EFECTOS CIVILES EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO	62
5.3.1. ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL REPUDIO	66
5.3.2. EFECTOS QUE TIENEN EN ESPAÑA LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DICTADAS POR UNA AUTORIDAD ECLESIAÍSTICA EXTRANJERA	67
6. CONCLUSIONES	69
7. BIBLIOGRAFÍA	71
8. ANEXO	78

ABREVIATURAS

- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CC: Código Civil.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- d.C: después de Cristo.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.
- LCJIMC: Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Material de Civil.
- LJV: Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE – ABSTRACT AND KEY WORDS

RESUMEN

Debido a la creciente inmigración que ha sufrido España a lo largo de las últimas décadas, la sociedad española ha experimentado grandes cambios, los cuales llevaron al Estado a reflexionar para adecuar nuestras leyes a las necesidades de las minorías religiosas.

Esta situación, a la rama del derecho que más afecta es al Derecho de Familia y, por consiguiente, al Derecho Matrimonial, siendo necesario las firmas de Acuerdos entre el Estado y las diferentes minorías religiosas, en el presente trabajo nos centraremos en la religión islámica.

En este trabajo se analizan las diferentes características de la institución del matrimonio islámico bajo el Derecho Islámico, el matrimonio islámico celebrado en España por el rito musulmán y su reconocimiento civil. Analizando las cuestiones más problemáticas que derivan de esta celebración del matrimonio islámico, como son la poligamia, la dote, los testigos y los ministros de culto.

PALABRAS CLAVE

1. Poligamia.
2. Islam.
3. Eficacia civil.
4. Capacidad matrimonial.
5. Orden público.

ABSTRACT

Due to the increasing immigration undergone in Spain in the last decades, the Spanish society has experienced significant changes, which have led the State to consider the adjustment of our national laws to the needs of religious minorities.

The most affected legal branch is Family Law, consequently the Marriage Law is affected too, being necessary to enter into an agreement between the State and the different religious minorities. In this research, we will focus on the Islamic religion.

The objective of this research is to analyze the different characteristics of the Islamic marriage institution under the Islamic Law, the Islamic marriage celebrated in Spain by the muslim ritual and its civil recognition. Considering the most problematic issues arising from this celebration of the Islamic marriage, such as polygamy, the dowry, the witnesses and the ministers of worship.

KEY WORDS

1. Polygamy.
2. Islam.
3. Civil effectiveness.
4. Matrimonial capacity.
5. Public order.

1. INTRODUCCIÓN

Debido a la creciente inmigración que ha sufrido España a lo largo de las últimas décadas, la sociedad española ha experimentado grandes cambios, lo que llevó al Estado a reflexionar para adecuar nuestras leyes a las necesidades de las minorías religiosas. “La sociedad occidental ya no se rige por una unidad de valores tradicionales, sino que en ella empiezan a coexistir una pluralidad de sistemas de valores y de tradiciones culturales que, aunque están llamados a integrarse y a convivir, en determinados casos pueden entrar en conflicto”¹.

En España se estima la presencia de 1.700.000 de musulmanes y 1.200 mezquitas, en el año 2016². El proceso de consolidación de la religión islámica en nuestro país forma parte de lo que Jiménez-Aybar ha denominado “macroproceso por el cual el islam inmigrado se convierte progresivamente en el islam instalado”³. El aumento tan llamativo de estas migraciones, entre las cuales se encuentra el colectivo musulmán en un porcentaje alto, ha llevado a la internacionalización de la institución del matrimonio.

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1978⁴(de aquí en adelante CE), definiendo en ella a España como un Estado sin una confesión con carácter estatal, se empiezan a crear ciertos mecanismos legislativos para solucionar las diferentes demandas de esta minoría. “El libre ejercicio del derecho de la libertad religiosa habrá de ser igual de relevante y deberá recibir la misma protección jurídica con independencia de quien lo ejercite pertenezca a una confesión mayoritaria o minoritaria”⁵.

Los individuos tienen el poder de elegir libremente por qué rito quieren celebrar su unión. Este poder va unido al derecho de libertad religiosa que, a su vez, es fundamental para el derecho del libre desarrollo de la personalidad, protegidos todos por nuestra Carta Magna y diferentes textos internacionales.

¹ RUANO ESPINA, Lourdes. “Derecho e Islam en España”. *Ius canonicum*, XLIII. 2003. Instituto Martín Azpilcueta. Nº. 86. ISSN:0021-325-X. Págs. 465-543.

² www.ine.es. (Fecha de consulta, 11-05-2017).

³ JIMÉNEZ-AYBAR, Iván. *El islam institucional en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*. Navarra Gráfica ediciones. Pamplona. 2005. ISBN: 978-84-8956-147-2.

⁴ Boletín Oficial del Estado (de aquí en adelante BOE). www.boe.es. (Fecha de consulta, 11-05-2017).

⁵ TARODO SORIA, Salvador. “La Enseñanza Superior desarrollada por confesiones religiosas minoritarias”, en María CEBRIÁ GARCÍA. *Enseñanza superior y religión en el ordenamiento jurídico español*. Comares, Granada. 2016. Págs. 275-304. ISBN: 978-84-9045-423-7.

Con esto, debemos entender que el Estado debe cooperar y tutelar igual a las confesiones mayoritarias que a las minoritarias. De esta forma, los individuos que integran las confesiones minoritarias, podrán desarrollar los derechos fundamentales que le son inherentes y de los que son titulares: el derecho a la libertad religiosa, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc., de la misma manera que los desarrollan los individuos que profesan las religiones mayoritarias con más arraigo en el país, como es la católica en el caso de España.

En nuestra CE se recogen derechos fundamentales como el derecho a la libertad religiosa y el derecho al matrimonio que, para poder garantizarlos, el Estado lleva a cabo un sistema de relaciones entre el Estado español y las confesiones religiosas minoritarias cuando posean un notorio arraigo en España.

El Estado firma Acuerdos de Cooperación con estas confesiones minoritarias con el objetivo de dar eficacia jurídica a los matrimonios celebrados bajo sus propios ritos, siempre y cuando dichas minorías cumplan con una serie de requisitos. Para el legislador, el establecimiento de estas condiciones fue bastante complicado ya que tuvo que evitar limitar sus propios derechos fundamentales.

La institución que más choca con nuestro ordenamiento jurídico es el derecho de familia, más concretamente la concepción islámica del matrimonio, que está marcada por la supremacía del varón y los deberes de la mujer.

No debemos olvidar que para un individuo musulmán no existe distinción entre Estado y Religión, su ley es la Sharia y dado el origen divino de esta ley goza de eterna vigencia.

La integración del colectivo musulmán en una sociedad occidental es dificultosa, dadas las grandes diferencias sociales que existen. Partiendo de que su Ley choca directamente con nuestro ordenamiento jurídico veremos cómo, con la firma de los diferentes acuerdos, ha habido diferencias que se han podido solventar. Como señala Combalá: “Para que la convivencia intercultural se desarrolle de una forma pacífica es necesario el acuerdo por parte de los Estados

en aquello que es esencial e integrante del orden público, como es la observancia de unos mismos derechos fundamentales”⁶.

1.1. OBJETO DEL TRABAJO

Lo que se pretende conseguir con este trabajo es:

1. Analizar el matrimonio islámico o *Nikah* bajo su sistema normativo o Sharia, tratando de explicar sus propiedades y fines, elementos formales, elementos personales y la nulidad y disolución conyugal del mismo.

2. Analizar el matrimonio islámico bajo la normativa española y los requisitos que le impone el legislador, para que este matrimonio celebrado en España bajo su rito tenga eficacia civil con sus elementos formales y personales.

3. Por último, se analizarán los diferentes Acuerdos de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España y la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015.

Teniendo en cuenta que el matrimonio llevado a cabo por el rito islámico tiene trascendencia jurídica y moral, en este trabajo solo se tratarán las cuestiones jurídicas.

1.2. DELIMITACIÓN DEL TRABAJO

El estudio de nuestro trabajo se va a llevar a cabo sobre el ordenamiento jurídico español. Analizaremos los diferentes aspectos religiosos y jurídicos islámicos pero sólo para poder comprender con efectividad el estudio sin que sea el objeto del mismo.

El estudio se llevará a cabo a partir de nuestra Carta Magna de 1978 y del vigente ordenamiento jurídico. No adentrándonos en ordenamientos ya derogados.

El objeto a estudiar en el presente trabajo es el matrimonio islámico. El trabajo se analizará desde una perspectiva jurídica y estudiando la posible eficacia civil que pueden llegar a tener estos matrimonios islámicos celebrados en España, estudiando sus diferentes requisitos para que esta eficacia civil sea efectiva.

1.3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

La metodología utilizada para realizar este trabajo, es sobre todo analítica y descriptiva.

⁶ COMBALÍA, Zoila. “Estatuto de la mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2001. Nº 6. ISSN 1575-3379. Págs. 14-20.

El primer paso para la elaboración de la parte descriptiva, ha sido búsqueda y recopilación de libros, páginas de internet, jurisprudencia, doctrina, etc. en los que se trata el tema.

Una vez recopilada la diferente información, se pasa a la parte analítica y a la valoración que da la oportunidad de seleccionar la verdadera información utilizada para poder cumplir con los reales objetivos del trabajo.

Realizado todo lo anterior expuesto, se fue desarrollando y redactando cada uno de los diferentes apartados por separado que conforman el trabajo.

Finalizado todo lo dicho anteriormente, la tarea es una revisión exhaustiva del trabajo para detectar los posibles errores.

Como último paso, se elabora la conclusión final, dando una visión personal del tema expuesto.

2. NOCIONES BÁSICAS DE LA RELIGIÓN ISLÁMICA

El Islam, es una religión monoteísta, extendida por todo el mundo, entre uno 1200 y 1800 millones de personas se considera que profesan la religión musulmana. El Islam como religión, nace en el siglo VII d.C, a partir de las revelaciones hechas por Alá (Dios), a través del ángel Gabriel a Mahoma (el elegido).

El pilar fundamental sobre el que se sustenta la religión musulmana, es el Corán, “libro fruto de las revelaciones recibidas por Mahoma, y, que después se compilaron. Consta de 114 capítulos (Suras), divididos en multitud de versículos (aleyas). El Corán está considerado como un libro invariable, es la palabra directa de Dios”⁷. “El Corán, junto con la Sunna (tradición o hábito, serie de escritos, los hadices, donde se retrata la forma de hacer de Mahoma en vida, sus comportamientos, decisiones, y un ejemplo a seguir por los musulmanes), conforman la Sharia o legislación musulmana”⁸.

El Islam pretende ser la única religión verdadera, de la cual se han derivado todas las otras religiones. “Los musulmanes basan su religión en cinco Pilares básicos:

1. El testimonio de la fe: “No hay un Dios verdadero, sino sólo Dios (Alá) y Mahoma es el Mensajero (Profeta de Dios).
2. La oración o *Salah*: debe realizarse cinco veces al día individualmente. La oración colectiva estaría dirigida por el Imán.
3. La limosna o *Zakah*: se debe dar al necesitado puesto que todo viene de Alá.
4. El ayuno, además de festividades ocasionales, todos los musulmanes deben ayunar durante la celebración del Ramadán, que es el noveno mes del calendario islámico.
5. La *Hajj*: la peregrinación a la Mezquita de la Meca, debe ser realizada al menos una vez en la vida, en el decimosegundo mes del calendario islámico.

Estos cinco principios, son la estructura de la obediencia para los musulmanes, y lo que les daría la entrada al paraíso”⁹.

⁷ ¿Qué es el Islam?, www.lavanguardia.com/internacional/20060505/51256368078/que-es-el-islam.html (Fecha de consulta, 14-05-2017).

⁸ ¿Qué es el Islam?, www.lavanguardia.com/internacional/20060505/51256368078/que-es-el-islam.html (Fecha de consulta, 14-05-2017).

⁹ ¿Qué es el Islam y en qué creen los musulmanes? GotQuestions. <http://www.gotquestions.org/Espanol/Islammusulmanes.html>. (Fecha de consulta, 14-05-2017).

Especial importancia tiene, y considerado como un sexto Pilar de la religión musulmana, estaría la Yihad: “Palabra que significa esfuerzo. La Yihad sería la lucha del musulmán por defender el Islam. Un concepto de lucha muy amplio, que va desde lo espiritual y la predicación hasta la Guerra Santa”¹⁰.

Otros aspectos a destacar de la religión musulmana sería la familia y la vestimenta. La familia, que se consigue después de una obligación moral para los musulmanes, que es el matrimonio, basado éste en la poligamia y la perpetuidad del vínculo. Matrimonio en el cual, el hombre es considerado el sustento de la familia, con un rol protector y superior a la mujer. Con una esposa respetuosa, obediente con respecto al marido y encargada de educar a unos hijos siempre en la religión musulmana. “La vestimenta: Alá ordenó a sus fieles que respetaran una cierta indumentaria, descrita en el Corán, según las palabras de Mahoma. Con una serie de recomendaciones sobre la ropa preferible a usar, el evitar prendas demasiado ajustadas, provocativas, así como fomentar el uso del velo o burka”¹¹.

Como en todas las religiones, a raíz de la muerte de Mahoma, tuvieron lugar una serie de disputas sucesorias, éstas dieron lugar a varias ramas dentro de la comunidad islámica.

“Las ramas con mayor número de seguidores son:

- La rama Suni: es la más extendida, son más ortodoxos y se rigen por una interpretación rigurosa de las fuentes sagradas.
- La rama Chií: se concentra en países como Irán, Iraq, Bahrein, Líbano. Los chiíes reconocen el Corán o la Sunna al igual que los suníes, pero confían más en la interpretación de autoridades religiosas como los imanes o los mulás.”¹²

Lo expuesto anteriormente, lo podemos considerar como una breve presentación del mundo islámico. Con ello pretendo dar a conocer unas pequeñas

¹⁰ ¿Qué es el Islam?, www.lavanguardia.com/internacional/20060505/51256368078/que-es-el-islam.html. (Fecha de consulta, 16-05-2017).

¹¹ PÉREZ PORTO, Julian; GARDEY, Ana. *Definición del Islam. ¿Qué es, significado y concepto?* 2010. <http://www.definicion.de.islam>. (Fecha de consulta, 16-05-2017).

¹² ¿Qué es el Islam?, www.lavanguardia.com/internacional/20060505/51256368078/que-es-el-islam.html. (Fecha de consulta, 16-05-2017).

pinceladas de esta sociedad, antes de pasar a exponer, con mayor profundidad, el tema que nos ocupa “El matrimonio islámico”.

3. EL DERECHO A ELEGIR LA FORMA MATRIMONIAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Para poder comprender mejor este punto, lo dividiré en tres apartados, tres diferentes textos normativos en los cuales se reconoce este derecho a la libertad religiosa. Ya que hablar del derecho a la libertad religiosa es una tarea bastante ardua, porque no hay una definición unánime de la misma.

Empezaremos hablando de diversos textos internacionales, continuaremos por nuestra Carta Magna y finalizaremos con la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, concluyendo con una breve conclusión.

3.1. TEXTOS INTERNACIONALES

En este apartado mencionaremos ciertos documentos internacionales que en su desarrollo consagran este derecho a libertad religiosa:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, diciéndonos ésta en su artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.¹³

- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981¹⁴.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre del 2000 en su artículo 10, esta carta contempla la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁵.

- Por último, pasamos a mencionar, aunque no sea un texto internacional el “Dignitatis Humanae”, es una Declaración Conciliar de la Iglesia Católica del Concilio Vaticano II de 7 de diciembre. La cual nos ofrece unas nociones sobre la libertad religiosa: “Todos los hombres han de estar inmunes de

¹³ Declaración Universal de Derecho Humanos: Nueva York 10 de diciembre, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217, A, III de diciembre de 1949. (BOE núm 158, de fecha 03/07/2015). www.boe.es (Fecha de consulta, 23-05-2017)

¹⁴ Proclama por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, Resolución 36/1955.

¹⁵ Diario oficial de las comunidades europeas 2000/C 364/01. www.eur-lex.europa.eu (Fecha de consulta, 23-05-2017).

coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera, que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impide que actúe conforme a ella en privado ni en público, solo o asociado con otros...”¹⁶

3.2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Continuaremos hablando de cómo está regulado en nuestro ordenamiento jurídico español el derecho a la libertad religiosa. En nuestro ordenamiento, este derecho está reconocido como un derecho fundamental de las personas, entendiendo derecho fundamental como aquel que es inherente al ser humano. Nuestra CE¹⁷ en su primer Título nos habla de estos derechos fundamentales, narrando ciertos derechos considerándolos fundamento para el orden político y la paz social, como son el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes¹⁸..., diciendo que estos derechos fundamentales serán interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹(de aquí en adelante DUDH) y con acuerdos y tratados que hayan sido ratificados por España²⁰. Por lo que podemos ir ya sacando alguna idea en claro: “el derecho a libertad religiosa que le es inherente a la persona como derecho fundamental que es, debemos considerarlo como imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad, para la libre elección de vivir conforme o en desacuerdo con sus propias creencias o convicciones religiosas. Por eso mismo hay que destacar que la importancia de un derecho fundamental no puede estar en función del número de personas que lo ejerciten”²¹. Recordemos que la titularidad de este derecho de libertad religiosa la tienen los individuos pero también los grupos, ambos son titulares de este derecho.

¹⁶ www.vatican.va . (Fecha de consulta, 23-05-2017).

¹⁷ Constitución Española 1978, www.boe.es 29 de diciembre de 1978. (Fecha de consulta, 23-05-2017).

¹⁸ Artículo 10.1 de la CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamentos del orden político y de la paz social”. www.boe.es _ (Fecha de consulta_24-05-2017).

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Roma 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966.

