



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL ISLAM

La Poligamia, el Repudio y su Repercusión
en el Derecho Español

THE LEGAL POSITION OF WOMEN IN ISLAM

Polygamy, Repudiation and its Impact
in Spanish law

Autora

María del Carmen Alvarez Varela

Directora

María Jesús Sánchez Cano

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

ÍNDICE	Págs.
1. Introducción	4
2. Consideraciones generales previas	7
2.1 El Mundo islámico	7
2.2 La <i>Sharia</i> . El Corán	8
2.3 Otras leyes islámicas	10
2.4 La <i>Mudawana</i>	12
3. La Posición jurídica de la Mujer en el Islam	13
3.1 Los Conflictos Ocultos	14
3.2 El Orden Público Internacional	18
3.3 La Posición Jurídica de la Mujer ante las figuras de la Poligamia y el Repudio	19
➤ 3.3.A) La Poligamia	19
➤ 3.3.B) El Repudio	25
➤ 3.3.C) Posible solución. Orden Público Internacional Atenuado	32
○ 4. Conclusiones finales	34
○ 5. Bibliografía	36



Resumen

La situación jurídica de la mujer en el Mundo islámico, es un tema cada vez más estudiado, ¿La razón? El fenómeno migratorio. Cada día aumentan estos movimientos migratorios que nos hacen sentir la necesidad de conocer esta cultura tan distinta a la nuestra y cómo su mundo puede influir en nuestra sociedad. Para lograr este objetivo, debemos entender su cultura y su derecho y las repercusiones que tienen sobre nuestra sociedad. Una de las cuestiones con más relevancia, es la existencia de diferencias entre ambos ordenamientos, resulta necesario resolver los conflictos que puedan surgir. Para ello, el Derecho Internacional Privado abre la posibilidad de aplicar sus normas cuando el choque cultural se manifiesta en una relación jurídica con objeto internacional entre particulares, sin embargo, esta no es una circunstancia que siempre concurra, puesto que las partes implicadas pueden haber adquirido la nacionalidad del país de residencia.

2

SUMMARY

The legal status of women in the Islamic world, is an increasingly studied subject, the reason? Migration. The increasing of these migratory movements makes us feel needed of knowledge about this different culture and how their world could influence our community. To achieve this aim, we must understand their culture and law and the impact they have on our community. One of the most important issues is the existence of differences between both sets of law, it turns out necessary to solve conflicts that could arise. For Private International Law is possible applying its rules when a cultural shock manifests itself in a legal relationship with an international object between individuals, nevertheless, this one is not a circumstance that always happens, due to that the implied parts could have acquired the nationality of the country they are living in.



Glosario

Derecho Internacional Privado: DIPr

Unión Europea: UE

Audiencia Nacional: AN

Audiencia Provincial: AP

Tribunal Supremo: TS

Tribunal Constitucional: TC

Constitución Española: CE

Código Civil: CC

Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ

Artículo: Art.

Instituto Nacional de Seguridad Social: INSS

Orden Público Internacional: OPI



1. Introducción.

El Islam se encuentra, actualmente, ampliamente extendido por todo el mundo, si bien, existen grandes diferencias entre las regulaciones de los distintos Estados, y sobre todo, en relación con los temas que regulan las materias de familia. Hay Estados que son más estrictos en el cumplimiento de las normas preislámicas¹, que pueden resultar discriminatorias en relación con las mujeres², mientras que otros Estados han evolucionado favoreciendo los derechos de las mismas, desde un punto de vista siempre adecuado a la ley islámica. Estos Estados que se han modernizado son mayormente los Estados pertenecientes al territorio que comprende el norte de África y que es conocido como Magreb. En este conjunto se incluyen países como Marruecos, Argelia y Túnez y, más tarde, se incorporaron otros como, Mauritania y Libia. Éstos han evolucionado hacia una legislación más equitativa entre hombre y mujer, que, en los restantes Estados islámicos, ya sea por la proximidad con occidente o por otros motivos desconocidos, reduciéndolas diferencias entre ambos sexos, aunque aún, a día de hoy, resta mucha desigualdad, pues la figura patriarcal sigue siendo la base de la familia y, por tanto, la mujer sigue ocupando un lugar inferior en comparación con el hombre³.

4

Mi intención a la hora de elegir el tema del siguiente trabajo no ha sido en ningún momento la de juzgar la cultura o la forma de vida de los seguidores del Islam, si bien, en algunos momentos, cuando se estudian temas como el que me dispongo a exponer, es inevitable el no discrepar y hacerse, asimismo, juicios de valor sobre algunas de las materias tratadas en el mismo. Estas discrepancias son normalmente debidas a las diferencias entre la mentalidad de la sociedad occidental en relación con la mentalidad ligada al Islam.

¹ Países como Arabia Saudí castiga con lapidación o incluso la muerte el adulterio u homosexualidad y seccionar la mano resulta la pena por robo. <https://actualidad.rt.com/sociedad/164390-leyes-temblor-arabia-saudita-reformas>

² En el Estado Árabe se les prohíbe a las mujeres obtener la licencia de conducir e, incluso, se le recomienda no ejercitarse su derecho a viajar en taxi o bus. <https://actualidad.rt.com/sociedad/164390-leyes-temblor-arabia-saudita-reformas>

³ Incluso en el Corán se encuentran referencias a las diferencias entre ambos sexos: “ El Corán 4: 34 *Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan*”



No resulta fácil entender algunas de las conductas que para ellos son normales y cotidianas, pero que, en algunos casos, pueden parecer incluso contrarias a los derechos humanos, y, de hecho, algunas de ellas son declaradas como tales. Para comprender dichas conductas primero es importante conocer los diferentes elementos que estructuran esta cultura y, posteriormente, entender el alcance de algunos de estos elementos, como, por ejemplo, la religión, que para la sociedad musulmana es el pilar básico de sus relaciones sociales, culturales y políticas.

Por ejemplo, la situación jurídica de la mujer en el Islam es totalmente distinta a la situación de la mujer en el mundo occidental y, asimismo, el reconocimiento de los derechos de las mismas en la sociedad cambia, dependiendo del país de base islámica en el que nos encontremos. Es, por esto, que me he inclinado por la elección de este trabajo, que se centra en la investigación, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, de los diferentes aspectos relacionados con el Islam, y, concretamente, en las figuras de la poligamia y el repudio que son las que más afectan a las mujeres en el ámbito familiar.

Cada día se hace necesario encontrar soluciones a las diferentes situaciones que se dan en el seno familiar, sobre todo, en el ámbito matrimonial, ya que, con el aumento de la multiculturalidad, también aumenta el número de relaciones tanto multiculturales como de sujetos pertenecientes a la misma cultura, pero que se desarrollan en nuestro país, de las cuales pueden derivarse complicaciones en el momento de determinar qué ley las debe regular.

5

Así, el objetivo de este trabajo, es exponer, de la forma objetiva, la situación jurídica actual de la mujer en el mundo islámico dentro del ámbito familiar y, sobre todo, cómo afecta a este ámbito familiar el aumento de las migraciones a otros Estados desde la perspectiva del DIPr, especialmente, por lo que respecta al hecho de cambiar de residencia a un Estado en dónde las leyes son totalmente diferentes a las que les han regulado su vida hasta ese momento. Y, también, relacionado con lo anterior, si se les deberá aplicar, a las situaciones jurídicas que se puedan presentar en el Estado de acogida, la ley de dicho Estado o, en cambio, serán aplicables las normas correspondientes al estatuto personal de los sujetos intervenientes.



Asimismo, me interesa investigar cómo se resuelven estos posibles conflictos en nuestro país y cómo afectan éstos a la que se podría decir que en algunos casos es la parte débil de dichas situaciones, la mujer.

Para la realización del estudio me he centrado en la lectura de libros que trataban de la situación jurídica en la que se encuentra la Mujer en el Islam, pero, sobre todo, en la búsqueda de información mediante varios artículos que explican detalladamente la situación del Islam actual, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado y, primordialmente, cómo afecta el cambio de legislación a los derechos de las mujeres.

También he utilizado fuentes básicas como son el Corán y la *Mudawana* o el Código de Familia tunecino, para poder comprender cómo la religión, la cultura y la política se encuentran tan intrínsecamente ligados y cómo es posible que, mediante este sistema, sea posible gobernar toda una sociedad.

Y, finalmente, me he informado sobre la jurisprudencia relativa a los temas que trato en este trabajo, como son, las figuras jurídicas del divorcio o el repudio y la poligamia y cómo éstos son tratados en nuestro país, aplicando nuestras leyes.



2. Consideraciones generales previas.

2.1 El mundo islámico.

La cultura islámica está abiertamente extendida por todo el mundo, llegando a ser mil millones aproximadamente el número de seguidores del Islam. Este número de fieles se encuentra repartido por todo el mundo, siendo, el norte de África (El Magreb) y la Península Arábiga, los espacios donde residen el mayor número de musulmanes⁴.

Actualmente el Islam, como ha sucedido con la mayoría del resto de religiones, ya no se practica únicamente en sus Estados originarios, sino que se ha ido extendiendo a lo largo del tiempo, de forma muy amplia internacionalmente, tanto es así que, algunos autores como STEFANO ALLIEVI, exponen en sus trabajos ideas tales como: “*en Europa ya no cabe hablar del Islam y Europa, sino del Islam en Europa*”, esto, refiriéndose al proceso de inmigración de los musulmanes: “*fueron ‘individuos’; luego familias y luego comunidades religiosas. Eran ‘pocos’ y luego ‘muchos’. Estuvieron ‘fuera’ y ahora están ‘dentro’. Eran ‘ellos’ y ahora son parte de ‘nosotros’*”⁵.

