

El matrimonio islámico y su recepción en el sistema español a través del derecho internacional privado. Especial mención a la poligamia

1. Características fundamentales del derecho de familia y de la persona en la *sharí*a

1.1. La preeminencia del principio de equidad en las instituciones de derecho de familia islámico

En el sistema jurídico español, el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, se erige como un valor rector fundamental. Este principio constituye uno de los ejes de referencia para el conjunto del derecho español, de modo que todas las normas y actos del ámbito jurídico deben ajustarse a él (Robles 2021, 885-921).

Cuando se analiza la *sharí*a surge con frecuencia en la doctrina jurídica la cuestión de su compatibilidad con el principio de igualdad, particularmente en lo relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, así como a la igualdad sin discriminación por motivos religiosos. Por esta razón, comenzamos este capítulo examinando el lugar que ocupa el principio de igualdad en el derecho de los Estados que aplican la ley islámica en la actualidad. Antes de abordar la compatibilidad de ciertas figuras concretas, es necesario establecer si el principio de igualdad existe en el derecho islámico, y, en su caso, determinar su configuración y delimitación. Una vez sentadas estas bases, podremos analizar cómo se articula esta cuestión en el derecho islámico y, posteriormente, la aplicabilidad de este último en el derecho español mediante las normas de derecho internacional privado.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.14>

La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la sharía y el derecho español. Natalia Jiménez Arroyo. © Ediciones Complutense, 2026.

Si acudimos al Corán, texto fundador del islam, encontramos evidencias que permiten afirmar que en términos de dignidad, hombres y mujeres se sitúan en un plano de igualdad. Tal como sostienen numerosas corrientes progresistas dentro del islam, en la Arabia preislámica donde surgió esta religión, la situación de las mujeres era equiparable a la de un objeto, ya que los hombres podían disponer de ellas con total libertad. El mensaje del Profeta irrumpió en este contexto como una auténtica revolución en términos de autonomía y capacidad de obrar para las mujeres. En el Corán, las mujeres son equiparadas a los hombres en deberes y obligaciones espirituales (33:35), en los castigos (5:38 y 24:2) e incluso en la recompensa merecida por las acciones lícitas (16:97) (Bermejo 2012, 47).

Esto significa que, en lo relativo al valor intrínseco de los seres humanos, ambos sexos son iguales. De hecho, el islam es la única de las tres religiones del libro que establece explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres (Badran 2010). Así lo refleja, según la mayoría de los autores, la aleya 3:195: «No dejaré que se pierda obra de ninguno de vosotros, lo mismo si es varón que si es hembra, que habéis salido los unos de los otros».

Tal como señala Bermejo, esta consideración del Corán no encuentra un reflejo directo en la *sunnah*, ya que en algunas recopilaciones de Al-Bujari las mujeres son descritas con una capacidad menor que los hombres para la práctica religiosa y para las actividades intelectuales en general (2008, 56-59). Por tanto, existe una diferencia significativa entre la valoración que se desprende del texto coránico y la que proviene de los *hadices*, los cuales no son obra de Dios, sino de los hombres, y que a menudo reflejan la influencia de las prácticas consuetudinarias de las tribus preislámicas de Arabia.

A pesar de que el Corán contiene numerosos pasajes que dignifican a las mujeres y que las sitúan en un plano de valor intrínseco equivalente al de los hombres, el texto también sostiene que, tanto en la sociedad como en la familia, existe una diferenciación de roles. En esta diferenciación se otorga primacía al varón, quien ostenta la autoridad, pero conlleva también las obligaciones derivadas de dicha facultad. Esto se refleja, entre otras, en la siguiente aleya:

Ellas (referido a las mujeres) tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Alá ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Alá manda que cuiden.

¡Amonestad a aquellas de quienes temáis que se rebelen, dejadlas solas en el lecho, pegadles! Si os obedecen, no os metáis más con ellas. Alá es excelso, es grande (Corán 4:34)⁷.

En esta aleya se establece de manera clara que las mujeres deben obedecer a los varones, mientras que los hombres tienen la obligación de pagar una dote a sus esposas y de sostenerlas económicamente durante el matrimonio (*nafaqa*). Incluso en el caso de que la mujer posea más recursos que su esposo, estos seguirán siendo exclusivamente suyos, ya que el matrimonio islámico no trae consigo ninguna modificación en el patrimonio de los cónyuges. Así, aunque la esposa tenga una posición económica muy superior a la del marido, conserva el derecho a exigir que él se haga cargo íntegramente de su manutención durante la vida matrimonial. Paralelamente, ella asume las obligaciones de cuidar del hogar y de obedecer al marido.

En lo que respecta a las actividades profesionales, la *sharía* no impide que las mujeres participen en actividades económicas y laborales, quienes pueden desempeñarse profesionalmente por cuenta ajena o propia si así lo desean, y en tales casos deben recibir una remuneración justa y proporcional a la de los hombres por un trabajo equivalente. Así lo establece, según la doctrina mayoritaria, el propio texto coránico: «Los hombres tienen una parte de lo que han adquirido. Las mujeres tienen una parte de lo que han adquirido» (4:32). Sin embargo, se impone un límite, pues estas actividades no deben interferir con la obligación principal de las mujeres, que es el cuidado del hogar.

El ejemplo de vida de Muhammad refuerza esta idea, ya que su primera esposa, Jadiyah, era una destacada mujer de negocios dedicada al comercio, quien además participó activamente en la instauración del islam. Asimismo, durante la vida del Profeta, cuando asumió el liderazgo político, hubo mujeres que desempeñaron roles significativos en la gestión y los asuntos políticos, lo que evidencia que Muhammad entendía tales funciones como legítimas para las mujeres. La diferencia fundamental, según el Corán y el ejemplo profético, radica en que para las mujeres la actividad profesional es opcional, siempre que no interfiera con sus obligaciones domésticas, mientras que para los hombres constituye un deber ineludible.

⁷ Hay que tomar en cuenta que esta aleya ha sido objeto de controversia respecto a las traducciones que desde el árabe se hacen a otras lenguas. El vocablo usado para justificar el castigo físico es polisémico en lengua árabe y puede también traducirse como «alejamiento físico de la mujer durante una disputa con su cónyuge». Por ello, hay autores que entienden que debería, en lugar de traducirse como «¡Pegadles!», traducirse como «alejaos de ellas!».

En cuanto a la educación académica, existe cierta controversia dadas las políticas llevadas a cabo en la actualidad por algunos Estados autodenominados islámicos. Así, algunos Estados que se definen como islámicos sostienen que, en virtud de la aplicación de la *sharía*, las mujeres deben ser excluidas de los sistemas educativos. Afganistán es un ejemplo claro de esta postura. Tal interpretación tiene difícil encaje en los textos de la *sharía*, especialmente en el Corán, pues como señala Combalía, la *sharía* establece un deber y un derecho a la educación para hombres y mujeres por igual, lo que le lleva a la autora a afirmar que «las diferencias entre los derechos de ambos no responden tanto a que la mujer se considere inferior al hombre en cuanto a dignidad, sino a la distinta función que se les atribuye a cada uno y a la capitalidad o primacía del varón» (2009).