²⁰ Artículo 10.2 de la CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. www.boe.es (Fecha de consulta, 24-05-2017).

²¹TARODO SORIA, Salvador. “Minorías, identidades abiertas y libertad de conciencia”, en Cruz LLAMAZARES; Carmen BARRANCO y Montserrat ABAD(Coords.). *Derecho y Minorías*. Madrid. Dykinson. 2015. Págs. 79-116. ISBN: 978-84-9085-645-1.

Como hemos visto en el párrafo anterior, la CE nos garantizaba los derechos fundamentales como derechos inherentes a la persona, ahora pasamos a ver en concreto el derecho que nos atañe, que es el derecho a la libertad de la persona.

La CE nos narra que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal²², no estableciendo ni un estado laico ni un estado aconfesional. Antes de la CE, cuando España estaba sumergida bajo la dictadura del Régimen Franquista, existía un pleno sistema confesional a la religión católica. En nuestra Carta Magna encontramos la garantía a una libertad ideológica, religiosa y de culto de las personas y de las comunidades con un solo límite que es el orden protegido por la ley²³.

Esta idea garantizadora de la libertad religiosa que sustraemos de nuestra CE, queda aún más protegida y garantizada por ésta, diciéndonos que todos los españoles somos iguales ante la ley, sin que quepan discriminaciones por razón de sexo, religión, raza, opinión o cualquier tipo de circunstancia personal o social²⁴. Y que es obligación del Estado promover los obstáculos que impidan o dificulten poder desarrollar este derecho con total efectividad y plenitud²⁵.

De la CE podemos abstraer unos principios básicos²⁶, unas conclusiones que sirven de ayuda a las relaciones entre el Estado y la Iglesia:

1. Principio de Libertad religiosa: no entendiéndola solo como un derecho fundamental tanto individual como colectivo, sino también como una actitud que el Estado adopta frente a las confesiones religiosas.

²² Artículo 16.3 CE: “ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. www.boe.es .(Fecha de consulta, 21-05-2017).

²³ Artículo 16.1 CE: “garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación que el orden protegido por la ley”. www.boe.es (Fecha de consulta, 21-05-2017).

²⁴ Artículo 14 CE: “los españoles son iguales antes la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. www.boe.es (Fecha de consulta, 21-05-2017).

²⁵ Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. www.boe.es (21-05-2017).

²⁶ COMBALÍA, Zoila. “El derecho de libertad de expresión en el Islam”, en DIAGO DIAGO, Pilar y GONZÁLEZ-VARAS, Alejandro (coords). *Derecho islámico e interculturalidad*. Madrid. Iustel. 2011. Págs. 218-225. ISBN: 978-84-9890-167-2.

2. Principio de neutralidad y no confesionalidad: el Estado debe ser imparcial. El ejercicio de profesar una religión no es una libertad o derecho que el Estado pueda ejercer.

3. Principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos.

4. Principio de cooperación, este principio da lugar a nuestro sistema de relaciones Estado-iglesia. El Estado debe promover la libertad religiosa y reconocer a los grupos religiosos como el ámbito a través del cual el individuo puede desarrollar su libertad religiosa.

3.3. LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Este derecho a la libertad religiosa y de culto, además de en la CE, lo encontramos regulado, garantizada también en la Ley Orgánica de Libertad religiosa (de aquí en adelante LOLR)²⁷, esta ley nos marca de manera bastante general los límites a esta libertad religiosa:

- Protección del derecho a los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales.
- El orden público por razones de seguridad, salud y moralidad pública, lo veremos más adelante.

Estos dos límites impuestos por la LOLR no deben ser interpretados por parte de los poderes públicos con carácter preventivo o restrictivo, ya que son límites a un derecho fundamental como es el derecho a la libertad religiosa. De hecho, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 46/2001 de 15 de febrero²⁸, nos dice: “Los poderes públicos no podrán aplicar estos límites a este derecho fundamental desde una presunción, sino que deben hacerlo de unos hechos constatados de que unas actividades que se

²⁷ Ley Orgánica de Libertad Religiosa: 7/1980 de cinco de julio desarrollada por Real Decreto 142/1981 de nueve de enero, sobre organización y fundamento del Registro de Entidades Religiosas y el Real Decreto 1980/1981 de 19 de junio, sobre constitución de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa; www.congreso.es (Fecha de consulta, 14/05/2017).

²⁸ Sentencia 46/2001, de 15 de febrero de 2001. Recurso de amparo 3083/96. Promovido por la Iglesia de la Unificación y otros frente a las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que desestimaron su recurso contra la negativa del Ministerio de Justicia a su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Vulneración del derecho a la libertad religiosa: denegación de la inscripción en el Registro por meras sospechas sobre posibles comportamientos futuros de una entidad religiosa. www.boe.es (Fecha de consulta, 13/05/2017).

presentan como religiosas vulneren los derechos fundamentales de los demás o el orden público”.

Elegir la religión que cada individuo quiere profesar, esta libertad para elegirla como hemos visto está garantizada en numerosos documentos, leyes, en nuestra CE. Por lo que entendemos que la decisión de cada individuo de porque rito quiere celebrar su enlace es una manifestación de esta libertad, que ésta a la vez es una manifestación del derecho a libre desarrollo de la personalidad. Todas estas manifestaciones siendo fundamentales, derechos fundamentales inherentes a las personas.

La LOLR de nuestro ordenamiento jurídico español, desarrolló ocho artículos, en los cuales explicaba la libertad que tienen los contrayentes para elegir la forma de celebración de su matrimonio de entre las diferentes confesiones religiosas, sin olvidar la necesaria cooperación del Estado español para que esta elección efectivamente sea real. Esta colaboración del Estado es llevada a cabo por el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España Ley 26/92 del 10 de noviembre, la cual explicaremos más adelante.

3.4. CONCLUSIÓN

En base a todo lo expuesto anteriormente, llegamos a la conclusión de que la institución del matrimonio es una manifestación más del derecho a la libertad religiosa, el cual encuentra su base constitucional en el artículo 32.1: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”²⁹. Y respaldo en el artículo 16 de la DUDH el cual nos dice que los hombres y las mujeres tienen derecho, a partir de la edad núbil, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; disfrutando de iguales derechos en cuanto al matrimonio³⁰.

Por todo lo anteriormente expuesto, entendemos que tanto el derecho a la libertad religiosa y el derecho al matrimonio están garantizados. “El matrimonio religioso acatólico en nuestro ordenamiento está íntimamente vinculado a la protección estatal del derecho a la libertad religiosa e ideológica, y manifiesta una

²⁹ Constitución Española. www.boe.es

³⁰ Artículo 16, DUDH: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. www.dudh.es (Fecha de consulta, 17/05/2017).

conducta activa por parte de los poderes públicos en el ejercicio de la labor tutelar”³¹.

Para cerrar este punto, me gustaría citar una frase de Lactancio, la cual resume la idea de la libertad religiosa: “La religión ha escogido como único domicilio la libertad”³².

³¹ POLO SABAU, José Ramón. *El matrimonio religioso acatólico en el sistema matrimonial español*. Universidad Europea de Madrid. Artes Liberales. Serie Trivium N°14. CEES(ediciones). Madrid. 1995. Pág. 10. ISBN: 978-84-88881.32-0.

³² LACTANCIO. *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*. Universidad Pontificia de Salamanca. Caja Salamanca y Soria. Salamanca. 1994. ISBN: 978-84-7299-319-1.

4. EL MATRIMONIO ISLÁMICO SEGÚN EL DERECHO ISLÁMICO

El matrimonio islámico es un contrato privado con unos requisitos especiales que iremos desarrollando a lo largo de este punto. Estos requisitos vienen impuestos por la Sharia³³, la cual sustenta el concepto de matrimonio islámico. Dado su origen divino, tiene carácter universal, con una vigencia permanente.

El Sagrado Corán establece que la unión matrimonial no es una relación temporal entre dos individuos del sexo opuesto, sino que es una relación permanente y perdurable en el tiempo, en el sentido de que ambas partes deben aportar sus mayores esfuerzos para dirigir sus vidas armoniosamente y sobrellevar las grandes responsabilidades emergentes de este sagrado contrato³⁴. La finalidad principal de esta unión matrimonial es la procreación y perpetuación de la especie³⁵.

Es importante mencionar antes de meternos a fondo con los requisitos tanto formales como personales del matrimonio, resaltar la posición de inferioridad que tiene la mujer frente al hombre en el matrimonio islámico. Como podemos observar en diversos versículos del Corán. Éste prescribe la obligación de obediencia absoluta de la mujer al varón³⁶; de obligada fidelidad por parte de ella, que no del hombre quien puede llegar a tener hasta cuatro esposas; la mujer no puede casar con un hombre no musulmán, el hombre sí puede casar con una mujer no musulmana³⁷.

³³ Sharia: es la ley religiosa islámica, que recoge la revelación que Dios hace a la humanidad a través del profeta, la cual está integrada por dos fuentes: el Corán o Libro Sagrado o la Sunna o tradición que reúnen a través de los denominados Hadices, los dichos y hechos del profeta. Estas dos fuentes de origen divino que integran la Sharia tratan las cuestiones que rigen la comunidad islámica, tanto de las relaciones de las personas entre sí como del ser humano con su creador.

³⁴ Corán: libro sagrado que conforma la Sharia.

³⁵ RUANO ESPINA, Lourdes. *Derecho e Islam en España...* op.cit., págs. 465-543.

³⁶ Corán 4:38: “Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios ha favorecido a unos respecto de otros, y porque ellos gastan parte de sus riquezas a favor de las mujeres. Las mujeres piadosas son sumisas a las disposiciones de Dios; son reservadas en ausencia de sus maridos en los que Dios mandó ser reservados. A aquellas de quienes temáis la desobediencia, amonestadlas, mantenedlas separadas en sus habitaciones, golpeadlas. Si os obedecen, no busquéis procedimiento para maltratarlas”. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

³⁷ MORENO ANTÓN, María. *El matrimonio islámico ante el Derecho español*. Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso

4.1 PROPIEDADES Y FINES.

“Las propiedades y fines del matrimonio musulmán, son la poligamia y el carácter perpetuo del vínculo, este último puede parecer contradictorio con la permisión desvinculatoria que posee el matrimonio musulmán”³⁸.

La poligamia resulta extraña a nuestro ordenamiento jurídico, y la perpetuidad del vínculo se trata de distinta manera en el Islam.

Los fines del matrimonio están establecidos en el Corán, y éste no contempla referencias específicas a lo que la cultura occidental entiende como tal, como fines. Ya que el Corán más bien es una guía con contenido moral y religioso que un código jurídico. El Libro Sagrado aporta datos o elementos que deben ser escuchados y tenidos en cuenta para orientar el trabajo de las otras fuentes del derecho islámico, es decir las otras fuentes que integran la Sharia, con el objeto de poder positivizar el derecho. Estos datos o elementos tienen mucha importancia cuando lo que se pretende es una determinación de los fines de la institución del matrimonio cuando es el derecho el que regula los efectos que se derivan de la misma. Han sido diversas las fuentes que sobre una base del Corán <y casad a los solteros de vosotros>³⁹, han establecido cuales son los objetivos que tiene la institución del matrimonio islámico en la sociedad islámica.

Ya que entendemos lógico que “no se puede concebir una sociedad sin regular el comportamiento humano, e incluso, el comportamiento sexual del hombre, aspecto que tiene vital importancia para el Islam, pues su no reglamentación pone en peligro las relaciones de cooperación sobre las que descansa la vida social”⁴⁰.

Para poder asegurar esta concepción social, y evitar que se desnaturalicen las relaciones de cooperación en pro de la supervivencia del grupo y para el mejor desarrollo

Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. San Sebastián.] 2001, ISBN 978-84-8373-333-1, págs. 619-630, en concreto pág. 621.

³⁸ MOTILLA, Agustín. *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones. Córdoba. 2003. ISBN: 978-84-7801-669-3. Págs. 36-180.

³⁹ Sura XXIV, aleya 32. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf. (Fecha de consulta, 17/05/2017).

⁴⁰ ACUÑA GUIROLA, Sara y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío. “Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia”. *Ius canonicum*, XLII, N°. 82. 2002. Págs. 571-613. ISSN 0021-325X.

individual, “el Derecho islámico acentuó el papel del matrimonio, restringiendo o prohibiendo, las relaciones de pareja sin legitimación”⁴¹.

Estos fines de los que hablamos podrían resumirse en⁴²:

1. Procreación legítima.
2. Remedio de la concupiscencia.
3. Gratificación emocional.
4. Garante de estabilidad social.
5. Consecución de alianzas interfamiliares.
6. Solidaridad del grupo.
7. Cumplimiento de un acto piadoso.

4.1.1 LA POLIGAMIA

Un punto importante antes de comenzar a explicar este apartado, es que los individuos que profesan la religión islámica no comparten los principios morales que en la sociedad occidental entendemos como básicos y fundamentales. Sus principios morales les vienen impuestos por revelación divina.

El Islam es fuertemente criticado por aceptar la poligamia, ya que es algo totalmente opuesto a la cultura y moral occidental. Por un lado, la sociedad cristiana, o por lo menos en su mayoría, consideran esta práctica una excusa para la promiscuidad del hombre. Por otro lado, las asociaciones feministas, lo ven como una violación a los derechos fundamentales de las mujeres y que ataca directamente contra su propia dignidad.

A. RECORRIDO HISTÓRICO

Para poder entender esta práctica, debemos hacer un pequeño recorrido a su historia: “Entre las naciones antiguas orientales, la poligamia fue una institución reconocida. Entre los hindúes, la poligamia prevaleció desde tiempos antiguos, no había restricciones (como para los antiguos babilonios, asirios y persas), en cuanto al número de esposas que un hombre podía tener. En Grecia y

⁴¹ PEARL Y WMENSKI, D. *Muslim family law*, third edition, Sweet & Maxwell. London. 1998. Pág. 139. ISBN: 978-84-2152-98-09.

⁴² Vid. A este respecto JADICHA CANDELA, La poligamia en el Derecho islámico, <http://www.webislam.com> (Fecha de consulta, 20-05-2017).

Roma, que no eran sociedades polígamas, el concubinato era normal”⁴³. Posteriormente el Islam reguló la poligamia: “limitando el número de esposas y poniendo en práctica responsabilidades”⁴⁴. El libro sagrado de los musulmanes, el Corán, es el único escrito religioso en el mundo que explícitamente limita la poligamia y restringe su práctica.

Afirmando la tradición islámica de la poligamia, el antropólogo David Murray, nos dice que “la poligamia es más común históricamente hablando que la monogamia”⁴⁵. Al respecto de esto, su Libro Sagrado, el Corán y los hadices presuponen que muchos musulmanes morirán en yihad en defensa del Islam, por eso la poligamia se legalizó específicamente, para cuidar del gran número de viudas que probablemente quedarían después de esta.

La ausencia de la exigencia monogámica se contiene en el propio texto del Corán. La Sura pertinente⁴⁶ se reveló a Mahoma poco después de que los quraysíes infligieran una derrota terrible a su ejército en “la batalla de Uhud”, en la cual murieron muchos musulmanes, dejando esposas y huérfanos, cuyos cuidados correspondieron a los musulmanes sobrevivientes. Una forma de proteger a estas viudas y huérfanos era el matrimonio. El Corán formuló esta recomendación y dio esa opción para proteger los derechos de los huérfanos e impedir que los tutores fueran injustos con sus pupilos⁴⁷.

El Corán dice que los militares triunfadores pueden tomar, como esposas, a sus esclavas⁴⁸. A todo lo largo de la historia musulmana los reyes y los generales se han casado con las viudas de sus adversarios derrotados, por lo general, para aliarse por matrimonio con las aristocracias de los pueblos recién conquistados.

Un ejemplo a esta costumbre poligámica, se refleja en la figura de Muhammad Ibn Saud, fundador de Arabia Saudí que se casó con las viudas de las docenas de rivales tribales a los que había matado, mientras iba creando su estado en el decenio de 1920. Los sultanes turcos también tomaron centenares de esposas con fines dinásticos parecidos, y la práctica de la poligamia masiva se fue filtrando hacia abajo en la

⁴³ www.newadvent.org/cathen (Fecha de consulta, 19-05-2017).

⁴⁴ www.islam.religion.com.20sept.2010 (Fecha de consulta, 21-05-2017).

⁴⁵ SCHNEIDER MURRAY, David. *Los confines del sistema de parentesco y su evolución histórica*. www.gazeta-antropologia.es/. 2011. (Fecha de consulta, 22-05-2017).

⁴⁶ Sura IV, aleya 3. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

⁴⁷ <http://www.caminoalislam.com/principios/conozca-el-islam/la-poligamia/1585-la-poligamia-en-el-coran> (Fecha de consulta, 22-05-2017).

⁴⁸ Corán 4;3. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

aristocracia de su imperio, lo cual creó, en las mentalidades europeas, la leyenda del musulmán poseedor de un harén⁴⁹.

B. ¿QUÉ ES LA POLIGAMIA SEGÚN EL ISLÁM?

A continuación, explicaremos a través del Islam y sus libros sagrados la figura de la poligamia:

“La condición que ha de concurrir para que el varón musulmán puede proceder a contraer un segundo o sucesivos matrimonios, consiste, según el Corán, en que el marido esté en disposición económica necesaria para que pueda tratar por igual materialmente a todas sus mujeres”⁵⁰.

El Corán limita el número de esposas a un número de cuatro. En los antiguos días del Islam, quienes tenían más de cuatro esposas, al abrazar el Islam, debieron divorciarse de las esposas precedentes.