7

Por tanto, el hecho de que un número tan extendido de comunidades de practicantes del Islam (*Umma*) se encuentren ya residiendo como ciudadanos en la gran mayoría de los

⁴ Tanto es así, que siete de los estados pertenecientes a estos dos territorios crearon en 1945 la conocida como Liga Árabe. Los Estados que en primer lugar se unieron a ella fueron: Egipto, Siria, Líbano, Transjordania (actual Jordania), Irak, Arabia Saudita y Yemen del Norte, junto con un representante de los árabes palestinos, dejando las puertas abiertas a la posible entrada del resto de países árabes que quisieran unirse a ellos una vez lograsen su independencia. La sede de la Liga se fijó en El Cairo, y se marcaron, desde allí, unos objetivos comunes a todos los estados árabes incluidos en la Liga: fortalecer las relaciones entre los estados miembros, coordinar sus políticas para salvaguardar su independencia y soberanía, y en general, todo cuanto afectaba a los asuntos e intereses de los países árabes. También se estrechaba la cooperación en materia económica, en comunicaciones, en asuntos culturales y en las políticas de bienestar social, además de alcanzar un acuerdo entre estos estados, de no recurrir a la fuerza para resolver conflictos entre los miembros de la Liga. https://www.ecured.cu/Liga_%C3%81rabe

⁵ Diago Diago, M. (2015). El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 3-4



estados europeos, lleva a plantear desde hace algún tiempo lo conocido como conflictos ocultos⁶.

Éstos, se dan por que las relaciones en el ámbito familiar son habitualmente objeto de controversias en estos países europeos, por el hecho de que los integrantes de estas familias ya se encuentran nacionalizados en esos Estados receptores, muchos de ellos, incluso han nacido en ellos, por lo que la pregunta que entra en conflicto es si se les debe aplicar las normas nacionales o, en cambio, aplicarles el Derecho islámico siguiendo con su identidad religiosa y su voluntaria remisión a las normas islámicas.

2.2 La Ley islámica (*Sharia* o *šari‘ah al-Islāmiyya*). El Corán.

Dentro del Islam, todos los ámbitos de la sociedad, ya sean las relaciones entre personas o la vida política y espiritual, se encuentran unidos entre ellos y deben regirse siempre por los valores islámicos. Es, por esto, que decimos que la sociedad ligada al Islam es fundamentalmente teocrática, todo debe estar organizado de acuerdo a la voluntad de *Al-lāh* (الله).

8

Este ideal de que todo lo que envuelve las relaciones sociales debe realizarse siempre conforme la voluntad de Dios, inspira conceptos como es el Derecho islámico. Y, explica, además, la importante afección del Islam en las obligaciones sociales cotidianas.⁷

El mundo islámico está formado por un conjunto de Estados donde la religión es la base de la sociedad, el cimiento básico para hallar las soluciones a los posibles conflictos entre los particulares. Y, por ello, todo se encuentra totalmente regulado por las normas religiosas. Es por esto, por lo que todos los códigos utilizados para regular las relaciones entre los ciudadanos musulmanes encuentran su modelo a seguir en su norma principal y más importante, El Corán.

El libro sagrado del Islam es el Corán. En él se contiene la palabra de Alá o *Al-lāh* (الله), revelada a su enviado o mensajero Mahoma o *Muhammad* (محمد), el cual fue elegido como

⁶ Diago Diago, M. (2015). El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 6

⁷ <http://es.slideshare.net/estudiarpsi/el-islam-13331577>



el Profeta y portador de la palabra de Dios. Tales revelaciones tuvieron lugar desde el año 610 d.C. hasta el 632 d.C. fecha en la que falleció.

El Corán, entendido como la última revelación de Dios, es la fuente primordial de la fe, y práctica de cada musulmán. En el Corán se incluye todo lo relacionado con los seres humanos desde la sabiduría, doctrina, adoración, transacciones, hasta las leyes. Pero su contenido básico y del que se desprenden todos los demás, es la relación entre Dios y sus criaturas – sus creyentes y seguidores -. Del mismo modo, también provee enseñanzas ampliamente detalladas para conseguir una sociedad justa, una correcta conducta humana y un sistema equitativo de reparto de la riqueza⁸.

El texto coránico se distribuye en 114 capítulos o azoras (*suras*), que, a su vez, están formados por versículos o aleyas (*al-aya*). Cada azora tiene un título. La primera es la apertura (*Fatiha*), es una breve oración, frecuentemente recitada⁹.

Por consiguiente, siguiendo con lo ya expuesto, el contenido último de la fe islámica se basa en la creencia de Alá como Dios único y eterno, dueño de todas las cosas. Además, esta fe en la existencia de Alá, se complementa con la fe en los profetas (Mahoma), los ángeles¹⁰, en los libros sagrados, de los cuales el Corán es el único necesario y en la resurrección.

Además, los musulmanes devotos deben realizar cinco obligaciones para ser considerados creyentes del islam. Estas son: la profesión de fe ("No hay más dios que Alá, y Mahoma es su profeta") que se recita únicamente en momentos solemnes; la plegaria ritual cinco veces al día, orientada hacia La Meca; el ayuno anual en el mes del Ramadán, consistente en abstenerse de consumir alimentos y bebidas y tener relaciones sexuales desde la salida hasta la puesta del Sol; la limosna legal o *zakat*, como fórmula de purificación religiosa

9

⁸ EL HADRI, S. *Los Derechos de la Mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb.* (Marruecos, Argelia y Túnez), CeiMigra/ Tirant lo Blanc, Valencia, 2010

⁹ A esta azora inicial siguen las 113 restantes, dispuestas de mayor a menor longitud. http://roble.pntic.mec.es/jfeg0041/todo_reliquias/islam/pag%20islam/coran.htm

(El Corán 1:1-7): "En el nombre de Dios, el Compasivo con toda la creación, el Misericordioso con los creyentes. Todas las alabanzas son para Dios, Señor de todo cuanto existe, el Compasivo, el Misericordioso. Soberano absoluto del Día del Juicio Final, solo a Ti te adoramos y solo de Ti imploramos ayuda. ¡Guíanos por el camino recto! El camino de los que has colmado con Tus favores, no el de los que cayeron en Tu ira ni el de los que se extraviaron"

¹⁰ De acuerdo con la creencia musulmana, Dios reveló el Corán al profeta islámico Mahoma a través del ángel Gabriel, y el capítulo 53 del texto describe al ángel sin nombrarlo, en un pasaje que los comentaristas han interpretado unánimemente como referido a Gabriel.



de la riqueza y contribución al sostén de la comunidad; y la peregrinación a La Meca una vez en la vida¹¹.

Además de estas obligaciones, el Islam establece otras normas de rango menor que deben ser observadas por el buen musulmán: la prohibición de comer carne de cerdo o sangre de animales, o de beber vino u otros líquidos alcohólicos; la conveniencia de practicar la caridad con los desfavorecidos; el respeto a la vida y a las propiedades ajenas; el voto al préstamo con usura; la equidad y justicia en las transacciones comerciales¹².

En conclusión, el Corán no regula únicamente aspectos religiosos y comportamientos ético-morales, sino también la organización de la vida cotidiana, en donde se incluyen algunas costumbres preislámicas, como son la consolidación del concepto patriarcal y la consideración jurídica de la mujer como menor de edad¹³.

2.3 Otras leyes islámicas.

Para los musulmanes el Corán es la fuente principal de su cultura, junto con el *Hadiz* o *Sunna*. Pese a ser, el Corán la ley principal en el mundo islámico, llegó un momento en que las revelaciones contenidas en el Corán resultaron insuficientes para regular las distintas cuestiones necesarias para desarrollar una sociedad completa, tanto las de gobierno, como las de administración y justicia. Estos problemas se empezaron a plantear ya tras la muerte del Profeta Mahoma en 632d.C.

10

Lo necesario era completar las revelaciones del libro sagrado, ya no desde el aspecto religioso, sino desde todas las demás materias necesarias que rodean la vida cotidiana de los musulmanes. Esto se consiguió mediante la *Sunna* o *Hadiz*¹⁴.

¹¹ <http://www.islam-guide.com/es/ch3-2.htm>

¹² SEDIRI, N. “La Realidad de la Mujer en el Islam”, Universidad de Oviedo, 2014

¹³ El Corán insiste repetidamente en el deber de tratar respetuosamente a las mujeres.

(El Corán 4.19): “*¡Creyentes! No es lícito recibir en herencia a mujeres contra su voluntad, ni impedirles que vuelvan a casarse para quitarles parte de lo que les habíais dado, a menos que sean culpables de deshonestidad manifiesta. Comportaos con ellas como es debido. Y si os resultan antipáticas, puede que Alá haya puesto mucho bien en el objeto de vuestra antipatía*”

¹⁴ Son palabras originariamente distintas pero que son intercambiables desde el punto de vista de algunos autores doctrinales. Originalmente, la palabra *sunna* no equivale exactamente a *hadiz*. De acuerdo con el significado principal de la palabra *sunna* (que significa ‘modo’ -*ṭarīqa*-), esta palabra designaba el ‘modo’



Los hadices son el pilar fundamental de la Sunna, (es por eso que algunos autores los califican como sinónimos) la segunda fuente de la ley musulmana después del Corán y que significa, literalmente, "conducta, manera de comportarse" o "costumbre". Juntos, el Corán y la Sunna forman la ley religiosa que está en la base del derecho, de la organización, de la vida social y de la vida económica de los musulmanes.

La *Sharia* se complementa con el Corán, el *Hadiz*, el *Ijma* “consenso” y el *Ijtihad* “esfuerzo”.