De lo anterior se deduce que en el islam la igualdad no se erige como un principio rector desde la perspectiva jurídica pues, aunque desde un punto de vista ético-moral hombres y mujeres poseen el mismo valor intrínseco, esto no se traduce en una igualdad jurídica atendiendo a las interpretaciones mayoritarias. Esta interpretación de los textos se refleja en el derecho positivo de los Estados que aplican la Ley islámica, los cuales, en virtud de la *sharía*, fundamentan sus sistemas jurídicos en el principio de equidad dentro de un modelo patriarcal, en lugar de hacerlo en el principio de igualdad.

A efectos prácticos, esta concepción implica que «hombres y mujeres tienen atribuidos deberes y obligaciones distintos en virtud de la distinta función que cada uno desempeña en la sociedad» (Combalía 2009). Esto conlleva que el principio de no discriminación se entienda de manera diferente en el mundo islámico y en Occidente. Mientras que en Occidente la discriminación se mide según los principios de igualdad y equidad, en el mundo islámico se evalúa únicamente desde el prisma de la equidad. Según esta visión,

el derecho islámico, en virtud de su inspiración patriarcal, no acoge la igualdad entre el hombre y la mujer, sino la equidad, que consiste en que a cada uno se le atribuyen los derechos y deberes que le corresponden en virtud de la distinta función que desempeñan en la sociedad. De este modo, mientras que en Occidente la no discriminación se traduce en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones sin distinción por sexo, el islam considera que no hay discriminación por otorgar a cada uno los derechos que le corresponden, que no son los mismos, sino que están en consonancia con la diferente función que el varón y la mujer desempeñan.

Por ello, no cabe hablar de derechos y deberes iguales, sino complementarios, y desde este planteamiento islámico, es esa complementariedad la que garantiza la armonía y el equilibrio social (Combalía 2009).

Desde los textos coránicos, al abordar el derecho islámico en clave hermenéutico-analítica, el significado último que se atribuya a los mismos, así como la delimitación definitiva de sus normas, dependerá de la interpretación que de ellos se haga. En este sentido, aunque no sean tendencias predominantes, resulta relevante mencionar las corrientes que defienden que el principio de igualdad puede constituirse como un principio rector del derecho islámico. Así lo recoge Badran al analizar el feminismo en el islam, destacando las tesis de islamólogos que sostienen que el Corán aborda las diferencias entre hombres y mujeres única y exclusivamente en el ámbito biológico de la procreación, donde estas diferencias son significativas, pero no en el resto de ámbitos y, de manera particular, no en la atribución de roles sociales o familiares (2010).

Esta corriente argumenta que el principio de equilibrio y el principio de igualdad, al considerarse conjuntamente, emergen de una lectura holística del Corán. Según esta interpretación, el Corán no especifica un reparto concreto de tareas, pero sí subraya «la noción de mutualidad en la relación conyugal: que los cónyuges son protectores el uno del otro o que se ayudan mutuamente». Badran afirma que «es el pensamiento patriarcal el que establece e impone papeles, y lo hace en un orden social que sitúa a los hombres por encima de las mujeres en una red de poder jerárquica y compleja, justificando esto en el nombre del islam. La designación de papeles específicos en la familia y en la sociedad es simplemente el producto de la construcción social o cultural» (Badran 2010).

Esta interpretación, que sugiere planteamientos convergentes con el ideal de la justicia ambital española actual, es defendida por algunas corrientes, pero sigue siendo minoritaria en la doctrina y prácticamente residual en los sistemas jurídicos de los Estados islámicos actuales.

1.2. Características específicas de la institución del matrimonio

1.2.1. *El matrimonio como fundamento de la estructura social musulmana*

La *sharía*, como ordenamiento jurídico, se compone de los textos del Corán y la *sunnah*. En ellos se encuentran los principios que regulan todos los aspectos de la vida de los musulmanes, incluidos aquellos de contenido jurídico.

Estos textos establecen instituciones que contemplan relaciones de alteridad, como el derecho de familia, el derecho penal o el derecho financiero. En este capítulo, pretendemos ilustrar cómo se configuran las relaciones intersistémicas entre el sistema jurídico español y los sistemas de los Estados islámicos, centrándonos en la recepción de la *sharía* en el derecho español y, para ello, nos focalizaremos en la institución del matrimonio.

La elección del matrimonio como objeto de análisis responde a varios motivos. En primer lugar, su importancia en términos cuantitativos, dado que afecta a una gran parte de los musulmanes residentes en España. En segundo lugar, su relevancia jurídica, pues se enfrentan algunas de sus características a la excepción de orden público. Y, en tercer lugar, el hecho de que es una de las instituciones jurídicas más detalladamente reguladas en el Corán. Además, el matrimonio es la única institución jurídica islámica que el derecho interno español regula. Estas razones nos llevan a considerar al matrimonio como la figura más relevante para examinar las relaciones interordinamentales e intersistémicas que se producen, mediante el derecho internacional privado, entre el derecho islámico y el derecho español.

Lo primero que debemos destacar respecto al matrimonio islámico es su centralidad en la estructura familiar y, a su vez, la posición de la familia como núcleo de la organización social. Desde una perspectiva musulmana, la familia es la principal institución de la sociedad y constituye la base sobre la que se construye cualquier opción de desarrollo (Olmos 2008). Es en la familia donde recae la fortaleza de la civilización, ya que la persona, en esta visión, no encuentra su razón de ser en sí misma, sino como parte de una estructura familiar que gira en torno al matrimonio.

La importancia de la familia está claramente reflejada en los textos sagrados, ya que el Corán destaca su relevancia, generando en este punto una ruptura respecto al modelo social preislámico centrado en la tribu. En el derecho positivo actual esta importancia también se reconoce, como lo demuestra la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre de 1981, cuyo preámbulo establece que la sociedad islámica busca «preservar, proyectar y honrar la institución familiar en cuanto fundamento de toda la vida social». Asimismo, el artículo 5º de la Declaración de Derechos Humanos en el islam de 1990 refuerza esta idea al afirmar: «La familia es el núcleo de la sociedad y el matrimonio es el fundamento de su civilización [...]».

Atendiendo a la interpretación mayoritaria, la estructura familiar islámica se organiza de manera patriarcal, asignando roles definidos a cada miembro. Al hombre le corresponde ostentar la autoridad y asumir la responsabi-

lidad de procurar y proveer económicamente a la familia. Por su parte, las mujeres tienen asignado el rol de cuidado del hogar. No están obligadas a trabajar ni a contribuir económicamente, pero, en contrapartida, deben obedecer al marido.

En el islam, el matrimonio es la única vía legítima para la creación de una familia. Cualquier relación sexual fuera del matrimonio es considerada *haram*, es decir, pecaminosa y prohibida. Dado que el matrimonio sostiene la organización social, no es inusual que sea concebido como una unión no solo de dos individuos, sino también de sus familias. Por ello, es habitual que los matrimonios sean organizados y preparados por los padres de los contrayentes.

Aunque el Corán regula el matrimonio, no ofrece una definición explícita del mismo. No obstante, ciertos códigos de familia de países islámicos sí lo hacen, como el caso del Código de Familia argelino de 1984, cuyo artículo cuarto establece: «El matrimonio es un contrato consensuado que se establece entre un hombre y una mujer según la forma legal islámica. Tiene entre sus objetivos formar una familia basada en el afecto, la bondad y la ayuda mutua, proteger la honestidad de los esposos y preservar el parentesco».