El Islam reformó la institución de la poligamia, exigiendo el mismo trato para todas las esposas. El hombre musulmán no puede hacer diferencias entre ellas, en lo referido al sustento, gastos, tiempo, y demás obligaciones de esposo, es decir, cada esposa, según la Sharia tiene derecho a: una casa separada y propia respecto a las demás, derecho a una proporción igual del tiempo para pasarlo con el marido, una atención igualitaria y un patrimonio equitativo, es decir se le concede a cada una de ellas unos derechos adicionales e igualitarios.

El Islam no permite que un varón se case con otra mujer si no va a ser justo en la forma de tratarla, con un trato igualitario entre todas ellas y sus hijos. En nuestros días, la mayoría de los hombres sólo toman una esposa y si tienen una segunda, el motivo suele ser que la primera no es fértil.

Es de aclaración que la regulación y la forma de ejecutar la poligamia va a depender del país en el que nos encontremos, como por ejemplo:

- En Siria, Iraq y Pakistán para tener un matrimonio poligámico, hace falta un permiso especial del Estado.
- En Túnez y Argelia se ha abolido la poligamia.

⁴⁹ Derecho islámico: la Sharia.

⁵⁰ MOTILLA, Agustín. *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones. Córdoba. 2003. ISBN: 978-84-7801-669-3. Pág 36.

- En Marruecos existe una ley que permite el divorcio a razón de que si la primera esposa objeta a una segunda esposa en régimen de poligamia o a un matrimonio posterior.

“El matrimonio y la poligamia en el Islam es un asunto de consentimiento mutuo. Nadie puede obligar a una mujer a ser desposada por un hombre casado. El Islam simplemente permite la poligamia, no la hace obligatoria, ni la exige. Por otro lado, una mujer puede estipular que su esposo no contraiga matrimonio con ninguna otra mujer como segunda esposa en su contrato prenupcial”⁵¹.

El punto que usualmente es mal entendido en occidente, es que las mujeres, en otras culturas, especialmente africanas e islámicas, no ven a la poligamia como un signo de degradación de la mujer. En consecuencia, equipara a la poligamia con la degradación de la mujer es un juicio etnocéntrico de otras sociedades.

“Aunque nosotros vemos la clara permisión de la poligamia en el Islam, su práctica es bastante rara en muchas sociedades musulmanas. Algunos investigadores estiman que no más del 2% de los hombres casados practican la poligamia”⁵².

C. ¿QUÉ DICEN LAS LEGISLACIONES CIVILES DE LOS ESTADOS ISLÁMICOS DE LA POLIGAMIA?

Para continuar con este punto, vamos a hacer un repaso de algunas de las legislaciones civiles de los estados islámicos con respecto a la prohibición o a la restricción de la poligamia. Razones como la presión del mundo occidental, la mejor posición y educación de la mujer, la proliferación de hijos no deseados, el aumento de los conflictos familiares en materia sucesoria en las clases más pudientes, en unas circunstancias socioeconómicas menos favorables que las de antaño, han contribuido a dicha tendencia, tanto a prohibir o restringir⁵³.

En las zonas de Bangladesh y Pakistán, para justificar la poligamia, se exige la autorización de un comité. Este comité nombra un consejo arbitral, formado por: un presidente, un representante del marido, y uno de la mujer o de las mujeres involucradas. Si el comité entiende que el matrimonio propuesto es justo y necesario, otorga el permiso.

⁵¹ AL-KHOLY, Dr Jumah, *La Poligamia en el Islam y su sabiduría*. Universidad Islámica de Medina. Vol. 46. ISBN: 978-84-4321-672-3. Págs 222-231.

⁵² AL-KHOLY, Dr Jumah, *La Poligamia en el Islam y su sabiduría...op.cit.*, Págs 222-231.

⁵³ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia...op.cit.*, Pág. 582.

Para valorar si es justo se tienen en cuenta: esterilidad, enfermedad, inaptitud física para las relaciones conyugales y demencia de la mujer. Estas circunstancias, también se contemplan en las legislaciones indonesias y somalíes. Tras unas reformas de 1975, cuando se establece que el tribunal sólo autorizará un segundo matrimonio del hombre por las causas anteriormente señaladas. A esto añadirían un permiso de la mujer o mujeres precedentes, y prueba de capacidad del hombre para el sostenimiento de sus mujeres e hijos y para tratarlos con equidad⁵⁴.

Estas restricciones y prohibiciones citadas anteriormente, debemos tener en cuenta que son contrarias al Derecho Islámico clásico, y su incumplimiento, al celebrarse segundo matrimonio haciendo caso omiso de ellas, no implican, la nulidad matrimonial de ninguno de los círculos generados hasta el límite legal de cuatro, aunque civilmente carezcan de reconocimiento e incluso incurran en sanción civil⁵⁵.

4.1.2 LA PERPETUIDAD DEL VÍNCULO

Es uno de los fines fundamentales del matrimonio islámico, este vínculo de perpetuidad queda sellado en el momento en que los cónyuges dan su consentimiento para unirse en matrimonio. El marido da el consentimiento él mismo y la mujer a través del Walli, como veremos más adelante.

El matrimonio islámico religioso tiene un carácter perpetuo con independencia de posibles matrimonios de carácter temporal así como situaciones de divorcio y repudio.

Con posibles matrimonios de carácter temporal, nos referimos a “una parte de la doctrina que ha planteado la existencia de matrimonios temporales o *mut'á*, que fueron permitidos por el Profeta, son frecuentes entre los Ithana Ashari, conocidos como matrimonios de placer, en los que siguen las pautas generales del matrimonio musulmán, esto es, consentimiento, forma de la celebración, fijación de un plazo y dote”⁵⁶.

⁵⁴ LEMA TOMÉ, Margarita. “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”. *Migraciones internacionales*, vol. 2. Núm 2, julio, diciembre 2003. El colegio de la Frontera Norte, A, C. Tijuana, México. Págs. 149-170. ISSN: 1665-8906.

⁵⁵ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia...* op.cit., Pág 582.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío, *Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia...* op.cit., nº 583.

4.2 ELEMENTOS FORMALES

“El matrimonio es uno de los más serios e importantes compromisos que un individuo hará a lo largo de su vida. Es un enlace que, una vez establecido, no puede romperse fácilmente. Es una de las relaciones más importantes en la sociedad musulmana, es la piedra angular de toda su estructura.

El matrimonio es tan importante en el Islam que el Profeta, Sallallahu alayhi wa Sallam, dijo: “quien quiera que se case, habrá completado la mitad de su fe y que le tema Al-lah en la mitad restante”. Los musulmanes deben tener la intención de agradar a Al-lah el Todo Poderoso, en el acto y proceso del matrimonio de acuerdo con sus leyes”⁵⁷.

Como algunos de los componentes fundamentales en el proceso que lleva al enlace matrimonial están:

- La dote.
- Asistencia de testigos.
- Intervención del Walli.

4.2.1 LA DOTE

El pago de la dote o Al Mahr, es un requisito obligatorio para que el contrato matrimonial sea válido. “La dote es una cantidad de dinero o bienes que el novio debe entregar a la novia para obtener su aceptación a la propuesta matrimonial. El contrato matrimonial debe contener necesariamente las cláusulas que identifiquen la dote y todos sus elementos”⁵⁸.

- Cuantía.
- Cantidad que se entrega a la celebración del matrimonio o “Nacd”.
- Cantidad que se aplaza hasta la extinción del matrimonio o “cali”.
- Forma de pago.

“Las mujeres deben ordenar cuidadosamente sus prioridades cuando van a escoger un esposo, porque el éxito y la felicidad en el matrimonio islámico dependen de esto. El pago de la dote, es una condición necesaria para la legalidad del contrato matrimonial,

⁵⁷ Al Jumuah Magazine, de ‘A`ishah Hamdam. I.Islam web.español. <https://library.islamweb.net.esp> (Fecha de consulta, 16-05-2017).

⁵⁸ TAZÓN CUBILLAS, Aurora. “Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. N°22. 2008. Págs. 38-49. ISSN 1575-3379.

pero es entregado a la esposa como una forma de honrarla y respetarla, y como un símbolo del compromiso que hace el esposo de proveer y proteger a su esposa”⁵⁹. Al-lah dice: “dad a vuestras mujeres su dote con buena predisposición”⁶⁰. En estas y otras aleyas se establece la obligatoriedad de la dote. El Corán no establece ninguna cantidad máxima ni mínima en ninguna de sus aleyas, dice que cualquier cosa de valor es aceptable como dote, material o no. El Califa Umar aconsejó a la gente “no ser excesivos con respecto a las dotes de las mujeres”. El Profeta Sallallahu´alayhi wa sallam exhortó a las personas a ser moderadas en este sentido, les dijo: “La mejor dote es aquella que es más fácil de pagar”. El Profeta Sallallahu´alayhi wa sallam, dijo: “Buscad algo, incluso si es solo un anillo de hierro”⁶¹. De hecho, la dote puede ser como hemos dicho algo no material, el Profeta en el Sagrado Corán admite como dote la simple sabiduría del mismo⁶². Dijo el Profeta: “Ve, porque la he puesto bajo tu cargo (en matrimonio) debido a lo que memorizas del Corán”.

La obligación del pago de la dote, refiriéndonos a la cuantía genera problemas, ya que hay mujeres que piden sumas muy elevadas de dinero, joyas, etc. que los futuros maridos no pueden satisfacer. Esto genera una gran corrupción, no solo para los individuos, sino para la sociedad. “Las mujeres deben mirar más allá de sus propios deseos e intereses personales, y considerar valores y beneficios más elevados”⁶³.

Estévez Brasa, nos da las partes en las que se divide la dote y los tipos que existen⁶⁴. “Empezamos distinguiendo las partes en las que se puede dividir la dote: una parte denominada Nacd o dote adelantada, se entrega al Walli o a la futura esposa para que disponga libremente; otra parte llamada Cali o dote aplazada, permanece en poder del esposo hasta tanto se extinga la relación matrimonial por

⁵⁹ Al Jumuah Magazine, de‘A`ishah Hamdam. I.Islam web.español. <https://library.islamweb.net.esp>. (Fecha de consulta, 15-05-2017).

⁶⁰ Corán 4:4. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

⁶¹ Apóstol de Al-lah. <http://hadizislam.blogspot.com.es/2012/02/sahih-bukhari-hadith-cap64-matrimonio.html>. (Fecha de consulta, 15-05-2017).

⁶² Apóstol de Al-lah. <http://hadizislam.blogspot.com.es/2012/02/sahih-bukhari-hadith-cap64-matrimonio.html>. (Fecha de consulta, 15-05-2017).

⁶³ Al Jumuah Magazine, de‘A`ishah Hamdam. I.Islam web.español. <https://library.islamweb.net.esp>. (Fecha de consulta, 15-05-2017).

⁶⁴ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho Civil musulmán*. Precedido de una introducción al advenimiento del Islam. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1981. Págs. 404-411.

muerte de éste o repudio, en cuyo caso y salvo excepciones, habrá de entregarse a la mujer. En cuanto a las clases de dotes distinguimos cuatro tipos”:

1. Convencional: es la más usual, se establece antes de la celebración del matrimonio, en el acuerdo prematrimonial por el walli.

2. Paridad o equivalencia: constituye una medida objetiva, consistente en el montante que correspondería entregar a un esposo de una clase, medios y recursos similares a una mujer de condiciones análogas.

3. Fiduciaria: es una dote no cuantificada, cuya determinación se pospone a la celebración del matrimonio y que permite que la mujer se niegue a la consumación del mismo en tanto que no se establezca de forma fehaciente.

4. Arbitral: cuya determinación dependerá de un tercero al no existir acuerdo.

La unión de mujeres musulmanas argentinas “UMMA”: esta asociación se hace la pregunta “de qué si la dote es una compra, una permuta o un acto de caballerosidad hacia la mujer. Según los exégetas coránicos explican que el sentido de la palabra dote en árabe, hace alusión a la veracidad y seriedad del afecto del hombre y de la sinceridad espiritual. Hay quienes proponen la abolición de la dote, criticando el hecho de que para casarse uno deba pagar, como quien compra una vaca o una mula, como garantía para que la relación entre el hombre y la mujer no se rompa. Debe quedar claro que la dote es un regalo, que el hombre no tiene derecho a obtener ningún beneficio económico de la mujer y la dote le pertenece absolutamente a la mujer”.⁶⁵

4.2.2. ASISTENCIA DE TESTIGOS

“La concurrencia de testigos en las nupcias es, junto con la intervención del Walli y la dote, un requisito esencial de todo matrimonio islámico. La diferencia entre la intervención del Walli y de los testigos radica en la distinta forma o función que realizan en el acto de constitución del matrimonio. Mientras que la actuación del Walli requiere una presencia activa en el acuerdo matrimonial, a los testigos solo se les exige que estén presentes en el acto sin intervención alguna, dado que la función específica de los mismos, es dar testimonio tanto del intercambio del consentimiento, como de los pactos estipulados por ambas partes, de los contrayentes”.⁶⁶

⁶⁵ ASSAD DE PAZ, Masuma, presidenta de UMMA. *La dote en el Islam: ¿compra, permuta o caballerosidad hacia la mujer?* <http://www.umma.org.ar/?p=319> (Fecha de consulta, 23-05-2017).

⁶⁶LINAT DE BELLEFONDS, Louis. *Traité de Droit Mulsuman Comparé*. Mouton & Co. 1965. Págs. 106-108. ISBN:978-3-11-043613-6.

Los requisitos formales que han de cumplir los testigos son:

- Dos testigos.
- Profesar la religión islámica.
- Varones.
- Ser mayores de edad o púberes.
- Libres de condición o actitud.
- Pleno uso de facultad mental.
- No ser sordos.

Algún sector de la escuela Sunnita, permite ya que las mujeres ejerzan esta función testifical, aunque nunca podrán ser exclusivamente dos mujeres, es decir, o bien dos varones o un varón y una mujer.

“El requisito de los testigos, es ad validitatem respecto del matrimonio, sin embargo cabe la posibilidad de convalidar el que se celebre sin su concurrencia. El matrimonio contraído sin la debida concurrencia de testigos, será nulo en algunos casos y podrá convalidarse en otros, requiriendo el testimonio a posteriori”⁶⁷.

4.2.3 INTERVENCIÓN DEL WALLI

Dentro del matrimonio islámico hay un requisito de validez peculiar: un doble consentimiento, el de los contrayentes y el del Walli.

Esta figura del Walli es exigida en todos los casos para la mujer y solamente en algunos para el hombre, afectando a la validez del matrimonio. El varón puede otorgar su oferta y consentimiento de forma directa, sin intermediario. Pero la mujer necesita de la figura del Walli para que sea éste quien exprese el consentimiento por ella.

La figura del Walli, es siempre un varón musulmán. La Sharia nos dice que el Walli tiene que ser un varón que guarde parentesco con la futura esposa o bien jurídica, dentro de un orden jerárquico preestablecido por el Derecho. “El alcance de la facultad de representación de la novia, dependerá de la relación de

⁶⁷ ACUÑA, Sara, DOMINGUEZ, Rocío; LORENZO, Paloma, en MOTILLA, Agustín(coord.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Ed: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba. Págs. 41-42. ISBN: 978-84-7801-669-3.

parentesco, más o menos directa, que guarde el Walli con la desposada, así como de la condición personal de la misma. Las mayores facultades se ostentarán cuando el representante sea el padre o el abuelo de la novia y ésta no haya perdido su virginidad y las menores cuando ésta tenga una edad y condición en que resulte difícil que realice un matrimonio convenido. Lo que en ningún caso se permite, al menos formalmente es que se preste el consentimiento matrimonial incluso contra la voluntad de la mujer”⁶⁸.

La figura del Walli adquiere gran importancia en el momento del contrato previo al matrimonio para negociar la dote a pagar y la compensación a recibir en función de la supuesta capacidad procreadora de la mujer. La mujer no tiene potestad ninguna para intervenir en las negociaciones del contrato previo a pesar de la importancia que tiene para su futuro matrimonial.

4.3 ELEMENTOS PERSONALES

Después de haber analizado los elementos formales del matrimonio musulmán, pasaremos a analizar los elementos personales o materiales del mismo, que dividiré en dos apartados: la capacidad de los contrayentes y los impedimentos tanto permanentes como temporales.

4.3.1 CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES

Para prestar el consentimiento matrimonial en el matrimonio islámico, ambos contrayentes deben tener capacidad por razón de su edad o haber obtenido la oportuna dispensa, además de no estar inmersos en ningún tipo de causa impeditiva.

Como normal general, puede contraer matrimonio todo aquel que se encuentre en plenas facultades mentales y que haya alcanzado la pubertad. El Derecho islámico fija una edad a partir de la cual se supone que se ha alcanzado la pubertad. De acuerdo con la Sharia, este límite viene establecido en 15 años para el varón y 12 años para la mujer. Aunque la mayoría de las legislaciones modernas de los países musulmanes, han establecido como edades mínimas 18 años para el varón y 17 años para la mujer, con el fin de evitar matrimonios entre niños, ante la presión occidental que han recibido en este

⁶⁸ GIMÉNEZ COSTA, Ana. “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español”, en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Coord. por Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Araceli DONADO VARA, MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ, Fátima YÁÑEZ VIVERO. 2004. Págs. 1-22. ISBN 978-84-609-3858-1.

aspecto.⁶⁹ Muchas veces la falta de edad de la mujer queda solventada por la presencia del Walli, al ser éste quien da el consentimiento en su nombre, incluso en contra de la opinión de la menor.