Además, dentro de las fuentes productoras de Derecho islámico, también se incluye la doctrina fijada por las Escuelas Jurídicas Islámicas predominantes (*Fatwa*). Las Escuelas Jurídicas Islámicas se inspiran en las fuentes primigenias del Derecho islámico, el Corán y la Sunna, y su metodología de trabajo se fundamenta en el esfuerzo personal de reflexión (*Ijtihad*). De una parte, la doctrina ortodoxa o sunnita, está formada por la Escuela *Ahlus-Sunnati Wal Jamaat*, cuyas decisiones tienen su fundamento en el consenso de los miembros que integran la Comunidad musulmana (*Umma*)¹⁵. En la actualidad, son cuatro las Escuelas Jurídicas del Islam sunita que, a falta de autoridad eclesiástica, proporcionan respuesta a la sociedad islámica a cuestiones prácticas de la vida social, religiosa, política, económica y cultural. Estas escuelas son, la Escuela *hānafī*¹⁶, la Escuela *malikī*¹⁷, la Escuela *shāfi’i*¹⁸ y la Escuela *hanbali*¹⁹. De otra parte, la doctrina heterodoxa o shíita, compuesta por la Escuela *Isthna Ashari*²⁰, que sólo admite como válida la palabra del Imán de la Comunidad musulmana por ser el descendiente del Profeta *Muhammad* en la Tierra.

11

seguido por el Profeta en su carácter de modelo para los musulmanes, su ‘costumbre’. Por tanto, el término *hadiz* tiene un sentido genérico que abarca las palabras y acciones del Profeta, mientras que sunna se refiere exclusivamente a sus actos (*a’mâl*).

<http://www.temasislamicos.com/makale/%C2%BFque-es-la-sharia-%C2%BFcomo-se-vive-la-sharia-%C2%BFes-la-sharia-valida-en-este-tiempo>

¹⁵ EL HADRI, S. *Los Derechos de la Mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb*. (Marruecos, Argelia y Túnez), CeiMigra/ Tirant lo Blanc, Valencia, 2010

¹⁶ La Escuela Hanafí fundada por el Imán Abu Hanifa (699-767 d.C / 80-150 d.H).

¹⁷ La Escuela Malikí fundada por el Imán Malik ibn Anas (713-795 d.C / 95-179 d.H).

¹⁸ La Escuela Shafí’i fundada por el Imán Abu Abdallah as- Shafí’i (767-820 d.C / 150-205 d.H)

¹⁹ La Escuela Hanbalí fundada por el Imán Ahmad ibn Hanbal (780-855 d.C / 164-272 d.H).

²⁰ La Escuela Yafari fundada por el Imán Yafar as-Sadiq (700-765 d.C / 81-148 d.H).

<http://islamoriente.com/content/article/las-cinco-escuelas-de-pensamiento-isl%C3%A1mico>



A parte de la *Sharia*, de aplicación principal y obligatoria en todos los estados islámicos, existen, en algunos estados, leyes que regulan los aspectos civiles relacionados con el ámbito familiar. Cada uno de estos estados crea su código civil propio, pero siempre basándose principalmente en normas incluidas en el Corán y la Sunna. Estos Códigos encuentran su justificación y fundamento en las normas principales y nunca pueden ser contrarios a ellas.

Cada estado perteneciente a la ya citada región del Magreb, tiene su forma de aplicar la *Sharia*, desde Marruecos y Túnez que son los estados en donde se ha experimentado una evolución más marcada hacia una igualdad real entre hombre y mujer²¹.

2.4 La *Mudawana*.

Un ejemplo de Código de Familia más progresista es el código civil de familia marroquí *Mudawana*, reformado, por última vez, en enero de 2004. En esta compilación se registraron diferentes avances como es la limitación, de la poligamia, el divorcio de mutuo acuerdo e, incluso, el repudio por parte de la esposa, es decir mejoras en la condición de la mujer ya sea como esposa o como madre²².

12

Este Código de familia marroquí se inspira, no únicamente en las fuentes esenciales del Derecho islámico - el Corán y la Sunna - sino también, en los principios defendidos por la Escuela Jurídica del Islam sunita Malikí, la cual toma referencia, principalmente, dos grandes obras de Derecho islámico²³.

Este pensamiento de la Escuela Malikí se encuentra reflejado en dicho código de familia. De hecho, todo lo que no se encuentre expresamente recogido en este Código, se resolverá

²¹ El dato más singular es el hecho de que en Túnez la poligamia está prohibida. Además, que las sanciones penales por ser marido polígamico pueden ser de un año de prisión y / o multa. <http://blog-tunez.com/historia-de-tunez/derecho-en-tunez/>

²² Belmir, S. “Derecho de familia en Marruecos y en España. El derecho de familia en Marruecos”. Contenido en: ONGHENA, Y, “Ser Juez en Marruecos y en España”, Bellaterra, 2008, p. 101-108

²³ El libro *Al-Muwatta*, el cual contiene los hadices de *Muhammad*, y, el libro *Al-Mudawanna*, que recoge las respuestas del Imán *Malik ibn Anas* a su alumno *Abd ar-Rahman ibn al-Qasim al-'Utaqi*.



por la autoridad competente con arreglo a los valores de justicia, igualdad y convivencia que defiende la doctrina Maliki²⁴.

3. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL ISLAM.

Como ya se ha mencionado, dependiendo del Estado islámico en el que nos encontramos, la relación de las mujeres para con sus derechos son más o menos rígidos. Así pues, mientras en la península arábiga existen leyes las cuales excluyen a las mujeres del derecho de conducir o de estudiar y trabajar, en el Magreb, en cambio, gracias a la evolución que ha sufrido su derecho con el tiempo, hacia una visión más progresista de los derechos de la mujer, ahora es posible para ellas el desempeñar un trabajo remunerado e, incluso, pedir el divorcio²⁵.

De todos modos, aún existen, en el mundo islámico, diferencias por razón de sexo entre hombre y mujer. Uno de los ámbitos en dónde es muy clara la desigualdad entre ambos sexos es en el ámbito familiar.

13

En este apartado se estudia la situación jurídica actual de la mujer en el ámbito de las relaciones familiares y los problemas que plantea dicha situación desde el punto de vista del DIPr.

La figura más importante dentro de este ámbito familiar y en el que más se ha evolucionado, sobre todo en el territorio del Magreb y, más concretamente en Túnez y Marruecos, gracias a la aprobación y aplicación de las normas incluidas en la *Mudawana* o en el Código de Familia tunecino – el más avanzado a mi parecer- es la figura del matrimonio y, con ella, todo lo relacionado con el tema, como, por ejemplo, el divorcio,

²⁴ OURKIA, A. “*Las fuentes del Derecho Maleki y su influencia en el Código de Familia de Marruecos*”, 2009

http://www.webislam.com/articulos/93429las_fuentes_del_derecho_maleki_y_su_influencia_en_el_codigo_de_la_familia_de_mar.html.

²⁵ <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/derechos-de-la-mujer-en-el-islam.html>



el repudio, los deberes familiares, etc. Cabe mencionar, además, una figura muy extendida en la cultura islámica como es la poligamia, la cual siempre se ha tratado como un tema controvertido. Y, esto se debe a que, en Europa, en la actualidad no es una figura aceptada y, en España, como así en muchos países europeos, la poligamia se entiende contraria al orden público. Tal es así, que, incluso se ha negado la nacionalidad española a hombres con matrimonios polígamos por “*no satisfacer el requisito de suficiente grado de integración en la sociedad española*”. Esto está recogido en distintas sentencias de la AN²⁶.

3.1 Los Conflictos ocultos.

Antes de entrar a considerar más detalladamente la posición de la mujer dentro de la figura del matrimonio, es necesario estudiar un tema cada vez más significativo en nuestra sociedad y en nuestro Derecho. Con el aumento de las relaciones entre los particulares de distintos Estados, normalmente relacionado con las migraciones laborales²⁷, aumentan, los vínculos entre personas, y, por tanto, también los matrimonios.

En muchas ocasiones, estas personas ya han adquirido la nacionalidad del país de acogida y, que, además, ya residen de forma habitual en España. En estos casos, al no existir situación privada internacional, la ley que se les va a aplicar va a ser la ley material española. El problema aparece cuando, según su estatuto personal, estos ciudadanos deben regirse por las leyes que atienden a su confesión religiosa, por ejemplo, en el caso de los musulmanes, cuya ley es de base religiosa y personal, y, por tanto, se aplica a todos los musulmanes, aunque se encuentren residiendo o ya sean nacionales de otro Estado.

14

²⁶ S.A.N- sala de lo contencioso, 16 de diciembre de 2014 **Número de Recurso:**1103/2013

S.A.N - Sala de lo contencioso, 14 de marzo de 2013 **Número de Recurso:**456/2011

²⁷ Más de 13 millones de musulmanes residen en Europa, siendo el segundo grupo religioso más numeroso. En España los musulmanes superan el millón y medio de fieles. Esta posición es, en parte, debida a la reciente inmigración, en especial la que proviene del norte de África. Cabe destacar que los marroquíes alcanzan el 30% de los residentes en España en régimen general. A estas cifras hay que añadir los marroquíes que ya tienen la nacionalidad española, unos 500000, y minorías de conversos al Islam. Actualmente ha aumentado el número de musulmanes en toda Europa por la crisis humanitaria en Siria. Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 4



Es necesario esclarecer la ley que les va a ser aplicables en sus relaciones familiares, si va a ser posible que se les sea aplicada su ley religiosa, en el caso de que exista una voluntaria sumisión a ella o, si, por lo contrario, deberá ser aplicada la ley de su residencia habitual o nacionalidad, esto es lo que conlleva estos conflictos ocultos.

El Islam plantea problemas jurídicos en Occidente, esto se debe al fuerte lazo entre el Derecho y la religión dentro del Islam, y, por consiguiente, la existencia de ordenamientos, de los distintos Estados islámicos, de base personal, como por ejemplo, el Código Qatari de Familia que únicamente se aplica a los musulmanes que sigan la escuela jurídica Hanibalí o en el Líbano, en donde existe un Código de Estatuto Personal en el que en primer lugar se encuentran las regulaciones para los musulmanes y seguidamente para los judíos y cristianos.²⁸

El más conocido y cercano para nosotros, es el Código de familia marroquí o *Mudawana*, del que ya se ha hablado anteriormente, el cual, también es de base personal, y, por tanto, se aplica a todos los musulmanes marroquíes residan o no en Marruecos²⁹.