A pesar de la relevancia social y religiosa que se le otorga, el matrimonio en el islam no es un sacramento ni tiene un carácter trascendente, como ocurre en la religión católica. Se estructura, en cambio, como un contrato, comparable en algunos aspectos a un contrato de compraventa, como señala Labaca Zabala: «El matrimonio en el islam tiene una naturaleza contractual, requiere el mutuo consentimiento, está abierto a condiciones adicionales que se pueden negociar, puede disolverse y sus términos pueden alterarse dentro de los límites legales» (2009).

Al tratarse de un contrato, los contrayentes tienen la posibilidad de incluir cláusulas que determinen aspectos específicos de su relación, dentro de los límites legales establecidos por las diferentes escuelas jurídicas suníes. De manera general, estas cláusulas pueden regular cuestiones controvertidas desde el punto de vista del sistema jurídico español, como la monogamia o poligamia y el repudio. También, aunque de forma más restringida, pueden abarcar aspectos relacionados con la educación de los hijos, entre otros. Cabe destacar que, para ser válido, el contrato matrimonial islámico debe cumplir con ciertas formalidades específicas.

Aunque no se prevea una sanción específica para quien no lo lleve a cabo, el matrimonio se configura para los musulmanes como una obligación más que una opción. Esto se desprende directamente del Corán, como se observa

en la aleya (4:32), que exige de manera directa: «Casad a los que aún no están casados». Hay consenso en la doctrina sobre este mandato, ya que las cuatro escuelas tradicionales están de acuerdo en considerar que el estado natural de la vida adulta es estar casado. Este principio se refuerza con algunos *hadices* de la *sunnah*, entre ellos: «Los solteros sirven de juego a Satanás, pues hace con ellos lo que quiere» (Al-Bujari 2008).

Uno de los puntos más controvertidos desde una visión occidental sobre el matrimonio islámico es la poligamia, que la doctrina mayoritaria entiende que se establece como una opción en el Corán. Actualmente, los sistemas jurídicos de los Estados musulmanes ofrecen interpretaciones variadas sobre los límites exactos que deben atribuirse a la poligamia coránica. En el capítulo IV, versículo tercero del Corán, se establece: «Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, desposad las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro: Si teméis no ser justos, casad con una». Este pasaje ha sido objeto de interpretaciones diversas e incluso contradictorias entre sí.

Algunas regulaciones actuales no establecen un límite numérico, considerando que la mención de «dos, tres o cuatro» es un mero ejemplo y que, en consecuencia, un varón puede contraer matrimonio con tantas mujeres como pueda tratar de manera equitativa. Otros sistemas, en contrapartida, entienden que el número máximo permitido es cuatro, pues consideran que la precisión en el texto coránico implica un límite que debe respetarse. Esta última interpretación es la más extendida en los Estados cuyo derecho de familia se basa en la *sharía* en la actualidad.

En el extremo opuesto se encuentra Túnez, que prohíbe la poligamia. La doctrina que ha seguido el legislador en este país interpreta que el Corán exige un trato equitativo entre las esposas y, dado que en la práctica resulta imposible garantizar esa equidad, la poligamia debe estar prohibida para respetar el espíritu del texto coránico, pues no hay manera humanamente posible de tratar de manera absolutamente igualitaria a más de una esposa. Túnez es el único país islámico que ha prohibido la poligamia en virtud de esta interpretación, consagrada en el artículo 18 de su Código del Estatuto Personal. La propuesta interpretativa tunecina ha sido objeto de numerosos análisis y es frecuentemente citada por movimientos reformistas dentro del islam, pero en la actualidad sigue siendo una interpretación minoritaria entre los Estados musulmanes.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que, aunque existen distintas formas de interpretar la poligamia según el Corán, su práctica está permitida, con mayor o menor número de requisitos y restricciones, en la mayoría de los

países de confesión musulmana cuyo derecho de familia se fundamenta en la *sharía*, salvo en contadas excepciones, como es el caso de Túnez.

Otra característica del matrimonio islámico es su vocación de estabilidad, fruto de lo cual el Corán, ante situaciones de crisis, insta a buscar soluciones e introduce periodos de reflexión antes de proceder a una ruptura definitiva. A pesar de ello, cuando no es posible encontrar un remedio, la disolución del vínculo matrimonial se asume con normalidad, y se permite por diversas vías.

La disolución más controvertida desde la mentalidad jurídica occidental es el repudio, que permite al marido romper el vínculo de manera unilateral y sin necesidad de intervención judicial. Por el contrario, la mujer solo puede solicitar el divorcio en los países que siguen las escuelas malikí y shafí, y para ello debe recurrir a la vía judicial, aportando motivos legales como la impotencia del marido, el incumplimiento del pago de la dote o situaciones de trato cruel y degradante, entre otros. Estas opciones no están presentes en las escuelas hanbalí y hanafí y, por lo tanto, no suelen estar presentes en los Estados que basan sus interpretaciones de la *sharía* en estas escuelas, lo que acentúa las diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a las posibilidades de disolver el matrimonio.

A pesar de las diferencias señaladas (y otras que no se han mencionado aquí), los principios fundamentales del matrimonio en el islam comparten una base común entre las distintas escuelas suníes y también en el islam chií, aunque en este último se contempla una figura jurídica que no solo es inexistente, sino abiertamente rechazada por el islam suní: el matrimonio por tiempo determinado, conocido como *mut'a*. Este tipo de unión, aunque no será objeto de análisis en este trabajo, merece una breve mención debido a su relevancia actual, ya que ha suscitado una considerable controversia por los posibles abusos y distorsiones en su práctica en algunos países como Irak, lo que ha llevado a un amplio debate tanto entre juristas como en distintos sectores de la sociedad.

Habiendo delineado de forma breve los rasgos definitorios del matrimonio islámico, corresponde ahora analizar sus condiciones necesarias y efectos.

1.2.2. Condiciones necesarias del matrimonio islámico

El matrimonio en el islam se configura como un contrato y, como tal, requiere de una serie de condiciones indispensables para su validez. Estas condiciones, cuatro en total, incluyen: el consentimiento de ambas partes, la ausencia de

impedimentos, la fijación y entrega de la dote (*mahr*) a la esposa y el cumplimiento de ciertas formalidades. A continuación, se abordan brevemente:

- Consentimiento de las partes: este requisito puede ser causa de dificultades para el *exequatur* en España de matrimonios celebrados en el extranjero. Mientras que el consentimiento del varón es siempre necesario, el de la mujer no lo es en todas las escuelas, pues se exige el consentimiento de ambas partes pero en el caso de la mujer puede venir por parte de su *mahram* en lugar de venir de ellas mismas. Algunas escuelas permiten incluso matrimonios válidos en contra de la voluntad de la mujer. En las escuelas malikí, hanbalí y shafí, el tutor (*wali*) puede otorgar el consentimiento en nombre de la mujer, incluso sin su presencia física. Actualmente, cada país fija la edad mínima según sus propios criterios, generalmente establecida en dieciocho años, aunque se permite antes de esa edad con dispensa judicial (por ejemplo, a partir de los catorce años en Irak).
- Ausencia de impedimentos: los impedimentos para contraer matrimonio pueden ser permanentes o temporales. Los permanentes incluyen relaciones de consanguinidad, como el matrimonio entre parientes en línea recta. Los temporales, en cambio, son aquellos que pueden superarse, como el impedimento por *idda*, el periodo de continencia legal que debe observar una mujer tras la disolución de un matrimonio anterior. Además, existe un impedimento de tipo religioso: la *sharía*, aplicándose con criterio de personalidad, prevé limitaciones para los matrimonios entre musulmanes y no musulmanes (Combalía 2001). En este caso, los hombres pueden casarse con musulmanas o con mujeres del libro (cristianas y judías), mientras que las mujeres musulmanas solo pueden casarse con hombres musulmanes.
- Fijación y entrega de la dote (*mahr*) a la esposa: la dote es una suma de dinero o bienes que el esposo entrega a la esposa como garantía de su aceptación matrimonial. Es un requisito indispensable que no puede obviarse ni consistir en una cantidad simbólica. El contrato matrimonial debe especificar la cantidad y modalidad de entrega, que puede ser íntegra en el momento de la celebración (*nacd*) o parcialmente diferida hasta la disolución del vínculo (*cali*). La dote debe ser «proporcionada, determinada, efectiva y real» (Tazón 2008, 40), y su finalidad es proteger a la esposa de quedar desamparada en caso de divorcio o viudedad. A diferencia del régimen tribal preislámico,

donde la dote quedaba en poder de la familia de la esposa, en el islam pertenece exclusivamente a la mujer. Su cuantía varía según la posición social de los contrayentes. La naturaleza jurídica de la dote difiere entre escuelas: para las escuelas hanafí, shafí y hanbalí, es un efecto del matrimonio y su falta no invalida el contrato; en cambio, la escuela malikí, seguida en países como Marruecos o Argelia, la consideran una condición necesaria para la validez del matrimonio.

- Forma de celebración: el consentimiento debe manifestarse públicamente ante dos testigos varones musulmanes que hayan alcanzado la pubertad. Si a esto se añade la firma del contrato matrimonial y la recitación de la *fatiha*, ya se dan los elementos suficientes para la validez del matrimonio (Olmos 2008, 502). En el islam no es necesaria la intervención de autoridades civiles o religiosas. A pesar de ello, en la mayoría de los Estados musulmanes actuales, debido al papel de la administración pública en el derecho de familia, se exige la formalización del acta matrimonial ante un notario, funcionario público o equivalente legalmente habilitado.

Estas condiciones reflejan el carácter contractual del matrimonio islámico, dotándolo de elementos específicos que garantizan su validez y funcionalidad dentro del sistema jurídico islámico.

1.3. La Mudawana marroquí como ejemplo de la búsqueda de la adaptación a la sociedad marroquí actual y el respeto a los textos

En 2004 se aprobó en Marruecos el actual Código de la Familia y del Estatuto Personal, conocido como Mudawana. Este código representa el resultado de un esfuerzo por equilibrar dos objetivos fundamentales. Por un lado, responde a las demandas de igualdad que una parte de la sociedad marroquí, especialmente colectivos de mujeres, planteaba para transformar la estructura familiar, alejándola de la autoridad exclusiva del hombre y orientándola hacia la corresponsabilidad entre ambos cónyuges. Por otro lado, busca respetar escrupulosamente las prescripciones derivadas de los textos de la *sharía*, considerando los objetivos del islam y promoviendo su cumplimiento.

El preámbulo del texto destaca la labor interpretativa del *ijtihad* como herramienta jurisprudencial clave. A través de las decisiones judiciales, se puede realizar una interpretación de los textos religiosos que permita resolver casos

concretos de manera compatible tanto con los principios islámicos como con los compromisos internacionales de Marruecos, en especial aquellos relacionados con los derechos humanos.

El preámbulo de la Mudawana incluye fragmentos del discurso que el rey Mohammed VI pronunció durante la apertura del segundo año de la séptima legislatura. En este discurso, el monarca expuso la vocación y los objetivos del nuevo código de familia. A continuación, se ofrece un resumen de este discurso, en el cual se reflejan las principales modificaciones introducidas respecto al código anterior. Asimismo, estas modificaciones revelan el esfuerzo por alcanzar un delicado equilibrio entre el respeto a los textos sagrados, tanto en su literalidad como en su espíritu, y la necesidad de responder a las crecientes demandas de respeto al principio de igualdad expresadas por una parte significativa de la sociedad marroquí (Esteban *et al.* 2004).

Referimos a continuación los extractos del preámbulo de la Mudawana que, a nuestro juicio, ilustran de manera más clara el esfuerzo por equilibrar el respeto a la *sharía* con las demandas contemporáneas de igualdad⁸:

- La primera finalidad del texto, según las palabras literales de Mohammed VI, consistía en

adoptar una formulación moderna, en lugar de los conceptos que vulneran la dignidad y la condición humana de la mujer, así como que la responsabilidad de la familia recaiga conjuntamente sobre los dos cónyuges. A este respecto, Nuestro Antepasado el Profeta Sidna Mohammed –que la Paz y la Salvación estén con Él– dijo: «las mujeres son iguales a los hombres ante la ley». Asimismo, se refiere que dijo: «es digno el hombre que las honra, e innoble aquel que las humilla».
- La Mudawana de 2004 eliminó la posibilidad de que las mujeres puedan ser obligada a casarse contra su voluntad: «No les impidáis reanudar los vínculos del matrimonio con sus maridos si los dos esposos concuerdan en lo que consideran justo».
- Una de las novedades del texto fue establecer la igualdad entre hombres y mujeres respecto a la edad mínima para contraer matri-

⁸ El texto completo traducido al español puede encontrarse, entre otros, en la página web de la Junta de Andalucía a través del link: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf

monio, fijada en dieciocho años para ambos sexos en el artículo 19. Sin embargo, de conformidad con algunas prescripciones del rito malikí, en el artículo 20 del texto legal se permite al juez reducir esta edad en casos justificados.

- En cuanto a la poligamia, que se regula en sus artículos 40 a 46, retomamos literalmente el discurso de Mohamed VI, que ilustra la intención de conciliar el texto coránico con las necesidades de la sociedad marroquí contemporánea:

Hemos velado por que se tengan en cuenta los designios tolerantes del islam, en cuanto a la noción de justicia, hasta tal punto que el Todopoderoso une a la posibilidad de poligamia una serie de restricciones severas: «Si teméis ser injustos, casaos con una sola». Pero el Altísimo descarta la hipótesis de una equidad perfecta, diciendo básicamente: «No podéis tratar a todas vuestras mujeres con igualdad, aunque pongáis empeño en ello»; lo que hace la poligamia prácticamente imposible legalmente. Asimismo, hemos tenido presente esa sabiduría destacable del islam que autoriza al hombre a tomar una segunda esposa legalmente por razones de fuerza mayor, según estrictos y severos criterios, y además con autorización del juez, para evitar que, en caso de prohibición formal de la poligamia, el hombre recurriera a una poligamia de hecho, pero ilícita. En consecuencia, la poligamia sólo está autorizada en ciertos casos y bajo las siguientes condiciones legales: el juez sólo autorizará la poligamia después de asegurarse de la capacidad del marido para tratar a la otra esposa y a sus hijos equitativamente y garantizarles las mismas condiciones de vida que a la primera esposa, y sólo si dispone de un argumento objetivo excepcional para justificarla. Además, la mujer podrá supeditar su matrimonio a la condición, consignada en acta, de que su marido se comprometa a abstenerse de tomar otras esposas. Esta condición se asimila, de hecho, a un derecho que le corresponde. A falta de esta condición, el juez deberá convocar a la primera esposa y solicitar su consentimiento, avisar a la segunda esposa de que su cónyuge ya está casado y recabar asimismo su consentimiento. Por otra parte, la mujer cuyo marido acaba de tomar una segunda esposa podrá pedir el divorcio por el perjuicio sufrido (Mudawana 2004).