Según Abdul-Aziz, “no se debe disuadir del matrimonio por tener edades diferentes. Es obligatorio para una mujer mirar al futuro marido, y si él es justo y adecuado deben ponerse de acuerdo, incluso si él es mayor que ella. Del mismo modo un hombre debe dedicarse a la búsqueda de una mujer justa, religiosa, incluso si ella es mayor, si es todavía fértil. La edad no debe ser una excusa siempre y cuando el hombre sea justo y la mujer justa”.⁷⁰ Como dato histórico, el Profeta Mahoma en el año 619, hombre de más de cincuenta años se casa con Aisha, una niña de seis años, el matrimonio se consumó al cumplir la niña los nueve años. Por desgracia, esta práctica de matrimonios en la actualidad no ha desaparecido:⁷¹

- En Arabia Saudí, casarse con niñas afecta a millares de pequeñas de todas las edades.
- En Irán, los Ayatolas dicen: el matrimonio con niñas es legítimo desde el primer año de vida.
- En Turquía y Nigeria el matrimonio con niñas es una práctica muy extendida.
- En Siria, se ha incrementado el matrimonio con niñas por el avance de ISIS.
- En Marruecos, a pesar de que hay una ley que establece la edad mínima para el matrimonio a los 18 años, en ciertos círculos subsiste el matrimonio con niñas.
- En Irak se puede contraer matrimonio con niñas de cualquier edad.

⁶⁹ Aunque no debemos olvidar la posibilidad que tienen, de celebrar matrimonios temporales o de placer que en su día permitió Mahoma y hoy en día siguen declarándose válidos por parte de la Shíí.

⁷⁰ BINBAZ, Abdul.Aziz. *Fatawa Islamiya, vol 5, El libro del matrimonio*, pág 169-170. www.hayatbuscalugarenelparaiso.blogspot.blogs (Fecha de consulta, 12/05/2017).

⁷¹ La realidad de los matrimonios con niñas en el mundo islámico. Blasting News 2015. www.blastingnews.com mayo de 2015. (Fecha de consulta, 15/05/2017).

4.3.2 IMPEDIMENTOS

En el matrimonio musulmán hay que tener en cuenta los impedimentos matrimoniales, que son causas que prohíben a una persona contraer matrimonio con otra.

Según el Derecho islámico hay dos tipos de impedimentos: temporales y permanentes.

A. IMPEDIMENTOS PERMANENTES

Los impedimentos permanentes hacen referencia a todas las posibles situaciones de parentesco que puedan darse entre contrayentes, esto es un punto en común con el matrimonio occidental, aunque es mucho más frecuente en el mundo islámico por tener una mayor vigencia los clanes familiares. No podrá haber matrimonios musulmanes entre parientes consanguíneos, adoptados y de leche, en línea recta y hasta el tercer grado en línea colateral⁷².

En el caso del impedimento entre parientes de leche, la lactancia no engendra impedimento si no ha tenido lugar de una forma efectiva durante los dos primeros años de vida del niño. El varón no podrá contraer matrimonio, ni con su nodriza, ni hijas, ni hermanas, ni sobrinas de ésta. La mujer si podría contraer matrimonio con los descendientes de su nodriza⁷³.

Otro caso de impedimento permanente es el siguiente, el marido no podrá contraer matrimonio con las ascendientes de su mujer, mientras que con las descendientes lo podrá hacer siempre que no se haya consumado el matrimonio⁷⁴.

B. IMPEDIMENTOS TEMPORALES⁷⁵

Como su propio nombre nos indica, estos impedimentos temporales, tienen fecha de caducidad, es decir, una vez desaparezcan estas causas que hacen que un

⁷² GIMÉNEZ COSTA, Ana. *El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español...op.cit.*, Págs. 1-22.

⁷³ GIMÉNEZ COSTA, Ana. *El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español...op.cit.*, Págs. 1-22.

⁷⁴ GIMÉNEZ COSTA, Ana. *El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español...op.cit.*, Págs. 1-22.

⁷⁵ ROSELL GRANADOS, Jaime (coord.). *Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración musulmana en Extremadura*. Badajoz. Ed: Dykinson. 2012. Pág. 195. ISBN: 978-84-9031-044-1.

matrimonio no pueda celebrarse por concurrir alguna de las siguientes razones, el matrimonio podría celebrarse.

- Afinidad temporal: impide estar casado con dos hermanas simultáneamente, pero sí podría hacerlo sucesivamente, una vez disuelto el anterior matrimonio.

- La *iddah* o continencia legal: consiste en la prohibición de contraer matrimonio que tiene la mujer durante determinados plazos. Los plazos de continencia varían según la causa que motiva la extinción del vínculo de matrimonio: 3 meses si es por repudio; 4 meses y diez días si es por fallecimiento del esposo⁷⁶; un mes cuando se hayan mantenido relaciones extramatrimoniales o haya sido violada.

Esto se fundamenta en evitar problemas que puedan derivarse de la determinación de una posible paternidad y evitar conflictos en los matrimonios consecutivos.

- El Repudio triple e irrevocable: impide que la mujer pueda contraer matrimonio de nuevo con el marido que la repudió, a menos que habiendo contraído nuevo matrimonio lo haya disuelto.

- El religioso o *Kitabia*: una mujer musulmana no podrá contraer matrimonio con un hombre que no profese la religión islámica.

A un hombre musulmán sólo le está prohibido contraer matrimonio con idólatras o mujeres que pertenezcan a religiones que no contengan libro. Si les está permitido casarse con musulmanas, judías o cristianas. Esto se hace porque, para el matrimonio islámico el fin es la procreación y los hijos están obligados a seguir la religión musulmana profesada por el padre⁷⁷.

Estos impedimentos al matrimonio chocan con los principios occidentales, ya que se consideraría en unos casos la existencia de discriminación religiosa, discriminación por razón de sexo, ya que sólo se aplica a la mujer, hablamos de una discriminación inmensa hacia las mujeres jurídica y moralmente, como hemos podido comprobar en el apartado de la continencia legal, las mujeres deben

⁷⁶ Corán, Sura II, aleya 234: Las viudas que dejéis, deben esperar cuatro meses y diez días, pasado este tiempo, no seréis ya responsables de lo que ellas dispongan de sí mismas conforme al uso... www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

⁷⁷ GIMÉNEZ COSTA, Ana. *El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español...* op.cit., Págs. 1-22.

respetar el plazo de un mes incluso habiendo sido violadas, es decir, siendo víctimas de un delito contra la libertad e indemnidad sexual, como si ellas fueran las que hubieran cometido el delito y no su agresor. En nuestro caso, en nuestro ordenamiento, entraría en juego la excepción del orden público protegido por la ley, lo que impediría que se aplicara la ley musulmana correspondiente a su nacionalidad y se pasase a la ley del foro, en este caso la española⁷⁸.

4.4. NULIDAD Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La ley islámica no opta por la disolución del matrimonio, considerando al matrimonio como una institución básica para la organización social. Rige como norma general que la consumación del matrimonio sirva como cura de los vicios que puedan existir y convalide al mismo. Aunque siempre quede a disposición, la disolución del matrimonio⁷⁹. Por lo que llegamos a la conclusión que, lo más importante en el Derecho Islámico es si el matrimonio se ha consumado o no, independientemente que el matrimonio hubiera estado viciado de mala fe, en total contraposición con nuestro Derecho en el cual se prima la buena o mala fe a la hora de determinar los vicios del matrimonio⁸⁰.

Al igual que en la mayoría de aspectos del matrimonio islámico, en el caso de nulidad y disolución del vínculo matrimonial, la mujer siempre va a quedar en peor situación que el hombre, el propio Corán en varios versículos (ya vistos en los anteriores puntos) nos afirma la superioridad del hombre sobre la mujer. En el derecho familiar de casi todos los países musulmanes el hombre tiene autoridad absoluta sobre la mujer, lo veremos más adelante.

Sara Acuña, parte de una premisa previa: “la teoría general de los contratos determina que éstos serán nulos cuando estén viciados en su origen o, cuando por su naturaleza no son sanos. Los elementos que integran la esencia del matrimonio occidental, de los cuales depende su validez son la ausencia de impedimentos, consentimiento y forma. Pero hay que hacer matizaciones en relación al contrato islámico”:⁸¹

⁷⁸ GIMÉNEZ COSTA, Ana. *El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español...*op.cit., Págs. 1-22.

⁷⁹ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho Civil...*op.cit., Pág. 437.

⁸⁰ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho Civil...*op.cit., Pág. 436.

⁸¹ ACUÑA GUIROLA, Sara. *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 598-599.

- El matrimonio islámico queda fuera del concepto jurídico que hay en el Derecho occidental.

- El matrimonio islámico presenta muchas especialidades respecto al régimen de nulidades.

Afectando al matrimonio musulmán estas especialidades expuestas anteriormente, su régimen de nulidades tiene ciertas peculiaridades:

- El derecho islámico no exige formalidades concretas para que el contrato de matrimonio sea válido.

- Hay ciertos actos que por su propia naturaleza deben exigir cierta solemnidad, como es la celebración el matrimonio, pero en el derecho islámico no revisten de carácter impositivo en la ley Coránica⁸².

Dichas estas especialidades anteriormente, podemos llegar a la conclusión que los elementos formales, que sirven para dar seguridad y certeza jurídica, en el caso de que no se cumplan no llevará a la nulidad del contrato, no repercutirá en su naturaleza en el derecho islámico.

En cuanto al consentimiento matrimonial, la Sharia nos dice que no puede estar viciado ni moral ni físicamente, pero en la práctica es un vicio que puede ser subsanado por medio de la convalidación. Por lo que, si realmente el consentimiento estuviera viciado, podría ser anulado el matrimonio mediante una acción de anulabilidad⁸³.

El matrimonio musulmán es un contrato y como todo contrato le afectan unas categorías en función de si ese contrato es válido o no. Por lo que el matrimonio puede devenir:

1. Nulo o *batil*.
2. Imperfecto o *fasid*. Se puede sanar el vicio.
3. Irregular o *tertium genius*, es un matrimonio anulable por no cumplir las exigencias legales de los nuevos tiempos. Se puede sanar el vicio.

⁸² DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío, *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 601-611.

⁸³ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío, *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 601-611.

El matrimonio al ser un contrato especial dentro de la extinción del mismo, sólo al contrato matrimonial le afectaría la disolución: repudio y divorcio.

El matrimonio nulo y el matrimonio irregular tienen en común, que a los dos les afecta un vicio pero no de la misma manera como veremos a continuación.

El matrimonio nulo y el matrimonio imperfecto, se diferencian en que el matrimonio nulo afecta al propio contrato matrimonial y el matrimonio imperfecto a la relación conyugal.

4.4.1. MATRIMONIO NULO O “BATIL”

El matrimonio nulo es una figura muy poco habitual y excepcional. El vicio que afecta al contrato matrimonial, afecta directamente al propio contrato matrimonial, dejando de producir efectos.

Un matrimonio deviene absolutamente nulo por: la falta de alguna de las condiciones estrictamente impuestas por la Sharia, es decir por el Derecho Divino. Se produce cuando hay circunstancias o hechos que son incompatibles con la propia relación conyugal desde el punto de vista religioso, independientemente que el matrimonio haya sido consumado o no⁸⁴. Como ya hemos dicho, ni la forma ni el consentimiento hacen devenir a un contrato de matrimonio islámico nulo.

A continuación, vamos a enumerar las causas de nulidad⁸⁵ absoluta:

- Enfermedad grave de uno de los cónyuges.
- Matrimonio a término *mut`a*: matrimonio temporal.
- Que el matrimonio haya sido contraído durante el período de la mujer *iddah*.

Entendiendo por este periodo, un periodo en el cual la mujer no puede volver a casarse (en el caso de que su matrimonio se haya consumado), es el mismo plazo que tienen que están obligadas a respetar las mujeres divorciadas o viudas. Una vez concluido este plazo pueden volver a contraer nupcias.

- El matrimonio de una mujer con el que hubiera sido su esposo y la hubiera repudiado tres veces.

⁸⁴ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. Derecho civil...op.cit., Págs. 432-435.

⁸⁵ Entre otros: DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío, *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 600-610; ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho civil...*op.cit., Págs. 432-435; ACUÑA GUIROLA, Sara. *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 595-599.

- Impedimento por religión: las musulmanas no pueden contraer matrimonio con un hombre que no sea musulmán o de un musulmán con idólatra.
- Impedimento por parentesco en grado prohibido, establecidos por ley.
- Impedimento por vínculo: cuatro para el hombre y uno para la mujer.
- Impedimento por esclavitud: matrimonio con una persona que sea esclava de la cual se es propietario.

Independientemente de las causas de nulidad enumeradas anteriormente, dado que el Derecho islámico es un Derecho eminentemente casuístico, “hay que tener muy presente que el ámbito de la excepcionalidad es amplio, en cuanto que los supuestos exceptuados responden principalmente a la función sanadora que produce la consumación y a la plena posibilidad de ejercer la acción de disolución”⁸⁶.

Una vez declarado ya el matrimonio nulo, esta nulidad produce unos efectos los cuales van a depender si el matrimonio se ha consumado o no se ha consumado⁸⁷:

1. Matrimonio nulo en el cual se ha producido consumación:
 - La dote le corresponde en su totalidad a la mujer. En el caso de no estar fijada, al haber habido consumación la mujer no puede reclamarle nada al marido.
 - La patria potestad de los hijos corresponde al padre, ya que en el Derecho Islámico prevalece en la legitimación la vinculación con el padre.
 - El matrimonio no produce derechos sucesorios entre los cónyuges.
 - Se establece período de continencia para la mujer.
2. Matrimonio nulo en el cual no se ha producido consumación:
 - No establece período de continencia para la mujer.
 - El matrimonio no produce derechos sucesorios entre los cónyuges.
 - No produce relaciones de parentesco con la familia del aparente cónyuge, lo que llamamos afinidad.

⁸⁶ DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío, *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 601.

⁸⁷ Entre otros: DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío, *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 600-610; ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho civil...*op.cit., pág 432-435; ACUÑA GUIROLA, Sara. *Aproximación al matrimonio...*op.cit., Págs. 595-599.

- La dote le corresponde la mitad a la mujer. En el caso que no estuviera fijada por no estar consumado el matrimonio le corresponde la dote de equivalencia.

4.4.2. MATRIMONIO IMPERFECTO O “FASID”

Un matrimonio imperfecto, al principio, es un matrimonio sano. Deja de serlo cuando le afectan circunstancias que afectan al fondo del contrato conyugal o a lo que forma lo esencial del mismo.

El vicio existente, no afecta al contrato matrimonial sino a la relación conyugal. Es anulable, puede ser subsanado. Como ya dijimos al principio de este punto, el Derecho Islámico no es muy proclive a la disolución ni a la nulidad del matrimonio de ahí que impere el principio general de que la consumación purgue los vicios y como consecuencia de esta consumación, la relación conyugal quede convalidada⁸⁸.

Este tipo de vicios que afectan a la relación conyugal son más habituales que los que dan lugar a la nulidad, son vicios de menor entidad y no impide que el contrato despliegue sus efectos.

La consecuencia de más relevancia sería la posible disolución del matrimonio, ya sea a instancia de parte o de oficio por el juez *cali*. Alguna de las posibles causas que pueden dar lugar a un matrimonio imperfecto:⁸⁹

- Irregularidades en la dote, por ejemplo: si la fecha es muy a largo plazo, cuando la cantidad que se establezca es muy inferior a lo que se acostumbra a establecer.
- Matrimonio celebrado en periodo de peregrinaje o *ihram* (en este supuesto no entraría el caso de reanudación de vida en común en la situación de repudio revocable).
- Matrimonio concluido sin tutor, o con un tutor que no sea musulmán.
- Establecimiento de puntos que afectan a la parte esencial del matrimonio, por ejemplo: la no cohabitación, exención del marido de proveer las necesidades de la mujer.

Este tipo de nulidad imperfecta puede ser alegada, es decir los legitimados para alegarla, cuando el matrimonio no haya sido consumado, por los interesados, es decir por

⁸⁸ MOTILLA, Agustín. El matrimonio...op.cit., Págs. 55-60.

⁸⁹ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho civil*...op.cit., Págs.434-435.

los contrayentes o un tercero. O por el mismo juez de oficio si considera que puede afectar al orden social⁹⁰.

Los efectos que subyacen de este matrimonio imperfecto son⁹¹:

1. La mujer queda eximida de la obligación de continencia o *iddah*.
2. Los regalos recibidos con motivo de la celebración matrimonial han de restituirse.
3. La dote ha de ser restituida.

4.4.3. MATRIMONIO IRREGULAR O “TERTIUS GENIUS”

El matrimonio está viciado, pero por un vicio de menor entidad que el que da lugar a la nulidad. No son vicios que vengan impuestos en la Sharia. El vicio afecta a la relación conyugal, no al contrato matrimonial, por lo que los efectos derivados del contrato matrimonial se producen. El matrimonio irregular siempre puede ser curado. Al igual que en el caso anterior, rige el principio general de que la consumación purgue los vicios y se convalide el matrimonio con esta consumación, sino siempre quedará abierta la vía para la disolución matrimonial⁹².

Este tipo de matrimonio podríamos definirlo como: “aquella unión matrimonial que no cumple con las prohibiciones legales de nuevo cuño que se han impuesto recientemente en la legislación islámica con la intención de acercar la institución del matrimonio islámico (institucionalizado por la Sharia) a sus institucionales homólogas en los ámbitos jurídicos occidentales”⁹³.

No existe una lista cerrada de las causas que dan lugar a este matrimonio irregular, éstas vienen determinadas por la casuística de cada ordenamiento jurídico.

Los legitimados para poder alegar esta irregularidad, dependiendo los casos, pueden ser los propios cónyuges o un tercero interesado. También podrá alegarla el propio juez de oficio cuando considere que pudiera verse afectado el orden social.

⁹⁰ MOTILLA, Agustín. El matrimonio...op.cit., Págs. 58-60.

⁹¹ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. Derecho civil...op.cit., Págs. 430-435.

⁹² Ir a la cita número 79.

⁹³ MOTILLA, Agustín. El matrimonio...op.cit., Pág.58.