15

Con el fin de solucionar estos conflictos ocultos algunos autores, intentan esclarecer la forma cómo el Derecho Internacional Privado puede ser eficiente en este aspecto.

Por ejemplo, la Profesora Pilar Diago expone en su artículo, *El Islam en Europa y los Conflictos ocultos en el ámbito familiar*, que, utilizar las conexiones de nacionalidad o residencia para resolver supuestos, materialmente diferentes a los que normalmente se dan en la sociedad occidental, respecto de situaciones privadas internacionales, no es la respuesta adecuada. Sobre todo, cuando existe más de un modelo por el que se guían las

²⁸ Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 5

²⁹ El Derecho religioso obliga a todas personas con independencia de su nacionalidad o de su residencia, por el hecho de ser fieles. Como se encuentra en el Art. 2 de dicho Código: *Las disposiciones de este código al-mudawana se aplicarán a: 1). Todos los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad. 2). Los refugiados incluyendo a los apátridas según el convenio de Ginebra fechado el 28 de julio de 1951 relativo a la situación de los refugiados. 3). Las parejas en las que una de las partes sea marroquí. 4). Las parejas de marroquíes en las que uno de ellos sea musulmán.*

En cuanto a los judíos marroquíes, se les aplicarán las reglas del estatuto personal hebreo marroquí.

Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 5



normas conflictuales y en los que se deben acomodar los grupos que reclaman soluciones a estos conflictos que se están tratando³⁰.

Los modelos más utilizados son el asimilacionismo y el multiculturalismo³¹ y, al ser, así es más difícil elegir las conexiones que más se ajustan al respeto ideal de la pluralidad.

En España, seguimos un modelo que se conoce como mixto, mediante el cual se trata de respetar la diferencia a través de la conexión de nacionalidad, y, a través del reconocimiento de efectos jurídicos a instituciones de componente religioso. Estos efectos serían, por ejemplo, los que ejercen instituciones como son el repudio o la poligamia.

Actualmente la conexión de residencia habitual se está imponiendo a la de nacionalidad, en nuestro ordenamiento podemos observar este efecto con las recientes modificaciones de normas del Título preliminar del Código Civil de 2015. Pero, en cambio, la ley personal se sigue rigiendo por la nacionalidad y, por tanto, se potencia, así, la aplicación de normas religiosas, cuando aparecen supuestos, como son los efectos del matrimonio, y que afectan a nacionales de países en los que se aplica un ordenamiento de base personal, como son, por ejemplo, los Estados de religión islámica³².

De todos modos, la aplicación de estas conexiones de nacionalidad o residencia habitual no son la solución correcta para solventar los conflictos ocultos, ya que, nos estamos refiriendo a personas que ya han adquirido la nacionalidad del país de acogida que se trate y que, por esa razón, al tener ya la residencia habitual en ese país de acogida, las situaciones jurídicas a las que pueden enfrentarse, se van a regir por el Derecho material de ese país pero estos ciudadanos requieren la aplicación de su Derecho religioso, que es el que creen verdaderamente aplicable a esa situación³³.

16

³⁰ Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30) p. 6

³¹ Los Estados con modelos asimilacionistas utilizan la conexión de nacionalidad, mientras que los que siguen un modelo multicultural, le dan más importancia al domicilio.

³² Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 14-15

³³ Esto sucede mayormente en relación con las situaciones relativas al matrimonio y la familia reguladas por el Derecho islámico que es de base personal.

Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p.17



Por tanto, las normas de conflicto actuales, en relación con las leyes relativas al ámbito matrimonial y familiar no son las más adecuadas para encontrar soluciones a los conflictos ocultos.

La Profesora Pilar Diago, establece una posible solución a estos conflictos, dotar a las partes de dichos conflictos de la autonomía de la voluntad necesaria para elegir qué ley, si la material del país de acogida o su ley religiosa, es la más adecuada para regir los efectos sus relaciones familiares³⁴.

Esta autonomía de la voluntad ya se ha permitido en materia de obligaciones tanto contractuales como extracontractuales³⁵, mediante la internacionalización de las relaciones jurídicas internas únicamente a través de la elección de la ley aplicable a las mismas, siempre limitando el alcance de esta voluntad para que no menoscabe la aplicación de disposiciones de las leyes de otro Estado.

Actualmente en España, los ciudadanos musulmanes pueden celebrar matrimonio bajo el rito islámico, pero no tienen permitida la elección de su ordenamiento de base personal para regir los efectos de este matrimonio o la posible crisis³⁶.

Por tanto, lo mismo que ocurre con las disposiciones sobre obligaciones podría ocurrir en situaciones de familia, permitir a los cónyuges que profesan la fe islámica, la posibilidad de elegir otro ordenamiento diferente al del país donde residen para que rija los efectos de su matrimonio, normalmente la ley de un Estado islámico, y siempre, eso sí, que existieran vínculos con ese ordenamiento y, ninguna vulneración tal de los principios constitucionales del país de acogida, que provocara la necesidad de instar la excepción al orden público internacional.

Con la aplicación del ordenamiento extranjero se volvería a internacionalizar esa relación que hasta ese momento no presentaba elementos de extranjería, siendo aplicativo el DIPr. Asimismo, los cónyuges tendrían total libertad para elegir su derecho personal ya que son ellos, los que mejor pueden elegir el ordenamiento más idóneo para regir sus relaciones

17

³⁴ Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 23-25

³⁵ Los Reglamentos Roma I y Roma II incorporan la conexión autonomía de la voluntad en sus disposiciones.

³⁶ Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 23-25



matrimoniales, así como su posible crisis. Esta elección de ley debería hacerse en documento auténtico (ante funcionario público), para que la seguridad jurídica no se viese dañada³⁷.

3.2 El Orden Público Internacional.

Uno de los conceptos jurídicos que se engloba en el conjunto del DIPr, necesarios para la realización de este estudio, es el Orden Público Internacional (OPI), entendido como la premisa necesaria para que una ley extranjera pueda ser aplicada en un Estado.

Es decir, cuando la aplicación de una ley extranjera conduce a un resultado claramente incompatible con los principios fundamentales constitucionales³⁸, se debe excluir su aplicación por parte del Tribunal³⁹. Esto es lo que se conoce como la excepción del orden público internacional.

Una vez queda excluida la ley extranjera, se plantea el problema de qué ley debe ser de aplicación en sustitución a la ley excluida. La tesis tradicional es la aplicación del Derecho material del foro que tiene su justificación, en la competencia subsidiaria del Derecho del foro para regir las situaciones en que el Derecho extranjero no puede ser aplicado. Sin embargo, la doctrina establece que la aplicación del Derecho del foro debe entenderse como último recurso, que en el caso de que la norma de conflicto, que se aplica al caso, contenga un punto de conexión múltiple sustitutivo, deberá aplicarse el Derecho al que remite la segunda conexión antes que de aplicar el Derecho material del foro⁴⁰.

El Orden Público Internacional se presenta tanto como excepción a la aplicación de ley extranjera designada por la norma de conflicto del foro como también, ante los efectos

18

³⁷ Diago Diago, M. (2015). El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *REEI*, (30). p. 25

³⁸ Art.16 CE: “1. 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”.

³⁹ En el sistema de Derecho Internacional privado español, esta idea de orden público se recoge en el artículo 12.3 del Código Civil: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

⁴⁰ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>



indirectos que la ley extranjera pueda generar en el foro a través del reconocimiento de sentencia extranjera⁴¹

Como ejemplo al caso, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Mayo de 1998 que establece lo siguiente: “*aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestra norma de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público (art.12.3 Ce}, que no puede permitir la inscripción de matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio”*”.

3.3 La Posición Jurídica de la Mujer ante las figuras de la Poligamia y el Repudio

La figura jurídica que actualmente más influye en las relaciones entre particulares, debido al aumento de las migraciones, y que, por tanto, más afecta al Derecho Internacional Privado, y a nuestro ordenamiento, es la figura del Matrimonio.

El Matrimonio es uno de los temas más extensos en Derecho y, la celebración del mismo entre dos personas que profesan la fe islámica, es un asunto que, dado que las culturas son tan diferentes entre ellas, resultan normas que regulan esta celebración con reglas sumamente distintas entre ambos ordenamientos. Como ya he mencionado anteriormente, en algunos supuestos, incluso una norma reguladora del matrimonio islámico, que se encuentra en la *Sharia*, puede ser contraria a nuestro orden público, como es el caso de la poligamia, pero en algunos casos, nuestro ordenamiento se debe adaptar para encontrar la solución más justa.

3.3.A) La Poligamia.

Esta figura es uno de los temas más controvertidos y polémicos en Derecho Islámico, sobre todo por el impacto que esta figura tiene en otras culturas, como es la nuestra. Según

⁴¹ Art. 46 LCJI: “*Causas de denegación del reconocimiento. I. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público”*



ésta, el varón puede contraer hasta cuatro matrimonios con distintas mujeres⁴², siempre que pueda ser justo con todas ellas. Algunas escuelas liberales han interpretado el pasaje coránico hacia una visión más equitativa entre hombres y mujeres, inculcando la realidad de que es imposible que un hombre trate con imparcialidad y justamente a todas sus esposas, incluyendo así la idea de monogamia como la justa.