- El divorcio, tradicionalmente previsto en la escuela malikí como una opción tanto inicial como sobrevenida para las mujeres, quedó regulado casi en igualdad con los hombres. El texto estableció que la disolución del matrimonio requiere resolución judicial, limitando en la práctica el repudio. Mohamed VI afirmó: «El Profeta —que la paz sea

con el— dice a este respecto: “El más detestable (de los actos) lícitos, para Dios, es el divorcio”»⁹.

- Se amplió, a partir del artículo 98 y siguientes, el derecho de las mujeres a solicitar el divorcio judicial en casos de incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato matrimonial o de perjuicio sufrido, como falta de manutención, abandono, violencia o cualquier otra causa conforme a la regla jurisprudencial de equilibrio y equidad en las relaciones conyugales. Además, se instituyó el divorcio de mutuo acuerdo bajo control judicial.
- Respecto a la administración de bienes, aunque se mantiene la norma de separación de patrimonios, se permite a los cónyuges establecer acuerdos sobre la gestión de bienes comunes, los cuales deben constar en un documento independiente al acta matrimonial. En caso de desacuerdo, el juez aplicará las reglas generales de prueba para evaluar la contribución de cada uno.

La Mudawana resulta especialmente relevante para analizar la aplicabilidad de la *sharía* en el sistema jurídico español. Esto se debe, por un lado, a que la mayoría de los musulmanes en España son de origen marroquí, lo que hace probable la remisión al derecho marroquí a través de las normas de derecho internacional privado, y, por otro lado, a que constituye un ejemplo destacado del esfuerzo por equilibrar los principios de la *sharía* con las exigencias contemporáneas de igualdad.

Durante los últimos años colectivos de mujeres en Marruecos ejercen presión para prohibir los matrimonios de menores, eliminar la poligamia e igualar los derechos sucesorios. Con el vigésimo aniversario de la Mudawana de 2004 cercano, Mohamed VI instó al Gobierno a revisar la legislación para reforzar el principio de igualdad entre hombres y mujeres (Sanz 2024).

Está previsto que se someta a aprobación del parlamento de Marruecos en 2025 una reforma legislativa que, entre otras cosas, estipula que el matrimonio solo puede contraerse a partir de la mayoría de edad, fijada en dieciocho años, aunque en algunas ocasiones excepcionales podría darse opción de contraer matrimonio a menores de diecisiete años. La poligamia, por su parte, no desaparece en esta propuesta de modificación, pero queda sometida a la au-

⁹ La traducción más común de esta aleya suele ser «el más detestable de los actos lícitos para Dios es el repudio», pero hemos mantenido en la cita la palabra divorcio en lugar de repudio por ser la empleada en la traducción oficial a la versión en español ofrecida por el Gobierno marroquí del discurso del Rey y de la mencionada aleya.

torización de la esposa, que puede otorgar o denegar esta posibilidad cuando formaliza la unión (Cembrero 2024).

2. La recepción en España del matrimonio islámico

2.1. El orden público: un límite con carácter excepcional

La noción de orden público opera como un límite específico frente a los efectos que pueden producir en España instituciones procedentes de ordenamientos de otros países. Para entender adecuadamente esta función restrictiva es necesario analizar primero la configuración general de la cláusula y el modo en que se activa, lo que permitirá situar su papel dentro del régimen español de recepción de instituciones islámicas.

2.1.1. El dique de contención para proteger los principios esenciales del sistema jurídico

El orden público se define como «el conjunto de principios y valores imperativos que inspiran un ordenamiento jurídico nacional y cuyo principal objetivo es la protección de la cohesión social de la nación» (Embeita 2022). En el sistema jurídico español, la cláusula de orden público internacional, que resulta aplicable en las relaciones con otros ordenamientos jurídicos, está prevista en el artículo 12.3 del Código Civil, que establece: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público», y que funciona como un mecanismo de salvaguarda de los principios y valores fundamentales del sistema jurídico español (Garcimartín 2021, 576).

Mientras que las leyes de policía actúan de manera directa, superponiéndose automáticamente a la ley extranjera, la excepción de orden público opera de forma negativa y excepcional, pues se activa únicamente cuando la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto podría conducir a resultados materiales que se consideran injustos desde la perspectiva de los parámetros de justicia vigentes en nuestro sistema.

Es precisamente en esta cláusula donde, en algunos casos, se encuentra un límite a la aplicabilidad en el sistema jurídico español de las instituciones del derecho islámico a través del derecho internacional privado. Como señala Garcimartín, la excepción de orden público actúa como un *seguro* para nuestro ordenamiento frente al *salto a lo desconocido* que implica la aplicación de

las normas de conflicto (2021, 576). Estas normas reflejan una notable apertura, ya que designan qué norma debe aplicarse para resolver un conflicto sin requerir un conocimiento previo del contenido material de dicha norma. Por este motivo, se establecen mecanismos como la excepción de orden público, que delimitan los resultados materiales que el sistema jurídico español está dispuesto a admitir, diferenciándolos de aquellos que no son aceptables.

El contenido efectivo de la cláusula de orden público se determina a partir de los principios y valores fundamentales de nuestro sistema jurídico. Estos principios emanan, principalmente, de los contenidos en la Constitución y de los convenios internacionales ratificados por España, especialmente aquellos relativos a los derechos humanos. Asimismo, la excepción de orden público actúa como un límite frente a resultados contrarios a los intereses públicos o generales, ya sean los expresamente recogidos en la Constitución o los que se desprenden de otras normas de rango legal.

En este marco jurídico, es necesario evaluar hasta qué punto puede aplicarse el matrimonio islámico en España a través de las normas de derecho internacional privado y, por otro lado, en qué medida ciertos aspectos de dicha institución podrían contravenir el orden público, impidiendo su aplicación y su reconocimiento en nuestro sistema jurídico.

De manera general, el derecho español incorpora las instituciones islámicas y, en aquellos casos donde no existe una correspondencia exacta, como ocurre con la *kafala*, se realizan adaptaciones para integrarlas, preservando su esencia y buscando garantizar el cumplimiento de principios fundamentales, como el bienestar de los menores (Diago 2010).

El propósito de esta integración es, por un lado, respetar la ley material aplicable y la voluntad que esta refleja y, por otro, limitar la aplicación de la excepción de orden público a los casos en los que resulte estrictamente indispensable. En este contexto, el matrimonio islámico es reconocido en gran medida en España, con la excepción de aquellos elementos que resultan incompatibles con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, tal como se entiende y aplica dentro del sistema jurídico español. Hay dos figuras que, actualmente, resultan incompatibles con el principio de igualdad, o al menos con la interpretación que nuestros tribunales hacen del mismo en el momento presente: la poligamia y el repudio.