Los efectos derivados de que se declare irregular un matrimonio son⁹⁴:

- La dote debe restituirse, en función de que el matrimonio haya sido consumado o no, con los mismos requisitos que la nulidad.
- Exime a la mujer del deber de continencia, en función de que el matrimonio haya sido consumado o no, con los mismos requisitos que la nulidad.

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos la figura de matrimonio irregular, sin embargo, sí que podríamos encontrarle encaje por analogía con la figura de matrimonio anulable del código civil siempre centrándonos en el fondo material de la figura no en la nomenclatura. Nuestro Código Civil (a partir de aquí CC)⁹⁵ contempla solo la nulidad del matrimonio pero permite la convalidación del matrimonio cuando las causas de nulidad no tengan demasiada importancia, en realidad estamos ante casos de anulabilidad susceptible de sanar.

4.4.4 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: REPUDIO Y DIVORCIO

En el Derecho islámico existe la opción de disolver el matrimonio, pese a que una de las propiedades más importantes del matrimonio islámico sea la perpetuidad del vínculo. El Derecho islámico no es proclive a la disolución del matrimonio⁹⁶.

La disolución del matrimonio islámico se puede hacer efectiva de dos formas: a través del divorcio o a través del repudio. “Los repudios o divorcios están siendo muy frecuentes por lo que el matrimonio se caracteriza hoy en día por una gran inestabilidad, lo que da lugar a un gran número de familias que se componen de mujeres solas a cargo de sus hijos e hijas”⁹⁷.

A. REPUDIO

El repudio tiene como efectos, disolver el contrato matrimonial, desapareciendo con esta disolución los derechos y deberes que de éste derivaban. También desapareciendo los derechos de sucesión.

Es la forma más habitual de disolución del matrimonio, en concreto, el repudio unilateral por parte del marido talaq. “El talaq es la forma de disolución de un contrato

⁹⁴ ESTÉVEZ BRASA, Teresa. Derecho civil...op.cit., Págs. 430-435.

⁹⁵ Código Civil, arts 73 y ss. www.boe.es (Fecha de consulta, 22-05-2017).

⁹⁶ Ir a la cita número 79.

⁹⁷ RUIZ-ALMODÓVAR, Caridad. “La legislación de la familia en los países árabes”. *El nuevo orden mundial y el mundo islámico*. 2012. N 65. Universidad de Granada. Págs. 269-291. ISSN: 1134-2277.

matrimonial legítimo por parte de esposo, un privilegio que se le concede de poner fin al matrimonio de una manera discrecional, sin necesidad de motivar su decisión, sin necesidad de intervención judicial alguna, proceso legal, ni consentimiento de la esposa”.⁹⁸ Es muy parecido a un divorcio de facto, de abandono conyugal con dolo, que pone de manifiesto la ausencia de una voluntad del esposo de continuar con el matrimonio⁹⁹.

El marido está legitimado para repudiar a su mujer, repitiendo tres veces la frase “queda repudiada”, sin necesidad de acudir a un tribunal, pero contando con la presencia de dos testigos musulmanes que sean varones, adultos y sanos de mente.

Para que al acto del repudio tenga validez, se tiene que cumplir con unos requisitos formales: la declaración repudiatoria puede ser oral o escrita, que obviamente ponga de manifiesto la intención que tiene el cónyuge de repudiar; el repudio debe realizarse en la circunscripción del domicilio del matrimonio con el fin de que la mujer no quede lejos del marido que la repudia. Además del cumplimiento de unos requisitos formales, se tienen que cumplir unos requisitos personales para llevar a cabo este repudio: el marido tiene que reunir las condiciones normales de capacidad para contraer válidamente matrimonio: plena capacidad y poseer la condición musulmana, púber y sano de mente¹⁰⁰. Si por el contrario es la mujer la que pide su propio repudio, de tener plena capacidad para administrar sus bienes y sino un administrador para que se encargue de ellos.

Por lo que, no están legitimados para solicitar el repudio¹⁰¹:

- Varones impúberes y menores de quince años.
- Varones que sufran una enfermedad mental, es decir que no sean sanos mentalmente.

⁹⁸ RUIZ-ALMODÓVAR, Caridad. *La legislación de la familia en los países árabes...* op.cit., Pág. 286.

⁹⁹ FERNÁNDEZ CORONADO, Ana. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”. *Revista española de Derecho Constitucional*. 2009. Num 85. Pág. 145. ISSN: 0211-5743.

¹⁰⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “Las tradiciones islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el Derecho del Estado español”. *Revista de Ciencias de las Religiones*. Núm. 13. 2008. Págs. 198-199. ISSN: 1135-4712.

¹⁰¹ PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “Las tradiciones islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el Derecho del Estado español”...op.cit., Págs. 198-199.

- El marido bajo coacción.
- El varón que no se encuentre en plenas condiciones en el momento de solicitar el repudio, como, por ejemplo, que esté bajo los efectos del alcohol o las drogas.

Siendo efectiva la figura del repudio, se derivan unos resultados¹⁰²:

- El tutor legal varón de la mujer repudiada pasará a ser el padre de ésta, por normal general.
- Plazo de espera *iddah*: la mujer está obligada a guardar abstinencia al término del matrimonio para comprobar si está embarazada.

Durante el plazo de continencia impuesto a la mujer, el hombre puede deshacer lo hecho, es decir, desistir del acto del repudio.

La mujer en lo que transcurre este plazo debe permanecer en la casa familiar, convivir con el marido, excepto que sean culpables de deshonestidad manifiesta.¹⁰³

La duración del plazo de espera, dependerá de cada caso, no siempre es el mismo.¹⁰⁴ Para las mujeres que se encuentren en edad fértil su período de espera será de un año.

La mujer repudiada debe esperar 100 días, desde que el marido pronunció el repudio, para poder volver a contraer nupcias. Debe esperar tres menstruaciones antes de poder casarse de nuevo¹⁰⁵.

Veamos un ejemplo de una Sentencia dictada por el Tribunal de la Corte Suprema de Marruecos en referencia al repudio, a fecha de 05-07-2006¹⁰⁶. Este tribunal se le

¹⁰² PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “Las tradiciones islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el Derecho del Estado español”...op.cit., Págs. 198-200.

¹⁰³ Corán 65:1: “cuando repudiáis a las mujeres, ¡hacedlo al terminar su plazo de espera! ¡contad bien los días de ese período y temed a Dios, vuestro señor! ¡no las expulséis de sus casas ni ellas salgan, a menos que sean culpable de deshonestidad manifiesta! www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

¹⁰⁴ Corán 65:4: “Para aquellas de vuestras mujeres que ya no esperan tener la menstruación, si tenéis dudas, su período de espera será de tres meses; lo mismo ara lo impúberes. Para las embarazadas su período de espera terminará cuando den a luz. A quien teme a Dios, Él le facilita sus cosas. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

¹⁰⁵ Corán 2:228: “Las repudiadas deberán esperar tres menstruaciones. No les es lícito ocultar lo que Dios ha creado en su seno si es que creen en Dios y en el último día. Durante esta espera, sus esposos tienen pleno derecho a tomarlas de nuevo si desean la reconciliación. Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas”. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

¹⁰⁶ Portal de jurisprudencia del Despacho de Abogados Bassamat y Asociados de Casablanca. www.jurisprudence.ma (Fecha de consulta, 15-05-2017).

presentó la siguiente situación: un esposo que dio repudio revocable a su esposa, le llegó la noticia de que ésta se había vuelto a casar sin respetar el plazo de abstinencia de tres meses, la noticia le llegó por el nuevo marido. La esposa alegó que ella no sabía que tenía que guardar el período de abstinencia en estos casos. El primer esposo pidió condena al notario que firmó el acta de casamiento y a la mujer por vulnerar el Estatuto personal. El Tribunal de la Corte finalmente condenó al notario por no cumplir con su deber de comprobar si la mujer había cumplido su plazo o no.

- La custodia de los hijos menores de edad corresponde al padre. La madre puede custodiarlos hasta que alcancen la pubertad.

- En cuanto a los derechos que obtiene la esposa, va a depender si el matrimonio ha sido consumado o no.

Si el matrimonio no ha sido consumado: la mujer no debe esperar el plazo de abstinencia o *iddah*; el esposo habrá de dar a la mujer la mitad de la dote establecida¹⁰⁷.

Si el matrimonio si hubiera sido consumado: la mujer el total de la dote establecida.

“Cuando no exista una conducta achacable a la esposa, y el repudio se haya llevado de manera unilateral por el marido, se producirá el especial efecto de compensación a la esposa por el abuso de derecho que supone el repudio unilateral y sin justa causa”.¹⁰⁸

El Corán 2:230 nos dice: que después del repudio, el esposo puede recuperar a la mujer, si ésta si hubiera vuelto a casa y a su vez el segundo marido la hubiera repudiado¹⁰⁹.

El tribunal de la Corte Suprema de Marruecos sentenció a fecha de 21 de octubre de 2009¹¹⁰ que en caso de que la mujer repudiada hubiera aumentado los recursos de la familia en el tiempo de duración del matrimonio, tiene derecho a una compensación por parte del esposo.

¹⁰⁷ Corán 33:49: “¡Creyentes! Si os casáis con mujeres creyentes y, luego, las repudiáis antes de haberlas tocado no tenéis por qué exigirles un período de espera. ¡proveedlas de lo necesario y dejadlas en libertad decorosamente!”. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

¹⁰⁸ GIMÉNEZ COSTA, Ana. *El matrimonio musulmán...* op.cit., Pág. 17.

¹⁰⁹ Corán 2:230: “si la repudia, ésta ya no le será permitida si no que después de haber estado casada con otro. Si éste último la repudia, no hay inconveniente aquéllos vuelvan a reunirse, si creen que observarán las leyes de Dios”. www.inmental.net/downloads/el-coran-es.pdf (Fecha de consulta, 17-05-2017).

¹¹⁰ Portal de jurisprudencia del Despacho de Abogados Bassamat y Asociados de Casablanca. www.jurisprudence.ma (Fecha de consulta, 15-05-2017).

Existen varios tipos de repudio¹¹¹:

A.a. Repudio consensuado o *Talmik*: los cónyuges tienen que estar de acuerdo, se inicia el repudio a instancia de la esposa y ésta debe compensar al marido económicamente. El marido debe aceptar la oferta económica que le hace su mujer. Si finalmente acepta la cantidad ofrecida, éste la repudia. Como vemos, al final la decisión es del hombre aunque el repudio haya sido a iniciativa de la mujer¹¹².

A.b. Repudio a iniciativa de la esposa o *khole*: por regla general, la mujer no puede repudiar a su esposo, pero se intenta reconocer este derecho de poder solicitar el repudio la esposa a efectos de igualdad, pero en realidad no existe una igualdad, sino una complementariedad.

Puede solicitar este repudio:

La mujer puede solicitar el repudio sin alegar causa legal, a través de dos mecanismos: del repudio que hemos explicado anteriormente o cuando el esposo en el contrato matrimonial haya establecido que otorga a su mujer esa facultad, a cambio de compensación¹¹³.

La mujer puede solicitar el repudio judicial, cuando alegue causas legales, que será declarado por el juez. Algunas de estas causas son: el esposo apostata, por la impotencia del marido, impago de la dote, por la usencia injustificada del marido en la casa familiar por tiempo superior a un año...

Este repudio es irrevocable.

A.c. Repudio unilateral a iniciativa del esposo o *talaq*: El marido puede o disolver o suspender temporalmente. No interviene la autoridad judicial.

¹¹¹ ELVIRA BENEYAS, María Jesús. "Introducción a ciertas cuestiones del Derecho de familia en las sociedades multiculturales". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N 18. Vol. II. Pág. 158. ISSN: 1575-720X.

¹¹² BONET NAVARRO, José. *El matrimonio de las minorías religiosas...*op.cit., Pág. 34.

¹¹³ TAZÓN CUBILLAS, Aura. *Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos...*op.cit., Pág. 42.

Este repudio se lleva a cabo a través de un ritual, con la presencia de testigos y se ha de pronunciar una determinada fórmula de repudio. No tiene por qué estar presente la esposa.

A su vez, hay que diferenciar entre:

Repudio Revocable: no ha habido una disolución definitiva, el contrato matrimonial queda en el “aire”, el marido puede arrepentirse durante el tiempo que dura el tiempo de continencia y decidir que desea volver con su mujer. No hace falta el consentimiento de la mujer que en un principio hubiera sido repudiada.

Este tipo de repudio, se puede llevar a cabo dos veces.

Repudio Irrevocable y dentro de éste:

- Repudio perfecto: durante los tres meses de espera de la mujer, el hombre debe formular tres actos repudiatorios. Con el tercer acto de repudio, el repudio se convertiría en definitivo. Y no podrían volver a contraer matrimonio estos cónyuges.

- Repudio imperfecto: los tres actos de repudio los formula el marido en el mismo momento. Se hace efectivo el repudio por el hecho de que pasen los tres meses de espera de la mujer, sin que el marido se haya arrepentido de su decisión.

Tanto en el repudio revocable como en el irrevocable, la relación de los cónyuges se puede retomar, en el revocable solo es necesaria la convivencia y en el irrevocable tienen que volver a contraer matrimonio (excepto en el perfecto).

B. DIVORCIO

Como ya hemos explicado en la figura del repudio, en el punto anterior, el matrimonio islámico tiene un carácter permanente, es una de sus propiedades más importante, la perpetuidad del vínculo. Pero junto a esta perpetuidad del vínculo convive en el derecho islámico la figura de la disolución, es decir la posibilidad de romper el vínculo matrimonial.

Para el derecho islámico el matrimonio es una institución fundamental para el bien común, para la estabilidad de la sociedad y es base para ésta. De hecho, el divorcio se ve como algo nocivo.

Pero, en contraposición a lo dicho en el párrafo anterior, el derecho islámico da la opción de la disolución del contrato, cuando sea efectivo que el matrimonio, la relación conyugal se haya deteriorado y la convivencia sea imposible. Esta figura del divorcio se acaba viendo como una solución a efectos del bien común, ya que optando por el divorcio se podría evitar un mal peligroso para la familia¹¹⁴.

Este tipo de disolución matrimonial, el divorcio, es la figura islámica que más se puede acercar a los códigos occidentales.

El divorcio puede ser instado de oficio o a instancia de parte:

B.a. “A instancia de parte: la mujer puede pedir la disolución ante el juez siempre con “justa causa”. El procedimiento a seguir va a ser el siguiente: Se presenta la demanda ante el juez, éste instruye el proceso y dicta sentencia de repudio irrevocable. A partir de ese momento es exigible la parte *Kali* de la dote, a continuación empezaría para la mujer el plazo de su *iddah*”¹¹⁵.

B.b. De oficio: el juez procede a la disolución del matrimonio, en el caso de que exista un abuso de autoridad marital, por ejemplo, malos tratos continuados, la mujer pasaría a la salvaguarda de una persona de confianza.

El divorcio tiene como efectos la disolución del contrato matrimonial, desapareciendo con esta disolución, los derechos y deberes que del contrato matrimonial derivaban. También desaparecen los derechos de sucesión.

¹¹⁴ ACUÑA-GUIROLA, S y DOMÍNGUEZ- BARTOLOMÉ, R. *Aproximación al matrimonio...*, op., cit., Págs. 604-612.

¹¹⁵ MOTILLA, Agustín. *El matrimonio...* op.cit., Pág. 64.

5. EL MATRIMONIO ISLÁMICO EN ESPAÑA Y SU EFICACIA CIVIL

Me gustaría empezar este punto, antes de entrar más a fondo, recalcando que: “es posible la eficacia de estos matrimonios musulmanes desde la firma del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España”¹¹⁶. Pero como podemos imaginar este derecho a la libertad religiosa tiene unos límites, es decir, no es un derecho pleno, absoluto. El Derecho español ha establecido una serie de presupuestos que han de cumplirse para que los matrimonios celebrados bajo ritos confesionales tengan eficacia jurídica en España, como veremos a continuación. “Estamos ante una desnaturalización del matrimonio islámico, en el sentido de que la previsión del Acuerdo lo que hace es exigir unas formalidades que son las propias de nuestro CC, a costa de desprenderse de algunas exigencias de la normativa islámica”.¹¹⁷

Es fundamental que las diferentes formas religiosas no pongan en peligro, ni desdigan los principios del orden público español, en el siguiente punto hablaremos de este límite. Como ya puso de manifiesto la DUDH de 1948, un límite a la libertad religiosa, a su ley: “con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral pública, del orden público y del bienestar general, en una sociedad democrática”¹¹⁸.

5.1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL MATRIMONIO MUSULMÁN EN EL DERECHO ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento nos encontramos con diferentes textos normativos que reconocen eficacia civil al matrimonio musulmán.

¹¹⁶ Este acuerdo se aprobó por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

¹¹⁷ PONS-ESTEL TUGONES, Catalina; MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos. (Coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*. Fundación Universitaria Española. 2009. Madrid. Págs. 137-163. ISBN: 978-84-7392-737-6.

¹¹⁸ Artículo 9.2. DUDH. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights> (Fecha de consulta, 13/05/2017).

5.1.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA Y EL CÓDIGO CIVIL

A. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

“Partiendo de nuestra CE en su artículo 32.2, el cual nos dice: “la ley regulará las distintas formas de matrimonio”, diciéndonos esto ya entendemos que hay diferentes formas de matrimonio que producen efectos jurídicos civiles y que otorgan a los contrayentes el status jurídico de cónyuge”.¹¹⁹

B. LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA

La LOLR narra en su artículo 2, el efectivo ejercicio de libertad religiosa como, estableciendo el contenido esencial de ese derecho que incluye en el mismo, la posibilidad que tiene cada individuo de poder practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de la confesión que ha elegido profesar; celebrando sus festividades, celebrando los matrimonios bajo sus ritos religiosos y recibiendo una sepultura digna acorde a sus ritos confesionales. Añadiendo que no pueden ser discriminados con el motivo de profesar una religión determinada y que ningún individuo puede ser obligado a profesar una religión que sea contraria a sus convicciones¹²⁰.