A pesar de todo, el único Estado islámico que ha prohibido expresamente la poligamia es Túnez⁴³, los demás Estados se han limitado a “endurecer” o “dificultar” el acceso a ella⁴⁴. Otra vía mediante la que se intenta limitar la poligamia es el uso de los pactos particulares de monogamia. Así, mediante la autonomía de la voluntad de las partes, se pueden regular materias que no se encuentren ni ordenadas ni prohibidas por la *Sharia*. Por tanto, en este caso, ya que la poligamia es una figura que la *Sharia* permite, pero no obliga a llevarla a cabo, cabe, en el momento de celebrar el contrato matrimonial, incluir una cláusula de monogamia⁴⁵.

Esta cláusula concede el derecho a solicitar el divorcio en el momento que el esposo la incumple, y se une en matrimonio a otra mujer⁴⁶.

20

Para profundizar más sobre la poligamia, es necesario conocer cómo afecta esta figura a nuestra sociedad y cómo la tratamos cuando aparece un supuesto en el que es necesaria la actuación de los Tribunales Españoles. Para ello voy a realizar un comentario jurídico

⁴² El Corán (4,3): “...entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal”

⁴³ Art.18,1 del Código de Estatuto Personal: “la poligamia está prohibida”

⁴⁴ La reforma del derecho matrimonial marroquí de 10 de septiembre de 1993, publicado válidamente en febrero de 2004, intentó satisfacer parte de las demandas de los movimientos feministas del país introduciendo una mayor protección para la mujer. Con tal intención incorporó restricciones a la poligamia al prescribir expresamente que “en cualquier caso, si existen motivos para temer una injusticia en el trato entre las diversas mujeres de un hombre, el juez no autorizará el matrimonio polígamico” (Art. 30,5)

LABACA ZABALA, M^a L. “El matrimonio polígamico islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, 2009, *Revista jurídica de Castilla y León*. n.^o 18 p. 267-270

⁴⁵ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial islámico”, Aequalitas: *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, N^o 6, 2001, p. 16

⁴⁶ Art. 30 de la Mudawana: “la mujer puede imponer al marido la condición de que no le sea impuesta una comujer. En caso de incumplimiento, la suerte del matrimonio se deja a la mujer.”

Art. 31 de la Mudawana: “La mujer tiene el derecho de exigir al marido que se comprometa en el acto del matrimonio a no unirse a otra mujer y a reconocerle el derecho de exigir la disolución del matrimonio en el caso de que tal compromiso sea violado”.



de una Sentencia del TSJ de Cataluña⁴⁷. En el proceso se insta recurso de suplicación en que el actor es el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) frente a la Sentencia del Juzgado Social nº 1 Granollers de fecha 18 de noviembre de 2015 dictada en el procedimiento nº 7/2015 y siendo recurrida Dª Purificación, nacida en Gambia. La parte recurrida obtuvo del citado Juzgado de lo Social, fallo en el que se estimaba su demanda contra el INSS y se le reconocía el derecho a percibir la pensión de viudedad, por el fallecimiento de su marido, nacional español y condenaba al INSS al abono de la pensión. Dª Purificación solicitó pensión de viudedad y orfandad al INSS en 2014. Por resolución del INSS se denegó dicha prestación por no estar acreditado debidamente el matrimonio con el causante. El matrimonio fue contraído en el país de origen, pero al ser el marido nacional español el matrimonio debe inscribirse en el Registro Civil. La actora instó la inscripción del matrimonio y solicitó revisión de expediente. Posteriormente se denegó totalmente la pretensión de la actora al quedar probado que existía tal matrimonio legal en Gambia por el rito islámico, pero dicho matrimonio no había sido inscrito en el Registro Civil español en el momento del fallecimiento. La solicitud de inscripción le fue denegada en 2015 por Acuerdo del Registro Civil Central por tratarse de un matrimonio poligámico, contrario a nuestro Derecho.

21

La actora insta recurso contra el INSS al Juzgado de lo Social que aprueban sus pretensiones y condenan al INSS al abono de la pensión y el INSS insta recurso de suplicación.

El TSJ falla a favor del INSS y estima el recurso de suplicación, revocando la resolución dictada por el Juzgado de lo Social a favor de Dª Purificación y absolviendo al INSS de la condena interpuesta por dicho Juzgado.

Los Fundamento de Derecho son en primer lugar, la posible infracción del Art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y de determinados preceptos de la Ley General de Seguridad Social, CC y Ley del Registro Civil y Reglamento del Registro Civil, por entender que el matrimonio debe inscribirse en el citado registro para que produzca plenos efectos, pues con ello se comprueba que ambos contrayentes no tengan otro vínculo matrimonial anterior o que no existen otro tipo de impedimentos legales para que el matrimonio celebrado en el extranjero sea válido en España.

⁴⁷ Sentencia nº 2508/2016 de TSJ Cataluña (Barcelona), Sala de lo Social, 25 de abril de 2016. Número de Recurso: 768/2016. Número de Resolución: 2508/2016



En este caso, se denegó la inscripción del matrimonio al Registro por entender que era un matrimonio polígamico y, por tanto, vulneraba el orden público español⁴⁸.

Además, nuestro modelo de familia que conforma la Constitución, igual que nuestro entorno europeo, determina la existencia de la institución del matrimonio como monógama y, ningún país de la UE admite la celebración de un matrimonio polígamico al amparo de sus ordenamientos civiles. Nuestro ordenamiento prohíbe contraer matrimonio a los ya ligados con vínculo matrimonial anterior⁴⁹.

Se regula en nuestra CE como derecho fundamental el *ius connubis*⁵⁰, pero no como derecho absoluto ya que remite al CC el cual establece unas exigencias mínimas.

Mediante el Acuerdo de Cooperación de 20 Feb. 1992 entre el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España se regula la celebración del matrimonio por el rito islámico y se establece que en todo lo no regulado por dicho ordenamiento se aplica la legislación civil española, salvo que tales normas fueran contrarias a la CE o a las leyes de desarrollo no serían de aplicación, pues el acuerdo de 1992 se establece el respecto de las exigencias mínimas ya mencionadas. El creyente musulmán no puede eludir el cumplimiento de los requisitos civiles del Estado de acogida por cumplir las previsiones de su religión, por tanto, no se podrá celebrar válidamente el matrimonio si los contrayentes ya están ligados en relación anterior. Se rechaza la poligamia por atentar contra el orden público, el cual se deriva directamente de la Constitución y de los Convenios de Derechos Humanos.

Asimismo, recuerda el Tribunal, que en nuestro ordenamiento jurídico la poligamia se contempla como delito en nuestro CP⁵¹.

El matrimonio no se realizó en España, sino en Gambia, por tanto, las autoridades de Gambia aplicarán su propia ley. En nuestro Estado y conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la poligamia no es legal, sin embargo, puede suceder que las normas de DIPR conduzcan a la aplicación de un Derecho extranjero que sí admite la poligamia, en cuyo

⁴⁸ STSJ Cataluña, Sala de lo Social de 30-7-03. Párrafo cuarto del fundamento de derecho segundo: “*Que la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar*”.

⁴⁹ Art. 46.2 del Código Civil

⁵⁰ Art. 32 de la Constitución española

⁵¹ Art. 217 del Código Penal



caso, podría jugar el OPI ya que, tal supuesto, chocaría frontalmente con las normas de nuestro ordenamiento y nuestros principios⁵².

La contrariedad a la poligamia se evidencia en nuestra legislación en varios supuestos, por ejemplo, cuando se contiene como delito en el CP; o cuando al hacer uso de la reagrupación familiar, únicamente se permite que se reagrupen a un cónyuge⁵³; diversas RDGRN que niegan la celebración del segundo matrimonio por no haberse disuelto el primero⁵⁴, por existir en nuestro ordenamiento la excepción al orden público internacional. Incluso el TS, cuyas palabras son: “*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español*”⁵⁵

Por tanto, el Tribunal entiende que todo lo antecedente lleva a que los efectos del segundo matrimonio son nulos y, por lo tanto, *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*. A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado. Pero señala, el Tribunal, que, en la actualidad, existen dos excepciones en cuanto a la pensión de viudedad, los cuales se derivan del Acuerdo entre el Reino de España y Marruecos⁵⁶, firmado en el 1979 y del Acuerdo con Túnez⁵⁷.

Son los dos únicos supuestos en los que, aunque la poligamia atenta contra el orden público español y nuestro ordenamiento, se le otorgan efectos respecto la pensión de viudedad. Por tanto, estas excepciones no se pueden aplicar al caso.

A pesar de esto último, existen, asimismo, sentencias dictadas por los Tribunales españoles, en las cuales se reafirma el derecho de ambas esposas a recibir una parte de la

23

⁵² Art.12.3 del Código Civil: «*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”.

⁵³ Ley Orgánica 4/2000 de 11 Ene., sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000 de 22 diciembre y desarrollo reglamentario posterior y respecto de la reagrupación familiar, Arts.16.2 y 17.

⁵⁴ RDGRN 11-5-1994

⁵⁵ STS de 14 de julio de 2009

⁵⁶ Establece en su Art. 23 que “*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí beneficiarios de dicha prestación*”.

⁵⁷ En su Art. 24: “*En caso de que existan más de una viuda con derecho, la pensión de viudedad se tendrá que prorrtear entre las mujeres del difunto*”.



pensión de viudedad⁵⁸, como la del Juzgado de la Coruña del 1998, la cual en su fundamento jurídico segundo se establece:

“se discute la posibilidad de concesión de viudedad dada la existencia de dos viudas, legales según la legislación senegalesa, pero unidas en un matrimonio prohibido por la legislación española (...). En relación con la prestación de viudedad, el art. 174 LGSS la reconoce al cónyuge superviviente, lo que exige la existencia previa de un matrimonio legalmente celebrado, situación ya aclarada en el sentido de denegarse esta prestación a las parejas de hecho, precisamente por falta de matrimonio”. El órgano jurisdiccional no exige que el matrimonio se haya celebrado al amparo de la legislación española, sino que, siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal en base a su propia legislación. Ello sucede en el supuesto de autos, en el que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio es perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros”.