En este trabajo nos centraremos exclusivamente en el análisis de la poligamia, ya que entendemos que esta delimitación permite profundizar en los conceptos generales de la teoría comunicacional tratados previamente, y que también sirve como un ejemplo ilustrativo para comprender el marco legal y social

en el que se inscribe el matrimonio islámico, así como las posibles dificultades que plantea su reconocimiento y aplicación en el sistema jurídico español.

2.1.2. El rechazo absoluto de los efectos nucleares del matrimonio poligámico en España en virtud de la excepción de orden público internacional

En la mayoría de los países islámicos se contempla el matrimonio poligámico, que permite al varón contraer matrimonio con varias mujeres de manera simultánea, generalmente con un límite máximo de cuatro esposas. Esta posibilidad no es recíproca, ya que las mujeres no pueden estar casadas con más de un varón al mismo tiempo. Conviene aclarar que la poligamia no es una obligación religiosa ni una práctica explícitamente promovida en el Corán (Adam 2023, 338), aunque sí está regulada dentro de ciertos parámetros específicos. A pesar de su asociación frecuente con el matrimonio musulmán en el imaginario colectivo, la poligamia no constituye una práctica común en la mayoría de las comunidades musulmanas, siendo adoptada únicamente por una minoría.

En los países donde la poligamia tiene mayor presencia, como Arabia Saudí o Sudán, los datos reflejan que hay ciento veinte y ciento sesenta y ocho varones polígamos, respectivamente, por cada mil hombres casados. En el Magreb, la práctica ha disminuido considerablemente debido a restricciones legales y cambios sociales. Por ejemplo, en Marruecos se registran sesenta y seis varones polígamos por cada mil casados, mientras que en Argelia esta cifra se reduce a dieciocho (Adam 2023, 339). Túnez prohibió la poligamia en 1956, basándose en el sura 4, aleya 129 del Corán: «no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis». Esta aleya, junto con la condición coránica de trato equitativo entre esposas, llevó a las autoridades tunecinas a interpretar que la *sharía*, en esencia, prohíbe la poligamia, y en virtud de ello se establece su ilegalidad en el sistema jurídico tunecino.

En España, por su parte, el matrimonio está reconocido como un derecho en el artículo 32 CE, que establece su regulación basada en el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Este principio, junto con la monogamia, constituye un eje rector del concepto de matrimonio en el sistema jurídico español. En este marco jurídico, se asume que la monogamia es esencial para garantizar la igualdad entre los cónyuges. Esta concepción, que vincula igualdad y monogamia, es compartida por los sistemas jurídicos occidentales en general y por los sistemas europeos en particular (Gaudemet 1991, 99).

La jurisprudencia española es clara y unánime al considerar que el matrimonio poligámico es contrario al orden público, ya que lo entiende incompatible con los valores fundamentales que rigen el sistema jurídico español. Entre estos valores destacan la concepción del matrimonio como una institución basada en la monogamia y la igualdad entre hombres y mujeres. Y, por su incompatibilidad con ellos, el matrimonio poligámico es visto como una práctica que atenta contra la percepción occidental del matrimonio (Carras-cosa 2022). Este criterio ha sido mantenido de manera consistente por los tribunales, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento formal del matrimonio poligámico en España.

Una evidencia de la incompatibilidad del matrimonio poligámico con los valores del sistema jurídico español es la tipificación de la bigamia como delito en el Código Penal. Así, y en lógica jurídica con esto, los matrimonios poligámicos no son susceptibles de inscripción en el Registro Civil, como reiteradamente han señalado las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). Asimismo, el orden público internacional actúa como barrera para impedir el reconocimiento en España de actas registrales extranjeras que acrediten la celebración de matrimonios poligámicos.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas ocasiones que la poligamia no solo es contraria a la legislación española, sino que además «supone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquéllas a éstos» (STS de 19 de junio de 2008, RJ/2008/6478)¹⁰.

Sin embargo, aunque los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero no son reconocidos como válidos en nuestro sistema jurídico, la doctrina del orden público atenuado permite que se otorguen ciertos efectos indirectos a estos matrimonios. Este reconocimiento parcial tiene como objetivo evitar el desamparo de las segundas y sucesivas esposas en lo relativo a derechos básicos, preservando, dentro de lo posible, su protección jurídica sin comprometer los principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

Pero en lo que a los efectos nucleares respecta, el rechazo a la poligamia en España es tan contundente que su práctica, incluso cuando es completamente legal en el país de origen del individuo, puede considerarse como una falta de integración en los valores fundamentales de la sociedad española, lo que ha llevado, en casos concretos, a la denegación de la nacionalidad española a individuos que mantienen una condición de polígamos.

¹⁰ Asimismo, STS de 26 de febrero de 2010 (RJ/2010/1571); STS núm. 1982/2017 de 14 de diciembre (JUR/2017/313735).

Un ejemplo ilustrativo es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2017, en la que se denegó la nacionalidad española a un ciudadano de la República de Guinea. Aunque el solicitante cumplía con los requisitos legales, como la residencia continuada en España durante más de diez años, se acreditó que practicaba la poligamia de forma efectiva (Castellanos 2018). El tribunal consideró que esta circunstancia demostraba la falta de «suficiente grado de integración en la sociedad española» (SAN [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de 11 de septiembre de 2017). En términos comunicacionales, la Audiencia entendió que los valores del solicitante no correspondían con los principios fundamentales que configuran los parámetros de justicia ambital en España, lo que justificó la denegación de su solicitud.

En resumen, no se reconocen bajo ningún concepto los denominados *efectos nucleares* del matrimonio poligámico, al punto incluso de que se deniega la nacionalidad de aquel sujeto que, pese a cumplir con los requisitos legales, se acredita que es polígamo. No obstante, sí se reconocen en ocasiones algunos de sus efectos indirectos, también denominados *periféricos* por la DGRN. Así, en resolución de la DGRN de 2009 esta afirma:

tampoco los matrimonios poligámicos son inscribibles en España por ser contrarios a nuestro orden público internacional y, sin embargo, tanto la doctrina oficial de esta Dirección General de los Registros y del Notariado como la jurisprudencia admiten que tales matrimonios pueden producir *ciertos efectos legales* en España, los llamados *efectos legales periféricos* que el matrimonio poligámico surte en otros órdenes jurídicos distintos del propio del estado civil, por razones de seguridad jurídica internacional. Así, como ha destacado la mejor doctrina científica, un matrimonio poligámico puede ser considerado en España como institución jurídica válida a ciertos efectos, por ejemplo, a efectos sucesorios, de solicitud de alimentos por parte de la segunda esposa, o a los efectos de la determinación de la pensión de viudedad de la segunda esposa [...], entre otros efectos.