Esta Ley, nos indica en sus artículos 5 y 7, unos requisitos para poder reconocer efectos civiles a este matrimonio, el primero la necesidad de que la confesión religiosa esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y, el segundo, que para que este matrimonio tenga efectiva eficacia civil, es fundamental que la confesión haya obtenido notorio arraigo en España¹²¹.

C. EL CÓDIGO CIVIL

Del articulado de nuestro CC ¹²², podemos extraer unos requisitos importantes, necesarios para que, como ya hemos dicho, estos matrimonios tengan eficacia civil en

¹¹⁹ PONS-ESTEL TUGONES, C. en MARTÍN SÁNCHEZ, I., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (Coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España...*op.cit., Págs. 137-163.

¹²⁰ Artículo 2.b LOLR: “practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales”. www.boe.es (Fecha de consulta, 16/05/2017).

¹²¹ Ley Orgánica de Libertad Religiosa, asrt 5 y 7. www.boe.es (Fecha de consulta, 12/05/2017).

¹²² Artículo 59 CC: “El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”. www.boe.es (Fecha de consulta, 16/05/2017).

nuestro ordenamiento. Como primer requisito: necesidad de que la confesión religiosa esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, si no está inscrita podrá celebrarse cuando así lo autorice el Estado, este nunca se ha dado. Segundo requisito: que la confesión religiosa haya adquirido notorio arraigo en España.

Nuestro CC, establece que, desde el momento de la celebración del matrimonio, éste empieza a generar efectos civiles. Haciéndose necesaria su inscripción en el Registro Civil para su pleno reconocimiento.¹²³ Esta inscripción se hace efectiva con la presentación de la certificación de la iglesia, confesión, comunidad religiosa o federación respectiva¹²⁴.

5.1.2. EL ACUERDO DE COOPERACIÓN DEL ESTADO CON LA COMISIÓN ISLÁMICA DE ESPAÑA

Antes de pasar a analizar este punto, considero oportuno dar unas pautas de lo que significa¹²⁵ y como nace¹²⁶, lo que conforma esta Comisión Islámica de España. Esta Comisión ejerce la representación oficial de la Confesión Islámica en nuestro país y sujeto directo del Acuerdo, cuya configuración es doble:¹²⁷ en primer lugar, la necesidad legal de presentar ante el Estado español una estructura orgánica y de representación con el fin de establecer relaciones con las diferentes confesiones y la Administración¹²⁸. En segundo lugar, el derecho consustancial

¹²³ Artículo 61 CC: El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración.

Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. www.boe.es (Fecha de consulta, 16/05/2017).

¹²⁴ Artículo 63 CC: “La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título.” www.boe.es (Fecha de consulta, 16/05/2017).

¹²⁵ Artículo 1 de los Estatutos de la Comisión Islámica: “La Comisión Islámica de España es una entidad Religiosa con personalidad jurídica propia, constituida por la unión de las dos Federaciones preexistentes en el territorio español; a saber la Federación Española de Entidades Religiosa Islámicas (FEERI) y la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIE)”. www.boe.es (Fecha de consulta, 10-05-2017).

¹²⁶ Nace en el año 1992, para unificar las Federaciones de Entidades Religiosas Islámicas y de la Unión de Comunidades Islámicas ante la inminente firma del Acuerdo de Cooperación con el Estado español.

¹²⁷ BONET NAVARRO, José y VENTO TORRES, Margarita. *Los Acuerdos del Estado con la FEREDE, FCI y CIE*, en *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, 1994. Pág. 87. ISBN: 978-84-7299-319-1.

¹²⁸ Art 3 del Real Decreto 142/1981, de nueve de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, en A. Molina y M.E. Olmos, *Legislación Eclesiástica*, 4 ed. Madrid 1992, 121-2; BOE nº27, de 31 de enero, de 1981. www.boe.es (Fecha de consulta, 12-05-2017).

para fijar un régimen de organización y de funcionamiento propio de cada confesión, reconocido a las Confesiones Religiosas en nuestro Ordenamiento Jurídico vigente, en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa¹²⁹. Esta Comisión es el único intermediario válido entre el Estado y las Confesiones Islámicas unidas a la misma. Para poder pertenecer a esta Comisión, las Comunidades que quieran formar parte de ella deben aceptar el contenido del Acuerdo de Cooperación y los preceptos de la religión Islámica.

Una vez dada esta breve explicación sobre lo que es la Comisión islámica nos centraremos en el Acuerdo de Cooperación, lo primero es oportuno decir que estos Acuerdos de Cooperación son una de las maneras que tiene el Estado de cumplir el mandato de la CE de ayudar, de cooperar, con las diferentes confesiones religiosas. Uno de los principales objetivos cuando se firmó este Acuerdo era “hacerlo de la manera más respetuosa posible a la voluntad de los interlocutores religiosos, como la mejor expresión de los contenidos doctrinales específicos y de las peculiares exigencias de conciencia de ellos derivadas, para hacer así posible, real y efectivo el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los miembros de las comunidades religiosas”¹³⁰.

Como ya hemos visto en el apartado anterior, la LOLR establecía dos requisitos para que estos matrimonios pudiesen ser eficaces civilmente hablando, estar inscrita la confesión en el Registro de Entidades Religiosas y haber alcanzado notorio arraigo en España, de darse estos dos requisitos ya se puede entablar un Acuerdo de Cooperación.

Este Acuerdo de Cooperación dio lugar a importantes dudas, problemas de interpretación, por lo que la DGRN se vio en la obligación de elaborar una Instrucción, de fecha de 10 de febrero de 1993 para intentar solventar estas cuestiones dudosas:¹³¹

- La DGRN concluyó en esta Instrucción que las nuevas leyes no tienen eficacia retroactiva, por lo que la eficacia del Acuerdo afecta a los matrimonios que se celebren a

¹²⁹ Vid MOLINA, Antonio y OLMOS, Elena. El art 6.1. de la Ley 7/80, de cinco de Julio, Orgánica de Libertad Religiosa establece: “Las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas inscritas tendrán plena autonomía para establecer sus propias normas de organización y funcionamiento interno”. Legislación Eclesiástica...op.cit., Pág. 115. ISBN: 978-84-4400-103-3.

¹³⁰ Exposición de motivos Ley 24/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas de España. www.boe.es. (Fecha de consulta, 17/06/2017).

¹³¹ ADAM MUÑOZ, Dolores y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene. *Inmigración Magrebí y Derecho de familia*. Sevilla, 2005. Pág. 149. ISBN: 978-84-6889-508-6.

partir de la entrada en vigor del mismo. Este Acuerdo alcanzó eficacia al día siguiente de su publicación en el BOE, vigente desde el 13 de noviembre de 1992.

- La DGRN concluyó que el campo de aplicación está limitado a los matrimonios musulmanes que se celebren en España, por lo que las inscripciones de matrimonios musulmanes que se hayan celebrado fuera de España no están previstos por este Acuerdo.

De modo breve, vamos a mencionar cuál es el proceso marcado por este Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión islámica de España, para que estos matrimonios celebrados por el rito musulmán tengan eficacia civil.¹³²

- Los futuros cónyuges deben promover el expediente matrimonial previo a la celebración del matrimonio ante el juez competente que esté encargado del Registro Civil, este expediente “caduca” a los seis meses, es decir el matrimonio se tiene que celebrar dentro de los seis meses siguientes del expediente matrimonial. Este expediente lo que certifica es la capacidad matrimonial de los futuros contrayentes.

- La celebración del matrimonio ha de tener lugar ante un ministro de culto, un Imán que esté adecuadamente acreditado para ello. Ante la presencia de dos testigos, mayores de 18 años.

- Una vez finalizada la celebración del matrimonio, el Imán emite una copia del acto al Registro Civil, firmada por los testigos.

- Una vez efectuada la inscripción en el Registro Civil el matrimonio ya tiene plenos efectos jurídicos.

5.1.3. EL ORDEN PÚBLICO PROTEGIDO POR LA LEY COMO LÍMITE AL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS

Nuestra CE¹³³, nos garantiza la libertad ideológica y de culto, tanto para las personas individualmente, como para las comunidades con sólo una limitación el mantenimiento del orden público protegido en la ley, cuando las personas o las comunidades manifiesten estas ideologías.

¹³² Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión islámica de España. www.boe.es. (Fecha de consulta, 21/06/2017).

¹³³ Art 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. www.boe.es (Fecha de consulta, 21/06/2017).

El orden público protegido por la ley, fue definido como “el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto”¹³⁴. El TC dejó claro que el concepto que acabamos de mencionar adquirió una nueva dimensión a partir de la CE.

“Aunque los derechos fundamentales y las libertades públicas que la CE garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los jueces y los tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extrañas que supongan una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los extranjeros”.¹³⁵

“El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la CE”.¹³⁶

¿Cuáles son los principios básicos que forman el orden público constitucional?

1. “Los valores comunes a toda la humanidad, es decir, libertades públicas, derechos fundamentales y demás derechos constitucionales reconocidos”.¹³⁷

2. Los principios constitucionales que muestran los valores esenciales de la comunidad¹³⁸. “Estos principios constitucionales consagran los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. De todos estos principios constitucionales, la doctrina resalta que la justicia, la igualdad, la libertad, el pluralismo ideológico y cultural, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la personalidad y el respeto a los derechos y libertades de los demás son los valores incuestionables que informan el Estado Social y Democrático de Derecho y a su vez conforman la base del orden político y la paz social.”¹³⁹ Por lo que se llega a la conclusión que si el orden público es una concreción

¹³⁴PÉREZ VERA, Elisa. *El concepto de orden público en el Derecho internacional*. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional 7. 1984. Págs. 273-288.

¹³⁵PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”...op.cit., Págs. 183-223.

¹³⁶Cfr. FJ. 4 de la STC 43/1986, de 15 de abril.

¹³⁷ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. CEPC. Madrid. 2002. Pág. 144. ISBN: 978-84-2591-186-6.

¹³⁸ JARILLO ALDEANUEVA, Álvaro. “Globalización: concepto y papel del Estado”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la universidad Nacional de Educación a Distancia* 18. 2001. Págs. 215-231. ISSN: 1133-1259.

¹³⁹PECES BARBA, Gregorio....op. Cit., pp. 42-43.

del ordenamiento jurídico vigente en un momento dado, el conjunto de valores y principios que hemos enumerado son lo que forman en la actualidad la esencia del contenido de este requisito del exequátur¹⁴⁰.

“Por lo que el juez estatal solo podrá invocar este límite del orden público para denegar sentencias dictadas en el extranjero cuando su contenido vulnere efectivamente los principios básicos del Derecho del Estado.”¹⁴¹

Como ya dije, el Tribunal Constitucional sentenció¹⁴² que no se podía basar estas alteraciones al orden público en meras presunciones, sino en hechos reales y efectivos. Es decir, para que pueda apreciarse el orden público, que solo puede ser invocado excepcionalmente, la resolución de origen debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento¹⁴³.

¹⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, *Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español...* op.cit., Pág. 219.

¹⁴¹ BARTOLOMÉ CENZANO. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades...* op.cit., Pág. 286.

¹⁴² STC 46/2001, de 15 de febrero de 2001. www.boe.es (Fecha de consulta, 23-06-2017).

¹⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (directores). *Derecho Internacional Privado*. 16ª edición. Comares. Granada. 2016. Pág. 181. ISBN: 978-84-9045-412-1.

5.2. EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO ISLÁMICO EN ESPAÑA. REQUISITOS

5.2.1. ELEMENTOS FORMALES

Estos mínimos formales exigidos por estos Acuerdos, lo que hacen es garantizar al Estado que la celebración del matrimonio se ha llevado a cabo y que el consentimiento se ha manifestado de una manera libre, pública y voluntaria sin ningún tipo de coacción.

Estos requisitos formales vienen establecidos en el artículo 7.1 del Acuerdo de Cooperación¹⁴⁴. Para que el matrimonio tenga eficacia civil es necesario el cumplimiento de unos requisitos, los contrayentes tienen la obligación de expresar su consentimiento ante un Imán¹⁴⁵ y como mínimo dos testigos mayores de edad. El posterior reconocimiento pleno de efectos jurídicos tendrá lugar cuando se realice la inscripción en el Registro Civil, “estos efectos se retrotraerán al momento de la celebración, por tanto la inscripción es declarativa, siempre que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos en el CC”¹⁴⁶.

A. CONSENTIMIENTO ANTE EL IMÁN

La ley islámica, la Sharia, sólo exige que dos testigos, púberes, musulmanes y varones estén presentes para que el matrimonio sea válido. Por lo que la exigencia que establece el Acuerdo de la obligatoriedad de la presencia de un ministro de culto o Imán para que el matrimonio sea válido es un requisito totalmente innovador para los futuros cónyuges.

Lo que podemos comprobar con esta exigencia del Acuerdo de la obligatoriedad de un ministro de culto para que el matrimonio sea eficaz, es una cierta desconfianza

¹⁴⁴ Artículo 7.1 Acuerdo de Cooperación con la CIE: 1. “Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”. www.boe.es (Fecha de consulta, 20/06/2017).

¹⁴⁵ Artículo 3.1 Acuerdo de Cooperación con la CIE: “A los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades a que se refiere el artículo 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la «Comisión Islámica de España”. www.boe.es (Fecha de consulta, 20/06/2017).

¹⁴⁶ LABACA ZABALA, María Lourdes. “Eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa” *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Saberes*. 2007. Vol. 5. Págs. 1-60. ISSN: 1695-6311.

hacia estas religiones minoritarias que no tienen mucha tradición en España, intentando paliar esta desconfianza con métodos que garanticen una cierta seguridad jurídica¹⁴⁷. Los ministros de culto no tienen esta competencia en sus ordenamientos jurídicos, hablando del matrimonio musulmán en concreto, el Imán no tiene esta facultad en la Sharia, por lo que se la es otorgada por el ordenamiento jurídico español, se le puede llegar a denominar como funcionario público, ya que lleva a cabo las funciones propias de un alcalde, un juez, un notario, etc., “quedando en entredicho la remisión a su estricta faceta religiosa en cuanto a las funciones que le son propias”¹⁴⁸.

Es importante destacar que este Acuerdo lo que también hace es limitar quién tiene la potestad de poder asistir un matrimonio, es decir, nos da la definición de un ministro de culto, en nuestro caso, de un Imán¹⁴⁹.

B. FUNCIÓN DEL WALLI

Esta función en la Sharia es algo fundamental como ya vimos en el anterior punto cuatro, ya que es a él a quien se le otorga el consentimiento de la mujer. Esta función en el Acuerdo de Cooperación no aparece mencionada en ninguno de sus artículos, la razón es muy sencilla, esta función lo que implica, es una gran discriminación hacia la mujer y todo lo que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico, como es este Acuerdo, debe cumplir con los derechos fundamentales. No es una función que quede prohibida, simplemente es obviada. Solo tiene efectos en el ámbito interno de la confesión religiosa.

Pero en nuestro propio CC se da la posibilidad de que uno de los contrayentes ceda el poder del consentimiento matrimonial, siempre siendo necesaria la presencia del otro cónyuge¹⁵⁰, “por lo que la mujer puede otorgar el consentimiento al Walli ejerciendo su derecho a la autonomía de la voluntad, si

¹⁴⁷ MOTILLA, Agustín. *El matrimonio...* op.cit., Pág. 126.

¹⁴⁸ MOTILLA, Agustín. *El matrimonio...* op.cit., Pág. 128.

¹⁴⁹ Ir a la cita 119, artículo 3.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

¹⁵⁰ Artículo 55.1 CC: “Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente. En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.

El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante”. www.boe.es (Fecha de consulta, 20/06/2017).

así lo desea debido a sus creencias religiosas y morales, sin vulnerar ningún principio de igualdad de trato y siendo aún más coherente con el derecho de libertad religiosa”¹⁵¹.

C. AUSENCIA DE LA DOTE

La dote es algo fundamental para la validez y la eficacia del matrimonio islámico en el derecho islámico. Pero nuestro Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España nada dice al respecto sobre este tema, sucede lo mismo que con la intervención del Walli, no lo prohíbe, simplemente lo obvia.

Al no estar prohibido, la entrega del varón a la mujer de la dote se puede llevar a cabo perfectamente, incluso con eficacia legal, a través de donaciones o capitulaciones matrimoniales, por ejemplo.

5.2.2 ELEMENTOS PERSONALES

A. CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Para poder inscribir el matrimonio musulmán celebrado en España, es necesario presentar en el Registro Civil los siguientes documentos: el certificado de capacidad expedido por una autoridad civil y el certificado de la celebración del matrimonio expedido por autoridad eclesiástica, en este último certificado deben constar los requisitos para que la celebración del matrimonio haya sido correcta y, por supuesto, la presencia de dos testigos como ya sabemos¹⁵². Estos dos documentos forman el título necesario para poder inscribir el matrimonio en el Registro Civil.

Una vez remitido el expediente por el Ministro de Culto oportuno al Registro Civil, el encargado de tramitar esta inscripción en el Registro tendrá que comprobar que todo esté correcto: que se haya tramitado el expediente previo, que cuente con el certificado de capacidad, que no hayan pasado los seis meses desde la expedición del certificado de capacidad y que cumplan con los demás requisitos exigidos por los Acuerdos. En el caso de que los contrayentes, bajo su responsabilidad, no hayan tramitado el expediente previo, el encargado del Registro deberá comprobar de una manera muy exhaustiva que cumplen los presupuestos de capacidad exigidos por el CC o por las directrices exigidas por el Derecho Internacional Privado (en el caso de que uno o ambos

¹⁵¹ MOTILLA, Agustín. *El matrimonio...* op.cit., Pág. 131.