En estos casos, se opta por la atenuación del orden público ya que se entiende que de no hacerlo se conculca el derecho de las esposas que siguen a la primera.

24

Como ya es sabido, ni en la sociedad occidental ni, en concreto, en España, se acepta la poligamia y, por consiguiente, no se le otorga eficacia jurídica en el Derecho⁵⁹. La poligamia es entendida como contraria a los principios de igualdad y dignidad⁶⁰ y, por tanto, choca totalmente con los derechos fundamentales que nosotros entendemos como necesarios en una sociedad democrática⁶¹.

⁵⁸ Sentencia del Juzgado de lo social de La Coruña de 13 de julio de 1998, confirmada por la STSJ de Galicia, Sala de los social, núm. 899/2202, de 2 de abril de 2002// TSJ de Andalucía en su Sentencia de 18 de junio de 2015

⁵⁹ FERNANDEZ-CORONADO, A. Matrimonio islámico, Orden Público y función promocional de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 85, 2009, p.142-143

⁶⁰ Art. 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; Art.3 de la LOLR de 1980; Art. 12.3 del Código Civil

⁶¹ En España: Art. 1.1CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.



3.3.B) El Repudio

Finalmente cabe estudiar qué pasa cuando, una vez celebrado el matrimonio, aparece una crisis entre los cónyuges que puede llegar a determinar el final del matrimonio.

Con el fin de disolver el matrimonio la Ley islámica ofrece una figura, no poco polémica en nuestra sociedad, dado el posible menoscabo al derecho de igualdad y no discriminación al prevalecer el derecho del hombre sobre la mujer.

El Repudio o *Talaq* se define en las leyes islámicas como la disolución del matrimonio por deseo del marido, sin necesidad de causa alguna ni proceso legal⁶². Los únicos Códigos que han avanzado, dejando de lado el repudio tradicional y han optado por una figura más equitativa entre mujer y hombre son el Código de familia marroquí y el tunecino⁶³. El código marroquí se limita a dificultar el uso de este procedimiento, aunque lo mantenga en su contenido, en cambio, el tunecino suprime totalmente el repudio, estableciendo como única alternativa de romper el matrimonio el divorcio judicial con igualdad entre el marido y la esposa⁶⁴.

25

Art. 10.1CE: “*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 son fundamento del orden político y de la paz social*”.

Art. 14CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Art. 32.1CE: “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”.

⁶² El Corán. Sura 65: “*¡Profeta! Cuando divorciéis a las mujeres, hacedlo de manera que estén en disposición de empezar su periodo de espera. Guardad el periodo de espera y temed a Allah, vuestro Señor. No las hagáis salir de sus casas ni tampoco salgan ellas, a menos que hayan cometido una indecencia evidente. Estos son los límites de Allah; quien traspase los límites de Allah, habrá sido injusto consigo mismo. Tú no sabes si Allah dispondrá otra cosa después*”.

Art. 48 C. Argelino: “*El divorcio es la disolución del contrato matrimonial con las salvedades de las disposiciones del artículo 49. Se lleva a efecto por voluntad del esposo, mutuo acuerdo de los cónyuges o a demanda de la esposa en el límite previsto en los artículos 53 y 54 de este código*”

Art. 34 C. Iraquí: “*1). El repudio es la eliminación del vínculo conyugal por la ejecución del esposo, la esposa si se le ha otorgado poder para ello o está autorizada, o por el juez*”

⁶³ Art. 78 C. Marroquí: “*El repudio es la disolución del contrato matrimonial ejercida por el esposo y la esposa según sus requisitos bajo el control judicial y de acuerdo con las disposiciones de este código*”.

Art. 31 C. Tunecino: “*Se dictaminará el divorcio: 1) Por mutuo acuerdo de los cónyuges. 2). A demanda de uno de los cónyuges por habersele ocasionado perjuicios.3) Por el deseo del esposo de divorciarse o a reclamación de la esposa*”

⁶⁴ RUIZ-ALMODÓVAR, C. “*El repudio en las leyes de familia de los países árabes*”. Ayer, Universidad de Granada, 2006, p. 280



Así pues, el *Talaq tradicional*⁶⁵ se conoce como el repudio unilateral por parte del marido. Es la modalidad que más ataca al derecho de igualdad entre mujer y hombre, ya que el marido puede poner fin al matrimonio de forma discrecional y sin necesidad de motivación o intervención judicial. Con el tiempo esta práctica se ha ido restringiendo en los nuevos códigos, pero aun así sigue existiendo y utilizándose con frecuencia.

Como ya he mencionado existen dos tipos de repudio unilateral, el revocable y el irrevocable. Normalmente únicamente el repudio que se ha pronunciado por tres veces tiene la fuerza de disolución irrevocable, siendo las primeras dos formulaciones, revocables⁶⁶. Pero, también existe la fórmula por la que el marido puede repudiar de forma irrevocable a su esposa mediante un único pronunciamiento, de esta forma, el marido puede optar por la disolución total o por una disolución suspensiva⁶⁷.

Cuando inicia el repudio revocable, la esposa debe superar un periodo de continencia (*iddat*), mientras el que sigue manteniendo el derecho a la *nafaka*⁶⁸. El marido puede, durante este tiempo, retractarse y reanudar la vida conyugal sin necesidad de realizar nuevo matrimonio y fijar una nueva dote, ya que se entiende que no es una nueva relación que constituya la necesidad de realizar todos los actos de nuevo⁶⁹.

26

Una vez finalizado este periodo se disuelve automáticamente el matrimonio. Si, en cambio se opta por el repudio irrevocable de primeras, en el caso de que el marido quiera reanudar la vida conyugal, deberá esperar a que finalice la *iddat* y, posteriormente, deberán realizar un nuevo contrato matrimonial con consentimiento y dote⁷⁰

Además del *Talaq* existen otros dos métodos en las regiones más avanzadas, mediante los cuales, puede ser la mujer las que decide diluir el matrimonio, *Talaq ala mal*. Son, el

⁶⁵ ORTIZ VIDAL, M^a D. “El repudio en el código de familia de marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Universidad de Murcia. 2014 p. 209-215

⁶⁶ El Corán: “*El repudio se permite dos veces. Entonces, o se retiene a la mujer tratándola como se debe, o se la deja marchar de buena manera*” (2, 229)

⁶⁷ ORTIZ VIDAL, M^a D. “El repudio en el código de familia de marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 2, Universidad de Murcia. 2014, p. 213

⁶⁸ *Nafaka*: Derecho a alimentos y manutención.

⁶⁹ RUIZ-ALMODÓVAR, C. “El repudio en las leyes de familia de los países árabes”. *Ayer*, Universidad de Granada, 2006 p. 284

⁷⁰ RUIZ-ALMODÓVAR, C. “El repudio en las leyes de familia de los países árabes”. *Ayer*, Universidad de Granada, 2006 p. 284



repudio consensual mediante compensación, también conocido como *khol* o *jul*⁷¹ y la disolución judicial por mutuo acuerdo entre los cónyuges (*Talaq al mubaraha*)⁷².

El primero se produce cuando la mujer, pide al marido que la repudie a cambio de una compensación económica. Este proceso da lugar a una disolución inmediata e irrevocable, pero la mujer debe proceder al *iddat* de todos modos. El segundo, consiste en una disolución por mutuo acuerdo, siempre bajo control judicial⁷³. Ahora bien, la esposa únicamente podrá ejercer este derecho si su marido se lo cedió con anterioridad⁷⁴. Mediante el control judicial, el Tribunal motivará la reconciliación de los esposos con el fin de que no se cumpla la disolución del matrimonio. Si esta reconciliación resulta imposible, el marido deberá depositar el importe en concepto de derechos debidos a la esposa en la Secretaría del tribunal. Posteriormente el Juez aprobará el documento de disolución del matrimonio y remitirá una copia al tribunal que emitió la autorización del repudio, el cual dictará sentencia motivada⁷⁵.

En España, cuando un matrimonio entra en crisis, se abre la posibilidad de que los, hasta ese momento, cónyuges, puedan instar una demanda de divorcio libremente. Cualquiera de las partes tiene el libre derecho de ejercer tal pretensión, sin motivo real y sin que la otra parte pueda negarse⁷⁶.

El problema aparece cuando se pretende inscribir un divorcio en el Registro español que ha sido dictado en el país de origen y aparecen dudas de si se ha dictado la resolución de

⁷¹ TAZÓN CUBILLAS, A. “Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, Nº 22, 2008, p. 47-48

⁷² PEREZ ALVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, p. 202

⁷³ Art. 78 Mudawana: “*El divorcio como medio de disolución del matrimonio, se lo ejercerá el esposo y la esposa, cada uno según sus condiciones, bajo el control judicial y conforme con las disposiciones de este código*”.

⁷⁴ Art. 89 Mudawana: “*Si no se produce la reconciliación, el tribunal autorizará a la mujer para que se proceda al levantamiento del acta de divorcio por dos adul y a la reclamación de sus derechos...*”

⁷⁵ ORTIZ VIDAL, M^a D. “El repudio en el código de familia de marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N^º, Universidad de Murcia. 2014, p. 215

⁷⁶ Art. 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*”.



divorcio con todas las garantías y sin menoscabar ningún derecho fundamental, como es el caso que a continuación se trata⁷⁷.

El Juzgado de Primera número tres de Marbella dictó auto de fecha 14 de noviembre de 2013, en el procedimiento de solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera, reconociendo eficacia civil a la sentencia dictada con fecha de 30 de mayo de 2012 por el Tribunal Islámico Sunita de Beirut (Líbano) por la que se declaraba disuelto por divorcio el matrimonio formado por D. Octavio y Doña Purificación, de nacionalidad francesa, celebrado el día 19 de julio de 2001 en Beirut (Líbano). Se interpone recurso de apelación por la parte representante de D^a Purificación.