Esta manera de razonar se inspira de la teoría francesa de los *efectos atenuados* (Gannagé 2006) y de la doctrina alemana de la *Insländbeziehung* (Embeita 2022, 160). Estas doctrinas consisten en aplicar la excepción de orden público de manera flexibilizada, aceptando que puedan admitirse algunos aspectos periféricos de la situación litigiosa cuya base debe rechazarse por ser contraria al orden público. Si los aspectos nucleares son aquellos que derivan de la propia constitución del matrimonio y que el sistema español, de manera

frontal y rotunda, rechaza; los periféricos son aquellos efectos que se conforman de las consecuencias jurídicas que:

derivándose del matrimonio, no afectan a su propia esencia o existencia: reagrupación familiar, derecho de alimentos, pensión de viudedad, régimen económico matrimonial, filiación, derechos sucesorios, etc. Pese al no reconocimiento de los efectos nucleares del matrimonio, el juego de la doctrina del orden público atenuado permite conceder ciertos efectos en este segundo ámbito, en aras a la protección de las partes más débiles de este vínculo matrimonial: la esposa y los hijos (Embeita 2022, 206).

La doctrina del orden público atenuado va a permitir una cierta modulación a la cláusula de orden público tal como se contiene en el artículo 12.3 del Código Civil, que muestra un carácter estricto. Los efectos periféricos se regirán, con cierta autonomía, por su propia ley aplicable en virtud del juego de las normas de conflicto. La jurisprudencia demuestra que la negativa a reconocer un determinado matrimonio poligámico no es incompatible con dar cabida al reconocimiento de ciertos efectos periféricos del mismo en aras de alcanzar una resolución justa para el asunto en concreto. El rechazo a la poligamia no debe implicar ignorarla, puesto que de hecho a ella se enfrentan nuestros tribunales de manera recurrente, sino que puede consistir en darle el menor efecto jurídico posible.

Además, a nuestro modo de ver, no puede sostenerse que admitir en España un efecto jurídico meramente colateral derivado de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos produzca un daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española.

2.1.3. El reconocimiento de los efectos periféricos del matrimonio poligámico válidamente constituido

La sentencia del TS (sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) objeto de numerosos comentarios doctrinales, ha venido a unificar criterios respecto a los efectos periféricos que en materia de pensión de viudedad el Estado español reconoce respecto de los matrimonios poligámicos. Esta sentencia, que supone un logro para las viudas de la poligamia del antiguo Sáhara español,

gira alrededor de si se debe admitir como beneficiaria de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas español a las esposas que, de conformidad con su ley personal, que en el caso concreto es la ley marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión a cargo del erario español (Valverde y Carrascosa 2018).

En esta decisión, el TS reconoce, por primera vez, el derecho de una segunda esposa a recibir la pensión de viudedad correspondiente al cónyuge polígamo, estableciendo que dicha pensión debe repartirse en partes iguales entre ambas esposas. Este fallo representa un hito jurídico, ya que implica el reconocimiento de ciertos efectos económicos derivados de un matrimonio poligámico celebrado conforme a las leyes de otro país, incluso cuando la poligamia es incompatible con el orden público español. La sentencia, sin cuestionar la prohibición de la poligamia en España, aborda de manera pragmática las consecuencias materiales de la situación, priorizando la protección de las personas afectadas frente a posibles desamparos económicos.

El alto tribunal considera que el hecho de admitir un efecto (la pensión de viudedad), que es meramente periférico, de un matrimonio poligámico válidamente constituido en Marruecos, no ocasiona un daño significativo a la cohesión de la sociedad española ni a su estructura básica. Pero yendo incluso más allá, el alto tribunal señala que solamente con el reconocimiento de tal efecto periférico es posible llegar a un resultado justo. Así, sería injusto para las partes, según lo entiende el TS, que un matrimonio válidamente constituido en base a su ley personal dejara de existir y se evaporase como por arte de magia al cruzar la frontera española. Tal como defiende parte de la doctrina, uno de los objetivos del derecho internacional privado es facilitar que los derechos tengan continuidad geográfica (Garcimartín 2021, 57). Es justamente para garantizar tal objetivo que se ha ido desarrollando la teoría del orden público atenuado, pues a través de él se puede llegar a soluciones ecuanímes y equitativas a las que no es posible llegar mediante una aplicación estricta y severa de la excepción de orden público. Tal como lo entiende Valverde, el TS viene a establecer que «el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo, por lo que debe acogerse un efecto atenuado del mismo siempre que sea posible, exista o no exista un precepto legal que así lo indique de modo expreso» (Valverde y Carrascosa 2018, 729).

Esta decisión viene a poner remedio a algunos problemas que la excepción del orden público internacional estaba planteando, puesto que su aplicación

estricta terminaba por ir en contra de los valores y principios que la cláusula está pensada para proteger, que en el caso de la poligamia son el principio de igualdad y la dignidad de las mujeres. En virtud de la excepción de orden público algunos tribunales en España estaban dejando en situación de desprotección a la segunda esposa, que se veía claramente discriminada respecto a la primera esposa a pesar de que su matrimonio fuera igualmente válido según su ley personal. Esta sentencia sienta jurisprudencia para que las esposas del cónyuge polígamo sean objeto de protección del sistema jurídico español en la misma medida.

2.2. La conveniencia de los pactos y acuerdos matrimoniales: ¿hacia un derecho civil con un lugar preponderante de la autonomía de la voluntad?

Según lo expuesto hasta ahora, el derecho islámico, y en particular el matrimonio islámico, se fundamenta en el principio de equidad dentro de una estructura social organizada en torno a la familia patriarcal como institución central. Esta concepción plantea diferencias significativas, y en ocasiones incompatibles, con los principios fundamentales que rigen el sistema jurídico español, como la igualdad entre hombres y mujeres o la reciprocidad dentro de la relación matrimonial.

En un contexto hipotético en el que no hubiera interacciones ni flujos migratorios, estas discrepancias tendrían un interés esencialmente teórico, limitándose a enriquecer el estudio del derecho comparado, pero la realidad actual, marcada por la creciente globalización, los flujos migratorios y las relaciones interpersonales entre individuos sometidos a distintos sistemas jurídicos, convierte estas diferencias en cuestiones prácticas de relevancia. Tal como se ha analizado líneas más arriba, las relaciones privadas internacionales generan conflictos en el ámbito del derecho de familia, planteando retos jurídicos significativos, especialmente en lo que respecta al reconocimiento, aplicación y adaptación de instituciones propias de sistemas jurídicos ajenos, como es el caso del derecho islámico.

En lo que respecta al matrimonio, los tribunales españoles se enfrentan habitualmente a casos en los que, además del sistema jurídico español, intervienen sistemas jurídicos de otros Estados, incluidos aquellos basados en la *sharía*. Esto ocurre, como hemos visto en el caso de la poligamia, tanto en cuestiones de reconocimiento y de ejecución de decisiones extranjeras como

en el marco de las normas de conflicto, que a menudo designan una *lex causae* distinta de la española. Los casos de matrimonios mixtos entre cónyuges de diferentes nacionalidades o de cónyuges que, aunque compartan la nacionalidad de un país extranjero, residan en España, llevan a nuestros tribunales a aplicar el sistema jurídico de otro país para resolver situaciones concretas.

Cuando la *lex causae* se basa en la *sharía*, el derecho islámico se incorpora al sistema jurídico español, pero con determinadas adaptaciones. La ley islámica no se aplica de manera directa, sino que debe pasar por el filtro de la Constitución española, de los principios generales del derecho español, de la excepción de orden público internacional delimitada por los tribunales españoles y, en última instancia, de los parámetros de justicia ambital del sistema jurídico español. De este modo, la aplicación del derecho de los países islámicos (y, de manera indirecta, de la *sharía*) se hace de conformidad con el sistema jurídico español.