¹⁵² Ver punto 8. Anexo. www.mjusticia.gob.es (Fecha de consulta, 19/05/2017).

cónyuges sean extranjeros). Deberá comprobar también, ya que se trata de matrimonios islámicos, y es bastante frecuente, que no concurren impedimentos de ligamen. Se prevé la posibilidad de poder inscribir un matrimonio sin expediente, cuando el matrimonio esté adecuadamente justificado documentalmente hablando por medio de actas o certificaciones que en los mismos se detallan¹⁵³.

Nos podemos encontrar frecuentemente un matrimonio islámico al que se le haya denegado la inscripción en el Registro Civil, por haberse celebrado sin expediente previo. Pretenden inscribir el mismo con la sola certificación del matrimonio por el ministro de culto de su confesión y se suelen encontrar diferentes problemas por no cumplir algún tipo de requisito impuesto por la LJV y por el Acuerdo.

Vamos a ver un caso de una inscripción denegada, STC 194/2014¹⁵⁴, de uno de diciembre, que analiza un supuesto de un matrimonio islámico, que se celebró sin expediente previo y sin haber procedido a inscribir el mismo en el Registro Civil. Unos años después la esposa murió y se empezó a promover la inscripción, la cual estaba fuera de plazo. Con esta denegación vino apegada la denegación por parte de la Administración de la pensión de viudedad del esposo. El esposo en respuesta a estas negativas, abrió la vía judicial solicitando la reparación del daño ocasionado. El Registro dio sus motivos del porqué se denegó esta inscripción, los cuales fueron que el esposo no pudo demostrar que el

¹⁵³ Artículo 256 del Reglamento del Registro Civil en desarrollo del artículo 65 del CC: “A salvo lo dispuesto en el [artículo 63 del Código Civil](#) y en los artículos 239, 252 y 255 de este Reglamento, se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes: 1.º Acta levantada por Encargado o funcionario competente para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte. 2.º Certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española. 3.º Certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración. 4.º Certificación expedida por funcionario competente, acreditativa del matrimonio celebrado en España por dos extranjeros, cumpliendo la forma establecida por la Ley personal de cualquiera de ellos. El título para practicar la inscripción será, en todos estos casos, el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas”. www.noticiasjuridicas.es (Fecha de consulta, 21/06/2017).

¹⁵⁴ Sala Segunda. Sentencia 194/2014, de uno de diciembre de 2014. Recurso de amparo 6654-2012. Promovido por Don Bassirou Sene Sene en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las resoluciones administrativas que desestimaron su petición de pensión de viudedad de clases pasivas. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español. www.boe.es (Fecha de consulta, 21/06/2017).

matrimonio se había celebrado cumpliendo todos los requisitos, ya que el esposo lo único que había aportado fue un documento en el que solo constaban la celebración del acto, la fecha y el lugar del mismo, lo cual no es suficiente, como hemos explicado antes, cuando un matrimonio pretende inscribirse sin certificado previo, el encargado del Registro tiene que realizar un control exhaustivo para comprobar que se cumplen todos los requisitos de capacidad. Después de un largo proceso judicial el STC desestimó el recurso de amparo impuesto por el esposo, dando diferentes argumentaciones, como: que no había constancia en ningún momento de que la Administración reconociera la existencia y validez de su matrimonio, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era de «soltera». Tampoco existían indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial.

B. LEY 15/2015 DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Esta Ley de la Jurisdicción Voluntaria (de aquí en adelante LJV) se aprobó el 18 de junio de 2015, la cual supuso numerosos cambios para la rama del Derecho matrimonial, ya que con su entrada en vigor modificó muchos preceptos del CC. Una de las cosas que se hizo efectiva con la entrada de esta Ley es la ampliación de las formas del matrimonio religioso que puede tener eficacia civil por la vía de la autorización legislativa del Estado, sin la necesidad de un Acuerdo con el Estado, siempre estando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y con el reconocimiento de notorio arraigo en España. Esta Ley justifica sus modificaciones en su Exposición de Motivos haciendo referencia “al pluralismo religioso existente en la sociedad española”.

Los requisitos fijados por el Estado a través de la LJV, para poder otorgar eficacia civil a estos matrimonios celebrados bajo el rito islámico en España son:

- El consentimiento se tiene que prestar obligatoriamente ante un ministro de culto que esté adecuadamente acreditado
- Que el matrimonio se celebre con la presencia de dos testigos mayores de edad.
- Esta LJV condiciona este reconocimiento de efecto civiles a que los cónyuges tramiten el expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo al CC. El fin de este requisito es que cumpla con los presupuestos impuestos por el CC en sus

artículos 44 y ss¹⁵⁵. Dando importancia a este último ya que su no cumplimiento puede generar muchos problemas.

5.2.3 ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

En este apartado, me gustaría hacer mención a aquellas cuestiones que son especialmente problemáticas, pues presentan elementos de incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico, por no adentrarnos en los choques morales.

A. LA POLIGAMIA

¿Qué pasaría si se pretende celebrar en España un matrimonio poligámico? Para responder a esta pregunta tenemos que pararnos a analizar tres aspectos¹⁵⁶:

1. Orden público protegido por la ley como límite al ejercicio de los derechos fundamentales. El orden público en España impide que se apliquen leyes extranjeras en las que se admita que un sujeto que ya esté casado, pueda volver a hacerlo, es decir impide el matrimonio poligámico. Permitir este matrimonio rompería en España su organización social y jurídica, ya que ésta se asienta en España en un matrimonio monogámico, para expresar una igualdad entre varón y mujer y expresar la dignidad humana. En España aceptar el matrimonio poligámico sería impensable, jurídica y socialmente. Aunque es necesario comentar, que hay un sector de la doctrina, que opina, que la poligamia no atenta contra los derechos fundamentales.

¹⁵⁵ Código Civil, Arts 44 a 48: Artículo 44: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Artículo 45: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”. Artículo 46: “No pueden contraer matrimonio: Los menores de edad no emancipados. Los que estén ligados con vínculo matrimonial”. Artículo 47: “Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”. Artículo 48: “El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”. www.boe.es (Fecha de consulta, 21/05/2017).

¹⁵⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado...op.cit.*, Pág. 136.

2. Posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de aquí en adelante DGRN): no se debe admitir este tipo de matrimonio por mucho que la ley nacional del contrayente lo admita.

3. Ley subsidiariamente aplicable: una vez ya descartada la ley nacional del contrayente, éste pasa a regirse por la ley española, su capacidad matrimonial estará regida por las leyes españolas, las cuales no permiten casar a un sujeto que ya está unido en vínculo matrimonial anterior.

Lo que podemos concluir de estas tres premisas es que el matrimonio poligámico nunca podrá celebrarse en España porque el varón carecería de capacidad matrimonial.

B. LA DOTE

Elena Zabalo Escudero y Andrés Rodríguez Benot analizan la dote en el ámbito jurídico occidental en diferentes tribunales de países europeos, con ocasión de litigios suscitados entre cónyuges de matrimonios islámicos residentes en estos países y que acuden a estos tribunales para resolver sus diferencias¹⁵⁷. Pasamos analizar algunos países:

- La jurisprudencia alemana ha optado por una calificación funcional de la dote, considerando que según la función que esté llamada a desempeñar, se tratará de un derecho de alimentos o de un derecho sucesorio.

- En la jurisprudencia británica predomina la calificación contractual de la dote, al considerar que el derecho de la mujer a recobrarla, está más ligado a un derecho de propiedad, que a un derecho obligacional matrimonial.

- En la jurisprudencia francesa, la estipulación de la dote ha sido entendida como un pacto sobre la ordenación de los bienes del matrimonio por el que queda establecido entre los cónyuges el régimen de separación.

En la jurisprudencia española, una reclamación de dote debería incluirse en el artículo 9.2 del Código Civil referente a los efectos del matrimonio, teniendo en cuenta que se trata de una obligación personal que la ley islámica impone al marido, inescindible del resto de los derechos y obligaciones que del matrimonio derivan, no siendo

¹⁵⁷ ZABALO ESCUDERO, Elena y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “La multiculturalidad: especial referencia al Islam: los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural”. *Cuadernos de Derecho judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004. Págs. 247-252. ISSN: 1134-9670.

equiparable, sin embargo, a los pactos a que se refiere el apartado 3º del artículo 9, en cuanto responden a una ordenación de los bienes matrimoniales.

C. TESTIGOS Y MINISTRO DE CULTO

En cuanto a la asistencia de testigos y el ministro de culto, hoy en día, debido a las exigencias de los países occidentales para poder convalidar estos matrimonios, la legislación islámica prevé la presencia de una autoridad religiosa en los actos nupciales, ya sea un Imán, Cali, Mullah, con el fin de unificar criterios con Occidente. Esta presencia no es obligatoria, ni está recogida en la Sharia.

En España bajo acuerdo con la Comisión islámica para poder convalidar un matrimonio islámico y que tenga eficacia civil es necesario que éste lo celebre una autoridad religiosa registrada en dicha Comisión, también es preceptiva la presencia de dos testigos¹⁵⁸.

5.3 EFECTOS CIVILES EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Aunque el tema que nos atañe en el presente trabajo no sea este, la eficacia que tienen en España estas resoluciones extranjeras en materia de nulidad, separación y divorcio, sino el matrimonio islámico celebrado acorde al derecho islámico y el matrimonio islámico celebrado en España con los requisitos oportunos para que tenga eficacia civil. Considero que es un tema que merece al menos unas breves menciones, resaltando los puntos más importantes.

“La separación o el divorcio son instituciones que están muy influenciadas por la concepción socio-cultural de la familia de cada país, lo cual puede llevar a que su regulación resulte muy diferente a la otorgada por el Ordenamiento Jurídico español”¹⁵⁹.

Lo que hace más complicado que España reconozca estas disoluciones matrimoniales es la desigualdad que existe entre los cónyuges. Como hemos dicho

¹⁵⁸ MARTÍNEZ TORRÓN, Javier. “Lo statuto giuridico dell’Islam in Spagna”. *Quaderni di Diritto e Politca ecclesiastica*. Vol. 1. 1996. Pág. 74.

¹⁵⁹ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. “El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. 2006. Vol. 1. Pág.110. ISSN: 1886-6611.

anteriormente, supone una prevalencia en derechos al varón, por lo que para nuestro ordenamiento es algo inadmisibile.

Vamos a ver a continuación, de una forma breve, este proceso de homologación de sentencias extranjeras en materia de disolución conyugal:

Para saber qué Tribunales son competentes, lo primero es analizar la pretensión del actor-demandante, partiendo el propio Tribunal de lo que éste solicita en su escrito de demanda¹⁶⁰, para poder concretar la materia de la pretensión y poder localizar el foro en base al cual el Tribunal puede declararse competente¹⁶¹. Este análisis se hace acorde con la ley extranjera o con la ley del foro. Ya teniendo clara la competencia judicial, hay que ver cuál sería la norma aplicable al caso concreto en consonancia con nuestras normas de Derecho Internacional Privado¹⁶².

Siguiendo lo establecido en el Reglamento CE 1259/2010, cuando los cónyuges hayan seleccionado la ley aplicable, o a falta de esa selección sea determinado por los Tribunales, habrá que analizar que no sea incompatible con el orden público, en el caso de que sea incompatible, se aplicará la ley del foro. Existen ciertos casos, que ya entran directamente a regirse por la ley del foro, siendo indiferente la elección de los cónyuges (cuando haya casos de no contemplación del divorcio por motivos de discriminación de sexo, igualdad, etc).

Estos Tribunales, que ya sabemos que son competentes, tienen el deber de observancia de que la aplicación de la ley seleccionada o bien impuesta, respete los derechos fundamentales de las mujeres. En el caso de que estos derechos inherentes a las mujeres no se vean respetados, se aplicaría la excepción de orden público. Ya que para nuestro ordenamiento estos derechos son valores fundamentales e irrenunciables del mismo.

¹⁶⁰CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, vol I. 15. Comares. Granada. 2014. Págs. 145-149. ISBN: 978-84-8444-830-3.

¹⁶¹ CARRILLO LERMA, Celia. “Divorcio en España entre cónyuges marroquíes”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7.N 2. 2015. Pág. 416. ISSN: 1989-4570.

¹⁶² Art 107.2 CC: “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado” que este queda vacío de contenido al aplicarse el Reglamento CE nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre por el cual se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, y reemplazar nuestra legislación interna. www.boe.es (Fecha de consulta, 15/06/2017).

Cuando se está en la tarea de resolución de un supuesto concreto y sea afirmado que vulnera los valores básicos de nuestro Ordenamiento Jurídico interno, la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, prevé que estas figuras de disolución se adapten a medidas conocidas, que presenten iguales efectos y su finalidad sea perseguir intereses parecidos a los de nuestro Ordenamiento Jurídico¹⁶³. Por ejemplo, tenemos claro que la finalidad del repudio, que más adelante hablaremos en concreto de ella, su objetivo es que el matrimonio se disuelva, entonces lo que el Tribunal debe buscar es una norma dentro de nuestro ordenamiento que tenga la misma función, obviamente garantizando los derechos de las mujeres¹⁶⁴.

Cuando se está produciendo una homologación de una sentencia, en cuanto a la eficacia que produce en el foro una resolución extranjera es muy importante la función de los órganos judiciales del Estado, ya que tienen que encontrar un equilibrio, para salvaguardar los valores fundamentales del ordenamiento y el respeto a la identidad cultural de las personas¹⁶⁵.

Para que el reconocimiento de resoluciones extranjeras sea efectivo y tenga eficacia en España, se tienen que cumplir con unos presupuestos y se siga al pie de la letra las normas establecidas por el Derecho Internacional Privado¹⁶⁶.

Para las resoluciones que provengan de países no pertenecientes a la Unión Europea, se tiene que aplicar la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional de 30 de julio en materia civil. En esta Ley se establecen las diferentes causas por las que se puede denegar el reconocimiento de estas resoluciones extranjeras.

¹⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 7. Núm. 2. 2015. Pág. 163. ISSN: 1989-4570.

¹⁶⁴ ORTIZ VIDAL, María Dolores. “El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Universidad de Murcia. N. 2. 2014. Pág. 222. ISSN: 1989-4570.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el Ordenamiento español”. *Cuadernos y estudios de Derecho judicial. CGPJ. La multiculturalidad especial referencia al Islam*. Núm. 8. Pág. 24. ISSN: 1134-9670.

¹⁶⁶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. *El reconocimiento de decisiones extranjeras...Op.cit.*, Pág. 109.

En la actualidad, como resultado de la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio, el CC permite que en España sea admitido el divorcio sin causa y por voluntad unilateral de unos de los cónyuges, aunque el otro no lo quiera y se oponga.¹⁶⁷

El proceso de homologación en España de resoluciones extranjeras puede llevarse a cabo, sólo en aquellas resoluciones que han sido dictadas por órganos jurisdiccionales¹⁶⁸ o por autoridades públicas extranjeras que están revestidas de imperium en el ordenamiento jurídico de origen¹⁶⁹.

El Tribunal Supremo ha dictaminado que sólo podrán homologarse, las decisiones que hayan sido dictadas por autoridades extranjeras que sean competentes para ello, en las que se conste expresamente la extinción irrevocable del vínculo matrimonial. Por lo que el Tribunal Supremo dictamina que son asimilables a sentencias judiciales extranjeras:

- Las actas o certificaciones expedidas por una autoridad pública fedataria que está revestida de la competencia para declarar la nulidad o disolución judicial del matrimonio¹⁷⁰.
- Los actos jurídicos promulgados por autoridades de naturaleza jurídica administrativa, como acontece, por ejemplo, con una autoridad municipal¹⁷¹.
- Las actas o certificaciones expedidas por un juez encargado de un Registro Civil o una institución pública equivalente¹⁷².
- Los actos emitidos por un Ministerio Público que actúe en el desempeño de competencias de naturaleza jurídica jurisdiccional¹⁷³.
- Antes de meternos en cada uno de los casos en concreto, vamos a hablar del orden público constitucional español, como ya vimos anteriormente en los pasados

¹⁶⁷ Artículo 86 CC: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. www.boe.es (Fecha de consulta, 21-05-2017).

¹⁶⁸ REMIRO BRONTONS, Antonio. *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tecnos, Madrid. 1974. Pág. 179. ISBN: 978-84-3090-487-7.

¹⁶⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier...op.cit., Págs. 194-195.

¹⁷⁰ Cfr. FJ. 5 del ATS de 12 de mayo de 1998; F.J. 5 del ATS de 9 de febrero de 1999; FJ. 5 del ATS de 23 de febrero de 1999; F.J. 5 del ATS de 25 de junio de 2002.

¹⁷¹ Vid. FJ. 5 del ATS de 24 de noviembre de 1998.

¹⁷² Vid. FJ. 5 del ATS de 20 de octubre de 1998.

¹⁷³ Vid. Fj. 7 del ATS de 13 de octubre de 1998; FJ. 7 del ATS de 13 de octubre de 1998; FJ. 5 del ATS de 20 de octubre de 1998.

puntos, el orden público es el instrumento de control indispensable para la resolución de los conflictos que ocasiona el reconocimiento de efectos civiles a este tipo de decisiones matrimoniales extranjeras en el Derecho del Estado¹⁷⁴.

Una vez ya teniendo unas nociones básicas del concepto de orden público pasaremos a cada caso de nulidad o disolución del matrimonio en concreto, para ver cómo puede ser reconocido estas sentencias en nuestro ordenamiento.