D. Octavio presenta un documento en el que se expone entre otras cosas: que divorcia a su esposa por divorcio menor. Posteriormente este Tribunal dicta sentencia y expide la certificación solicitada, declara confirmados los datos aportados por el solicitante conforme a la documentación que adjunta a la solicitud, afirma: "la siguiente sentencia fue emitida y redactada con fecha 30 de mayo 2012". Y, además el tribunal declara:

“informé a Octavio de: b.1) su esposa quedó divorciada de él en forma de divorcio menor y de una sola vez a partir de la fecha de 30 de mayo de 2012; b.2) no podrá unirse de nuevo a ella salvo mediante un nuevo contrato matrimonial y una nueva dote cuyas reglas sean cumplidas; b.3) la esposa debe acatar las disposiciones de la Iddat religiosa (periodo de espera obligatorio antes de casarse de nuevo); y, b.4) la obligación de notificarle el divorcio a la esposa”.

28

En primer lugar, el Tribunal Supremo indica que no está permitido al Juez que lleva a cabo “el exequatur⁷⁸” la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional⁷⁹

⁷⁷ Auto nº 17/2015 de AP Málaga, Sección 6^a, 29 de enero de 2015. Número de Recurso: 988/2014. Número de Resolución: 17/2015

⁷⁸ Art.41-49 Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

⁷⁹ ATS de 3 diciembre y 24 diciembre 1996, 9 de junio y 24 de noviembre de 1998



También respecto al orden público, es doctrina del TS la que dice que el reconocimiento no se puede homologar si se prevé que este reconocimiento puede atentar de alguna forma a nuestro orden público⁸⁰.

Según el Tribunal, el sistema jurídico islámico se caracteriza por la no separación entre religión y derecho y, a parte del sistema de nulidad y fallecimiento, la forma de disolver el matrimonio es el repudio, que es el privilegio del marido de poner fin al matrimonio de manera discrecional sin necesidad de motivación, aunque existen dos formas, el revocable y el irrevocable, siendo este último el que disuelve el matrimonio. La mujer debe proceder a la *iddat* y no pueden, ambos cónyuges reanudar la vida matrimonial hasta finalizar este periodo, al final del mismo deberán realizar un nuevo contrato y dote. Al observar el documento que se otorga con el fin de obtener el reconocimiento y ejecución del divorcio en España, se prevé la voluntad de D. Octavio de repudiar a su esposa en forma de repudio irrevocable menor (de una sola vez).

Al tratarse de una orden religiosa emitida por tribunal religioso, no debió admitirse a trámite la solicitud formulada por D. Octavio, pues, por una parte, el documento nº 3 no constituye una sentencia o resolución con la que concluya un juicio en la que el juzgador defina los derechos y las obligaciones de las partes contendientes, sino que es una orden dictada con la única finalidad de dar de alta y certificar el repudio de la esposa realizado por el marido, aun cuando se haya traducido "repudio" por "divorcio", y, por otra, dicha orden no la da un tribunal de un país extranjero que ostente soberanía jurisdiccional sobre un territorio determinado para dirimir los litigios suscitados en él, entre sus nacionales, entre nacionales y extranjeros, o entre extranjeros, con arreglo a las normas uniformes o autónomas que determinen la extensión y los límites de su jurisdicción. Por eso, tanto por el hecho de que es una sentencia totalmente contraria al orden público internacional, al atentar gravemente contra los derechos fundamentales de igualdad entre mujer y hombre, como que, para este tribunal, esta sentencia no es dictada por una autoridad real en el país islámico, procede la denegación de dicha solicitud al no constituir una sentencia de divorcio.

29

⁸⁰ Tribunal Constitucional SSTC 98/1984, 43/1986, 54/1989



Asimismo, si se considera tal documento nº3 como sentencia de tribunal legítimo, la solución seguiría siendo la misma ya que en la figura del repudio por parte del marido, existe una posición de desigualdad entre mujer y hombre dentro del matrimonio, reconociendo la supremacía del varón, por tanto, vulnera el principio de igualdad que se encuentra dentro del conjunto de los derechos y libertades fundamentales del Art. 14CE.

La Audiencia estima el recurso de apelación presentado por Dª Purificación, revoca el auto del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Marbella y deniegan el reconocimiento y la ejecución en España de la orden religiosa emitida por el Tribunal Islámico Sunita de la ciudad de Beirut.

En este caso concreto que se trata el divorcio no es aceptado como válido y, por consiguiente, inscrito en España por contener vulneraciones graves al derecho de igualdad de la esposa y, por tanto, estar atentando contra un derecho fundamental constitucional y, del mismo modo, contra el orden público internacional, aunque se intente disimular en el documento aceptado por el Tribunal de Beirut y, asimismo, por no ser considerado el Tribunal que dicta dicha sentencia, como una autoridad válida. Pero existen otras figuras, que, con el avance en los países de base islámica, se están utilizando con el fin de finalizar el contrato matrimonial sin necesidad de transgredir el derecho a la igualdad. En estos casos, sí serían válidas las inscripciones de los mismos en nuestro ordenamiento, me refiero al divorcio por mutuo acuerdo o, incluso al repudio por compensación, los cuales ya he mencionado con anterioridad.

30

La gran diferencia existente entre el divorcio entendido por nuestro ordenamiento y el repudio unilateral perteneciente al Derecho Islámico radica en que nuestra fórmula requiere una igualdad total entre ambas partes, como derecho fundamental constitucional, por lo tanto, no existe discriminación alguna ya que cualquiera de las partes puede instar la ruptura del vínculo unilateralmente. En cambio, en el repudio unilateral, la igualdad para con la mujer queda quebrada al ser un derecho exclusivo del marido y, por tanto, choca de frente con nuestro orden público⁸¹.

⁸¹ FERNANDEZ-CORONADO, A. Matrimonio islámico, Orden Público y función promocional de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 85, 2009, p. 147-148



Otra diferencia entre ambas figuras la encontramos en que, en el divorcio, es necesaria la actuación de autoridad competente con el fin de que adquiera eficacia judicial, en cambio, el repudio unilateral, no es una disolución judicial, sino que nace de la simple voluntad de una de las partes, el marido⁸². Por este hecho, la obtención del reconocimiento por medio de exequatur de los efectos del repudio en nuestro Estado se dificulta, ya que, como ya he mencionado, una de las causas de denegación del exequatur es que la resolución resulte contraria al orden público del Estado donde se inste el reconocimiento.

Sin embargo, hay un método para que sea posible el reconocimiento de los efectos del repudio, para ello es necesario lo que se conoce como la Juridificación del repudio⁸³. En caso de no realizar tal acto, el repudio unilateral privado no surtiría ningún efecto en España.

Aunque queda claro que el repudio unilateral por parte del marido, no puede ser aceptado como tal en nuestro ordenamiento, en ocasiones el hecho de inadmitir intransigentemente un supuesto que puede lesionar un derecho fundamental puede menoscabar igualmente otros derechos también fundamentales. Es decir, la discriminación que sufre la mujer en el repudio puede ser que mejore el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer ya que, por ejemplo, la aplicación estricta del orden público, al no permitir que se admitiera el repudio de ningún modo, impediría obtener a la mujer repudiada el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por tanto, no podría defender sus derechos⁸⁴.

31

⁸² RUIZ-ALMODÓVAR, C. “El repudio en las leyes de familia de los países árabes”. *Ayer*, Universidad de Granada, 2006, p. 285-286

⁸³ Este acto consiste, en la legalización por parte de una autoridad pública investida de la potestad jurisdiccional, de la declaración de voluntad del marido o de ambos cónyuges de poner fin al matrimonio. Así, el acto de repudiación queda legalizado en una decisión que ha sido dictada por una autoridad extranjera que ha actuado en el desempeño de un acto de jurisdicción voluntaria y, por ello precisamente, se convierte en un título ejecutivo apto para su posible reconocimiento en el Derecho del Estado español a través del trámite procesal del exequáutur.

PEREZ ALVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español” *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones* 2008, 13 p.210

ATS de 17-10-1995// ATS205-1997// ATS 31-10-2000. El TS entiende que no es contrario al orden público español, el hecho de que las resoluciones objeto de reconocimiento se les otorgue naturaleza administrativa, al emanar de una autoridad de este orden, no del jurisdiccional, siempre que tenga competencia conforme al ordenamiento de origen.

⁸⁴ Como señala el TC en sus STC 197/1988, de 24 de octubre, fundamento jurídico 3 y STC 78/1991, de 15 de abril, fundamento jurídico 3, existe el Derecho de toda persona a que el órgano judicial competente valore sus pretensiones en un proceso justo, donde pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho.



3.3.C) Posible solución; Orden Público Internacional Atenuado.

Entendido que, cuando se pretende crear en España una situación jurídica, a la que se debe aplicar una ley extranjera, la cual, vulnera los principios básicos del ordenamiento español, el orden público internacional opera de modo radical, se activa automáticamente la cláusula de orden público internacional, por ejemplo, serían los supuestos en los que se intenta realizar la inscripción en el Registro Civil de matrimonio poligámico o la intención de repudiar el marido a su mujer unilateralmente.