5.3.1. ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL REPUDIO

Considero interesante hacer una mención a la figura del repudio, ya que es el tema que más controversia presente de entre las figuras de disolución del vínculo matrimonial¹⁷⁵

El repudio revocable, vulnera el principio fundamental de la estabilidad del estado civil, vulnera el orden público internacional español. Para que efectivamente intervenga este orden público internacional contra un repudio revocable, es necesario que el repudio sea revocable en el momento de pedir ese reconocimiento. Si el plazo de revocabilidad ya ha concluido, es decir, el varón no ha querido reanudar su matrimonio, el repudio pasa a ser definitivo y ya no debe intervenir el orden público internacional español.

Vulneración del orden público internacional español debido al carácter discriminatorio y unilateral del repudio: el repudio como hemos explicado a lo largo de este punto, es claramente un acto de discriminación para la mujer, ya que la decisión es un acto jurídico unilateral que ejerce el varón. Por esta razón de discriminación vulnera el orden público internacional español. Por lo que este repudio no tendrá ningún tipo de validez en España, no tendrá efectos legales. Este pensamiento negativo de España hacia el repudio, viene respaldado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷⁶ (de aquí en adelante CEDH) en el que se declara la igualdad del marido y la mujer en la disolución del matrimonio.

¹⁷⁴ Vid. C. García-Vaso Pérez-Templado, op. Cit., p. 418.

¹⁷⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado...* op.cit., Pág. 342.

¹⁷⁶ CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos: Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966. www.boe.es (Fecha de consulta, 16-05-2017).

España quedará vinculada a estas intervenciones cuando uno de los cónyuges sea nacional o residente habitual en España.

No vulneración del orden público internacional español: podría llegar a tener efectos legales en España un repudio, cuando: la mujer repudiada acepta el repudio como forma de disolución y renuncia a la protección de sus derechos de defensa en el proceso desarrollado en el extranjero, lo tiene que hacer valer también en el exequatur en España. Si es la esposa la que insta el exequatur en España de la decisión extranjera de repudio, éste debe concederse; o si la mujer lo pidió por razones de economía o de rapidez procesal. En estos dos casos no existiría vulneración del orden público internacional español.

5.3.2. EFECTOS QUE TIENEN EN ESPAÑA LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DICTADAS POR UNA AUTORIDAD ECLESIAÍSTICA EXTRANJERA

Por último, cerramos este punto con los efectos que tienen en España las sentencias de nulidad dictadas por una autoridad eclesiástica extranjera¹⁷⁷:

Si la sentencia de nulidad, ha sido dictada por una autoridad eclesiástica en el país extranjero, tenemos que aplicar el artículo 80 del CC¹⁷⁸, que exige que estas resoluciones dictadas por autoridad religiosa sean ajustadas al Derecho del Estado conforme a las condiciones de los artículos 41-61 de la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil¹⁷⁹ (de aquí en adelante LCJIMC), siendo indiferente que Tribunal eclesiástico haya tomado la decisión de nulidad.

Interpretando sustancialmente el artículo 80 CC no existe ajuste con el Derecho del Estado si las causas de nulidad no se contemplan literalmente en el Código Civil.

Interpretando formalmente el artículo 80 CC este ajuste al Derecho del Estado se debe hacer mediante el filtro de los artículos de la LCJIMC, lo que quiere decir que la

¹⁷⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado...* op.cit., Pág. 343.

¹⁷⁸ Artículo 80 CC: Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 80 redactado por Ley 30/1981, 7 julio («B.O.E.» 20 julio), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. www.boe.es (Fecha de consulta, 22-05-2017).

¹⁷⁹ LCJIMC: Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en material Civil. www.boe.es (Fecha de consulta, 22-05-2017).

resolución canónica deber haber respetado los derechos de defensa siendo auténtica y habiendo respetado el orden público español. Pero la resolución canónica no puede ser revisada en cuanto al fondo. Por lo que esta sentencia de nulidad ha podido ser dictada por motivos que no están recogidos en el CC: impotencia, voto público perpetuo de castidad, etc.

6. CONCLUSIONES

Nuestra sociedad es una sociedad cada vez más multicultural, España es y ha sido una gran receptora de inmigrantes. Esta situación ha conllevado una serie de escenarios, más o menos conflictivos, entre los diferentes hechos jurídicos de los extranjeros residentes en nuestra sociedad y nuestra forma de organizarnos socialmente hablando, sobre todo con un sector de la inmigración como es la población islámica. Dada esta multiculturalidad, se ha hecho totalmente necesario establecer vías de adecuación para estas minorías culturales. Para el legislador es una tarea bastante complicada en el caso de la población islámica, ya que el Derecho musulmán se rige por la Sharia, la cual es su ley, que como hemos visto proviene de la palabra de Dios, por lo que el Derecho está subordinado a la religión.

El matrimonio islámico, que es el tema que ha ocupado este trabajo, en su celebración y en la vida conyugal, podemos observar de una manera muy clara como la mujer se encuentra en una situación de inferioridad respecto al hombre, en situaciones como pueden ser el repudio, la poligamia, etc. Todos estos rasgos característicos del matrimonio islámico hacen que nos enfrentemos a un reto que consiste en armonizar nuestros principios de igualdad y libertad con los valores culturales islámicos, que como ya hemos podido comprobar a lo largo del estudio no pueden ser más equidistantes los unos de los otros. El legislador a la hora de regular este matrimonio para que pudiera tener eficacia civil, su objetivo principal era salvaguardar su cultura, algo que no se pudo respetar completamente ya que este matrimonio en diferentes aspectos vulnera derechos fundamentales básicos de nuestros principios. Por lo que, los matrimonios en los que no se cumplan los requisitos formales civiles, pero sí se cumplan escrupulosamente los religiosos, tendrán efectos exclusivamente en el ámbito intraconfesional o de conciencia de los contrayentes, pero no para el Estado¹⁸⁰.

En nuestro Estado, un pilar fundamental es la libertad ideológica y de culto amparada en la CE, la cual nos obliga a respetar estas minorías religiosas con sus culturas diferentes. Pero el problema se presenta cuando estas diferencias culturales pueden atentar o poner en tangible peligro el orden público protegido por la ley.

¹⁸⁰ BERENGUER ALBALADEJO, Cristina. “Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”. *Derecho privado y Constitución*. Nº29. 2015. Págs.83-131. ISSN: 1133-8768.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en este trabajo, considero que estamos ante una clara desnaturalización del matrimonio islámico celebrado en España, ya que los cónyuges que deseen celebrar este matrimonio, por este determinado rito, deben de prescindir de preceptos básicos reunidos en la Sharia, en los cuales creen fervientemente. Por otra parte, me parece totalmente necesaria esta desnaturalización, ya que, los preceptos de los cuales prescinde el legislador, atentan contra el orden público protegido por la ley, contra los derechos fundamentales de las personas y en concreto contra los derechos básicos de una mujer.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Sara, DOMÍNGUEZ, Rocío; LORENZO, Paloma, en MOTILLA, Agustín(coord.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Ed: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba. ISBN: 978-84-7801-669-3.
- ADAM MUÑOZ, Dolores y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene. *Inmigración Magrebí y Derecho de familia*. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias. Sevilla, 2005. ISBN: 978-84-6889-508-6.
- BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. CEPC. Madrid. 2002. ISBN: 978-84-2591-186-6.
- BONET NAVARRO, José y VENTO TORRES, Margarita. *Los Acuerdos del Estado con la FEREDE, FCI y CIE, en Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, 1994. ISBN: 978-84-7299-319-1.
- CALVO CARAVACA, Alfonso. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (directores). *Derecho Internacional Privado*. 16ª edición. Comares. Granada. 2016. ISBN: 978-84-9045-412-1.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado, vol I*. 15. Comares. Granada. 2014. ISBN: 978-84-8444-830-3
- CEBRIÁ GARCÍA María. *Enseñanza superior y religión en el ordenamiento jurídico español*. Comares, Granada. 2016. ISBN: 978-84-9045-423-7.
- COMBALÍA, Zoila. “El derecho de libertad de expresión en el Islam”, en DIAGO DIAGO, Pilar y GONZÁLEZ-VARAS, Alejandro (coords). *Derecho islámico e interculturalidad*. Madrid. Iustel. 2011. ISBN: 978-84-9890-167-2.
- ESTÉVEZ BRASA, Teresa. *Derecho Civil musulmán*. Precedido de una introducción al advenimiento del Islam. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1981.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana. “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español”, en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Coord. por Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Araceli DONADO VARA, MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ, Fátima YÁÑEZ VIVERO. 2004. ISBN 978-84-609-3858-1.
- JIMÉNEZ-AYBAR, Iván. *El islam institucional en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*. Navarra Gráfica ediciones. Pamplona. 2005. ISBN: 978-84-8956-147-2.

- LACTANCIO. *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*. Universidad Pontificia de Salamanca. Caja Salamanca y Soria. Salamanca. 1994. ISBN: 978-84-7299-319-1.
- LINAT DE BELLEFONDS, Louis. *Traité de Droit Mulsuman Comparé*. Mouton & Co. 1965. ISBN:978-3-11-043613-6.
- LLAMAZARES, Cruz; BARRANCO, Carmen y ABAD, Montserrat (Coords.). *Derecho y Minorías*. Madrid. Dykinson. 2015. ISBN: 978-84-9085-645-1.
- MOTILLA, Agustín. *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones. Córdoba. 2003. ISBN: 978-84-7801-669-3.
- PEARL Y WMENSKI, D. *Muslim family law*, third edition, Sweet & Maxwell. London. 1998. ISBN: 978-84-2152-98-09.
- POLO SABAU, José Ramón. *El matrimonio religioso acatólico en el sistema matrimonial español*. Universidad Europea de Madrid. Artes Liberales. Serie Trivium Nº14. CEES(ediciones). Madrid. 1995. ISBN: 978-84-88881.32-0.
- PONS-ESTEL TUGONES, Catalina; MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos. (Coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*. Fundación Universitaria Española. 2009. Madrid. ISBN: 978-84-7392-737-6.
- REMIRO BRONTONS, Antonio. *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tecnos, Madrid. 1974. ISBN: 978-84-3090-487-7.
- ROSELL GRANADOS, Jaime (coord.). *Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración musulmana en Extremadura*. Badajoz. Ed: Dykinson. 2012. ISBN: 978-84-9031-044-1.

Artículos de Revistas:

- ACUÑA GUIROLA, Sara y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío. “Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia”. *Ius canonicum*, XLII, Nº. 82. 2002. Págs. 571-613. ISSN 0021-325X.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina. “Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”. *Derecho privado y Constitución*. Nº29. 2015. Págs. 83-131. ISSN: 1133-8768.
- CARRILLO LERMA, Celia. “Divorcio en España entre cónyuges marroquíes”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7.N 2. 2015. Pág. 413-419. ISSN: 1989-4570.
- COMBALÍA, Zoila. “Estatuto de la mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2001. Nº 6. Págs. 1-22. ISSN 1575-3379.
- ELVIRA BENEYAS, María Jesús. “Introducción a ciertas cuestiones del Derecho de familia en las sociedades multiculturales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N 18. Vol. II. Pág. 149-164. ISSN: 1575-720X.
- FERNÁNDEZ CORONADO, Ana. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”. *Revista española de Derecho Constitucional*. 2009. Num 85. Pág. 125-156. ISSN: 0211-5743.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en material civil”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 7. Núm. 2. 2015. Pág. 158-187. ISSN: 1989-4570.
- JARILLO ALDEANUEVA, Álvaro. “Globalización: concepto y papel del Estado”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* 18. 2001. Págs. 215-231. ISSN: 1133-1259.
- LABACA ZABALA, María Lourdes. “Eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa” *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Saberes*. 2007. Vol. 5. Págs. 1-60. ISSN: 1695-6311.
- LEMA TOMÉ, Margarita. “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”. *Migraciones internacionales*, vol. 2. Núm 2, julio,

diciembre 2003. El colegio de la Frontera Norte, A, C. Tijuana, México. Págs. 149-170. ISSN: 1665-8906.

- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. “El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. 2006. Vol. 1. Págs. 108-123. ISSN: 1886-6611.

- ORTIZ VIDAL, María Dolores. “El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Universidad de Murcia. N 2. 2014. Pág. 201-244. ISSN: 1989-4570.

- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador. “Las tradiciones islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el Derecho del Estado español”. *Revista de Ciencias de las Religiones*. Núm. 13. 2008. Págs. 183-223. ISSN: 1135-4712.

- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el Ordenamiento español”. *Cuadernos y estudios de Derecho judicial. CGPJ. La multiculturalidad especial referencia al Islam*. Núm. 8. Págs. 15-88. ISSN: 1134-9670.

- RUANO ESPINA, Lourdes. “Derecho e Islam en España”. *Ius canonicum, XLIII*. 2003. Instituto Martín Azpilicueta. Nº. 86. Págs. 465-543. ISSN:0021-325-X.

- RUIZ-ALMODÓVAR, Caridad. “La legislación de la familia en los países árabes”. *El nuevo orden mundial y el mundo islámico*. 2012. N 65. Universidad de Granada. Págs. 269-291. ISSN: 1134-2277.

- TAZÓN CUBILLAS, Aurora. “Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Nº22. 2008. Págs. 38-49. ISSN 1575-3379.

- ZABALO ESCUDERO, Elena y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: “La multiculturalidad: especial referencia al Islam: los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural”. *Cuadernos de Derecho judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004. Págs. 221-258. ISSN: 1134-9670.

Jurisprudencia:

- Sentencia de la Corte Suprema de Marruecos, de 05 de julio de 2006, publicada en el portal de jurisprudencia del Despacho de Abogados Bassamat y Asociados de Casablanca.
- Sentencia de la Corte Suprema de Marruecos, de 21 de octubre de 2009, publicada en el portal de jurisprudencia del Despacho de Abogados Bassamat y Asociados de Casablanca.
- STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014[RTC 2014\194].
- STC 46/2001, de 15 de febrero de 2001[RTC 2001\46].

Legislación:

- Código Civil, de 24 de julio de 1889 (BOE núm. 206, de fecha 25/07/1889).
- Código Penal, de 23 de noviembre de 1995 (BOE núm. 281, de fecha 24/11/1995).
- Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de fecha 29/12/1978).
- Convención de las Naciones Unidas de 1962 (BOE núm. 128, de fecha 29/05/1969).
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (BOE núm. 243, de fecha 10/10/1979).
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del Registro Civil (BOE núm. 296, de fecha 11/12/1958).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de fecha 03/07/2015).
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de fecha 22/07/2011).
- 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 fecha 12/11/1992).
- Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE núm. 182, de fecha 31/07/2015).
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de fecha 24/07/1980).

- Real Decreto 142/1982, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas (BOE núm. 27, de fecha 31/01/1981).
- Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas (BOE núm. 183, de fecha 01/08/2015).
- Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (BOE núm. 300, de fecha 16/12/2013).

Páginas web:

- www.boe.es
- www.caminoalislam.es
- www.congreso.es
- www.definicion.de.islam
- www.dialnet.es
- www.eur-lex.europa.eu
- www.gazeta-antropologia.es
- www.gotquestions.org
- www.hadizislam.blogspot.com
- www.ine.es
- www.inmental.net
- www.islamreligion.es
- www.jurisprudence.ma
- www.lavanguardia.es
- www.library.islamweb.net.esp
- www.m.justicia.gob.es
- www.newadvent.es
- www.noticiasjuridicas.es
- www.umma.org
- www.vatican.va
- www.webislam.es

Resoluciones de la DGRN:

- Resolución DGRN 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (BOE nº47, de fecha 24 de febrero de 1993). Esta Resolución queda derogada por la Orden J.V.S/577/ 2016 de 19 de abril (BOE nº97, de fecha 22 de abril de 2016).
- Resolución DGRN, 13 de julio de 1982 (BOE nº120, de fecha 20 de mayo de 1983).

8. ANEXO

Certificado de capacidad matrimonial

Don/Doña.....
.....Encargado/a del Registro Civil/ Notario/ Letrado de la Administración de Justicia (táchese lo que no proceda) de..... certifica, como resultado del acta/expediente instruido al efecto que, conforme al Código Civil, tienen capacidad para contraer matrimonio entre sí:

Don/Doña.....
..... hijo/a de..... y de....., nacido/a en....., el día.... de..... de....., cuyo nacimiento consta inscrito en el Registro Civil de....., Tomo....., página....., estado civil....., domiciliado/a en....., nacionalidad.....

Y

Don/Doña.....,
hijo/a de..... y de....., nacido/a en....., el día.... de..... de....., cuyo nacimiento consta inscrito en el Registro Civil de....., Tomo....., página..... estado civil....., domiciliado/a en....., nacionalidad.....

Expedido en....., el día..... de..... de.....

Firma del Encargado/a, o Notario o Letrado de la Administración de Justicia

Nota: la validez de este certificado expira a los seis meses de su expedición.

Certificación de la celebración del matrimonio

Don/Doña....., en su
calidad de (1)..... certifica que
las personas a que se refiere el certificado anterior de capacidad matrimonial extendido
por el/la Encargado/a del Registro Civil/Notario/Letrado de la Administración de Justicia
(táchese lo que no proceda) de.....
Don/Doña....., han celebrado matrimonio
religioso..... ante Don/Doña..... en su
calidad de..... y los testigos mayores de edad
Don/Doña....., DNI..... y
Don/Doña....., DNI..... El matrimonio se ha
celebrado en..... (término municipal,
calle y número) el día..... de..... de.....

Firma del Oficiante/Firma de los contrayentes/ Firma de los testigos

(1) Señálese: Ministro de culto oficiante/Representante de la Comunidad Islámica
en que se hubiera contraído el matrimonio, en el caso de matrimonio celebrado según la
forma religiosa establecida en la Ley Islámica.