Sin embargo, JAVIER CARRASCOSA GONZALEZ, en su artículo *Orden público internacional y externalidades negativas*⁸⁵, establece que es necesario separar los tipos de efectos generados al aplicar el derecho extranjero. Existen los efectos jurídicos nucleares, los cuales vulneran el orden público internacional porque si fueran admitidos, dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española, y, por tanto, deben ser totalmente rechazados⁸⁶. Por otra parte, existen, los efectos que el autor llama, periféricos, los cuales, en el caso de ser admitidos en España, no producirían menoscabo en la estructura básica de la sociedad española, por no ser contrarios al orden público internacional español. Por ejemplo, cuando aparece una situación de matrimonio poligámico, válido en el país de origen, que quiere inscribirse en el Registro civil español, los efectos nucleares, como sería la inscripción de ambos matrimonios no sería posible. En cambio, sí sería posible reconocer, efectos periféricos, como serían la petición de alimentos por parte de la segunda mujer, el carácter matrimonial de la filiación de los hijos nacidos de la segunda mujer, pensión post-divorcio para la segunda mujer, etc⁸⁷.

32

PEREZ ALVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español", *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, p. 219-221

⁸⁵ CARRASCOSA GONZALEZ, J. "Orden público internacional y externalidades negativas" *Boletín* núm. 2065 Universidad de Murcia, 2008, p.23

⁸⁶ Por ejemplo, el matrimonio poligámico válidamente constituido en el país de origen pero que no podría ser inscrito como tal en nuestro Registro civil y, por tanto, es un vínculo legal inexistente.

⁸⁷ CARRASCOSA GONZALEZ, J. Orden público internacional y externalidades negativas. Universidad de Murcia. Boletín núm. 2065, 2008, p. 23



La solución, así pues, se hallaría al realizar una ponderación de derecho fundamentales, tratando caso por caso los supuestos que llegan a manos de los tribunales de nuestro Estado.

El Juez deberá ser quien pondere ambos derechos fundamentales en aras de conseguir una mejor aplicación del derecho. En opinión de ANA FERNÁNDEZ-CORONADO, la balanza se decantaría, en el supuesto del repudio, hacia el derecho que la mujer repudiada pretende conseguir, ya que lo contrario convertiría en perjuicio lo que debería actuar con el fin de proteger a la mujer discriminada, supondría una nueva discriminación el no poder contraer nuevo matrimonio por existir un ligamen anterior u obligarla a instar un proceso de divorcio para disolver el vínculo. Cuando esta mujer solicita ante el juez civil español la ejecución de la decisión de repudio legalizada por el ordenamiento de origen ya está manifestando la ausencia de seguir con el matrimonio actual⁸⁸.

De todos modos, como ya he mencionado, la decisión final, si aplicar de forma exhaustiva nuestro orden público o aplicarlo de forma atenuada, siempre es del Juez.

⁸⁸ FERNANDEZ-CORONADO, A. Matrimonio islámico, Orden Público y función promocional de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 85, 2009, p. 152



4. CONCLUSIONES FINALES.

De lo expuesto a lo largo del presente trabajo podemos extraer una primera conclusión que es la indudable mejora que la situación jurídica de la mujer está consiguiendo dentro del Derecho islámico. Existiendo, en países como es Túnez, prohibición de la institución de la poligamia, incluso castigándola y la figura del divorcio en las leyes como única forma de disolver el matrimonio.

El gran aumento del número de ciudadanos ya europeos y, en concreto, españoles, con identidad religiosa islámica ha provocado que aparezcan los Conflictos ocultos. Estos se dan respecto de personas que ya son nacionales del país donde residen y en consecuencia, sus relaciones de Derecho Privado han de regirse por la ley material del Estado del que el sujeto es ya nacional, y, en el que se encuentra residiendo, siendo que, por su origen, algunas cuestiones relativas a relaciones familiares, tal vez deberían ser reguladas por la ley correspondiente a su estatuto personal (en el caso de los musulmanes que son los más cuantiosos en Europa).

34

La Profesora Pilar Diago, establece, en su artículo *El Islam en Europa y los Conflictos ocultos en el ámbito familiar*, una posible solución al caso. El uso de la autonomía de la voluntad por parte de estas personas que se encuentran inmersos en estos conflictos. Poder elegir qué ley es la más adecuada para regir el supuesto que les interesa. De este modo, por ejemplo, en el derecho matrimonial, podrían elegir qué ley, la nacional adquirida, la de su residencia habitual, o su ley religiosa, va a regir los efectos patrimoniales derivados del matrimonio y, el divorcio, en caso de crisis. Por el contrario, si no existe dicha elección, pueden realizar la celebración del matrimonio por el rito islámico pero los efectos del matrimonio deberán ser regulados por la ley material del país de acogida del cual ya han obtenido la nacionalidad.

Otro concepto importante en este estudio ha sido la excepción del Orden Público Internacional, mediante el cual, se deniega la aplicación de una ley o el reconocimiento de una sentencia en nuestro Estado. Esta excepción del orden público, se abre cuando la ley designada por la norma de conflicto española choca con algún principio fundamental,



regulado en la CE. En tal caso, el Derecho extranjero queda inaplicado. Ejemplos de inaplicación del Derecho extranjero sería la no inscripción o el no reconocimiento de una resolución extranjera por la que se decreta el repudio e incluso la negativa a declarar el repudio por las autoridades españolas.

En ocasiones se intenta anteponer el derecho fundamental de libertad de creencia y religión con el fin de justificar el reconocimiento de la poligamia por ser un elemento integrado en el matrimonio musulmán. Sin embargo, la institución de la poligamia no se entiende como una prescripción mantenida en la *Sharia* a la que todos los musulmanes deben respeto y obligación, sino que actualmente persiste como una posibilidad a la que las partes – los esposos - pueden adherirse o no mediante la autonomía de la voluntad. Por tanto, la libertad de creencias debe prevalecer, absolutamente, pero siempre que se encuentre en el dominio interno de la persona, pero en el momento que se ejerce externamente, pudiendo afectar a tercera personas, este derecho debe quedar sometido al orden público, uno de los pilares básicos de nuestra sociedad. Deben prevalecer los derechos fundamentales básicos de toda sociedad democrática como son el de igualdad y no discriminación.

35

De todos modos, relacionado con esto último, en algunas ocasiones, este orden público debe ser aplicado de forma atenuada, atendiendo al interés de la persona que podríamos entender como “lesionada” por la ley extranjera. El hecho de no atender, mínimamente, esta situación que resulta contraria en nuestro Derecho, podría menoscabar aún más el derecho de esta persona. Por tanto, es necesario realizar una ponderación de derechos para aplicar el que menos dañe el derecho de la persona afectada, eso sí, siempre que no vulnere nuestros principios fundamentales. Es por esto, por lo que, en muchas ocasiones, se puede aceptar la pensión de viudedad de una segunda esposa de un matrimonio poligámico o que se lleve a cabo el repudio unilateral por parte del marido, para un menor menoscabo del derecho de la que entendemos es la parte débil de estas relaciones, la mujer.



5. BIBLIOGRAFIA

- Libros.

EL HADRI, S. *Los Derechos de la Mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb. (Marruecos, Argelia y Túnez)*, CeIMigrat/ Tirant lo Blanc, Valencia, 2010

AL-SA'DAWI, *La cara desnuda de la mujer árabe*, Horas y Horas, Madrid, 1991

- Artículos de Revistas.

Diago Diago, M. “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”. REEI, 2015

SEDIRI, N. “La Realidad de la Mujer en el Islam”, Universidad de Oviedo, 2014

OURKIA, A. “Las fuentes del Derecho Maleki y su influencia en el Código de Familia de Marruecos”, 2009

FERNANDEZ-CORONADO, A. Matrimonio islámico, Orden Público y función promocional de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 85, 2009

36

ROMO ALONSO, R. “El Matrimonio Islámico” 2001, Universidad de Salamanca.

FARHAT, Z. “Estatuto de la mujer tunecina: conciencia de ciudadana y responsabilidad de Estado”. *Gran Angular*, 2005

LABACA ZABALA, M^a L. “El matrimonio polígame islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *Revista jurídica de Castilla y León*. n.^o 18, 2009, Universidad del País Vasco

RUIZ-ALMODÓVAR, C. “El repudio en las leyes de familia de los países árabes”. *Ayer*, Universidad de Granada, 2006

ORTIZ VIDAL, M^a D. “El repudio en el código de familia de marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N^o 2, Universidad de Murcia, 2014

TAZÓN CUBILLAS, A. “Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, N^o 22, 2008



LEMA TOMÉ, M. "Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España". *Migraciones Internacionales*, vol. 2, núm. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2003

COMBALÍA SOLÍS, Z. "Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial islámico", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, Nº 6, 2001

- Recursos Electrónicos

Las leyes de 'shock' de la Arabia Saudita reformadora – RT

<https://actualidad.rt.com/sociedad/164390-leyes-temblor-arabia-saudita-reformas>

El Islam.

<http://es.slideshare.net/estudiarpsi/el-islam-13331577>

Corán

http://roble.pntic.mec.es/jfeg0041/todo_reliques/islam/pag%20islam/coran.htm

Guía del Islam: Algunas creencias islámicas básicas

<http://www.islam-guide.com/es/ch3-2.htm>

37

¿Qué es la Sharia? ¿Cómo se vive la Sharia? ¿Es la Sharia válida en este tiempo? | Temasislamicos.com

<http://www.temasislamicos.com/makale/%C2%BFque-es-la-sharia-%C2%BFcomo-se-vive-la-sharia-%C2%BFes-la-sharia-valida-en-este-tiempo>

Las cinco escuelas de pensamiento islámico

<http://islamoriente.com/content/article/las-cinco-escuelas-de-pensamiento-isl%C3%A1mico>

Derecho en Túnez - Guía de Turismo de Túnez

<http://blog-tunex.com/historia-de-tunex/derecho-en-tunex/>

Las fuentes del Derecho Māleki y su influencia en el Código de la Familia de Marruecos – Webislam

http://www.webislam.com/articulos/93429las_fuentes_del_derecho_maleki_y_su_influencia_en_el_codigo_de_la_familia_de_mar.html



Derechos de la Mujer en el Islam

<http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/derechos-de-la-mujer-en-el-islam.html>

Enciclopedia jurídica <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