Además, dada la creciente movilidad de las personas, este fenómeno, que hace algunos años era casi anecdótico, ha adquirido una relevancia significativa en términos cuantitativos, lo cual subraya la necesidad de la implicación de todas las partes involucradas para favorecer soluciones que garanticen la justicia material en cada caso concreto.

Hasta ahora hemos visto que la solución clásica del derecho internacional privado, ante las situaciones en que hay incompatibilidad entre los valores de la ley del foro y los valores de la *lex causae*, es el recurso de la excepción de orden público internacional, tipificada en el artículo 12.3 del Código Civil. También hemos mencionado que, en el caso del matrimonio islámico, la cuestión se presenta básicamente respecto a las situaciones de poligamia y de repudio. Dado que el sistema jurídico español prevé que debe respetarse la identidad cultural y que, en la medida de lo posible, se debe aplicar el sistema jurídico que venga determinado por la norma de conflicto, se ha ido desarrollando la excepción de orden público de un modo atenuado, aplicándola, «no cuando la norma extranjera en abstracto es contraria a los valores del foro, sino cuando la aplicación del derecho extranjero al caso concreto, da lugar a una efectiva vulneración de uno o varios derechos fundamentales» (Diago 2001).

Estamos, hay que remarcarlo, hablando de las soluciones que se proponen en sede judicial, pero como cualquier jurista debería tomar en cuenta, en sede judicial se dirime solo una pequeña parte del derecho. La mayor parte de personas, aunque llevamos a cabo diariamente acciones que se insertan en el ámbito jurídico, no hemos sido nunca parte de un proceso judicial o lo hemos

sido de manera puntual y excepcional. El derecho debe ofrecer soluciones, respecto de las cuestiones de derecho dispositivo, que puedan llevarse a cabo más allá de los juzgados. Nos referimos, como no puede ser de otro modo, exclusivamente a aquellas situaciones jurídicas en que la autonomía de las partes tiene la clave para poder encontrar una solución justa (o, por lo menos, lo más justa posible) para el caso.

En el sistema jurídico español, se ha observado en los últimos años una progresiva expansión de la autonomía de la voluntad. En el ámbito del derecho de familia, aunque no existe una regulación detallada sobre la posibilidad de que los matrimonios acuerden aspectos derivados tanto de su unión como de su ruptura, este tipo de pactos cuenta con el respaldo de la jurisprudencia (Rozalén 2021, 1091). Tradicionalmente, el derecho de familia español había mostrado cierta resistencia a incorporar un espacio significativo para la autorregulación, pero esta tendencia está cambiando, en parte debido a la diversidad de modelos familiares que surgen en la sociedad española, incluso sin la necesidad de elementos de extranjería.

La autonomía de la voluntad adquiere especial relevancia en los aspectos patrimoniales del matrimonio, pero no se limita exclusivamente a ellos. Por ejemplo, los cónyuges pueden elegir, dentro de las opciones que el Reglamento Bruselas II ter permite en virtud de su vinculación, el sistema jurídico aplicable a los efectos del matrimonio.

Esta y otras formas de autorregulación permitidas por los sistemas jurídicos podrían extenderse a otras áreas (Diago 2000), permitiendo a los cónyuges definir un marco equilibrado entre sus respectivos ordenamientos nacionales para construir su vida familiar. En palabras de Diago, se trataría de «posibilitar que los esposos no sólo pactasen cuestiones relativas a sus relaciones patrimoniales, sino también sobre las personales y ello a la luz de la ley que designarán como aplicable» (2001, 10).

La adopción de este tipo de pactos puede ofrecer numerosas ventajas, entre las cuales destacan la prevención de posibles litigios y la provisión de orientación para el juez en caso de que el asunto requiera resolución judicial. Con todo, hay que tener en cuenta que estas cláusulas en el ámbito del derecho internacional privado también conllevan ciertos riesgos, como la posibilidad de generar soluciones claudicantes, es decir, situaciones que son válidas en un Estado, pero no en otro que tenga vínculos relevantes con el caso.

Por ello, resulta fundamental que dichos pactos tengan en cuenta la pluralidad de sistemas jurídicos involucrados, de manera que puedan ser efectivos y aplicables en todas las jurisdicciones implicadas. Esto ayudaría a reducir los

conflictos legales y a garantizar la implementación práctica de las soluciones acordadas.

En relación con las particularidades del derecho islámico, hay tres aspectos del matrimonio islámico que pueden ser objeto de pactos entre las partes sin que ello presente problemas de reconocimiento tanto en España como en el país islámico de origen: el régimen económico matrimonial, el repudio y la poligamia. Aunque otras cuestiones, como la custodia de los hijos menores o su educación religiosa, también pueden ser objeto de pactos, estos temas suelen generar litigios y divergencias. En estos casos, tales pactos no serían aceptados en un ordenamiento jurídico basado en la *sharía*, lo que derivaría en soluciones claudicantes. Por el contrario, en materia de poligamia, de repudio y de régimen económico, el derecho islámico permite que las partes acuerden libremente, ya que ninguno de estos aspectos es una condición necesaria o imperativa para la validez del matrimonio islámico.

Este tipo de pactos revisten especial importancia respecto a las dos características del matrimonio islámico que más chocan con el sistema jurídico español: la poligamia y el repudio, que son cuestiones susceptibles de activar la excepción de orden público. Así, si mediante cláusulas contractuales el cónyuge varón renuncia tanto al derecho de repudiar a su esposa como a la posibilidad de contraer matrimonio con otras mujeres, el matrimonio islámico resultante podría ajustarse perfectamente al derecho español y, a la vez, ser conforme a la *sharía*. Estos pactos, además, son comúnmente aceptados en los países islámicos, ya que, al considerar el matrimonio como un contrato, los sistemas jurídicos basados en la *sharía* tienen una tradición más arraigada en el uso de la autonomía de la voluntad y, por tanto, es habitual llevar a cabo acuerdos matrimoniales adaptados a la manera específica en que las partes quieren configurar su vida matrimonial.

Existen diversas cuestiones que, a primera vista, podrían parecer adecuadas para ser reguladas mediante acuerdos matrimoniales entre las partes. Esto es especialmente relevante en los matrimonios mixtos, donde uno de los cónyuges no profesa la religión musulmana. Entre estas cuestiones se incluyen pactos relacionados con la educación religiosa de los hijos, el cumplimiento de normas sobre vestimenta o el respeto al ayuno durante el Ramadán, así como aspectos como la tutela de los hijos en caso de ruptura matrimonial.

Sin embargo, estos temas pueden generar importantes conflictos y dar lugar a cláusulas claudicantes. Por ejemplo, según la ley islámica, una madre no musulmana pierde la custodia de sus hijos a partir de los cinco años, lo que puede ocasionar discrepancias insalvables entre los sistemas jurídicos impli-

cados. Estas diferencias evidencian la complejidad de armonizar principios de ordenamientos jurídicos distintos en este tipo de contextos familiares.

Otro tema delicado es el de la sucesión, que, aunque no está directamente vinculado al matrimonio, plantea desafíos importantes en matrimonios mixtos. Según la letra de la *sharía*, no es posible la sucesión entre musulmanes y no musulmanes, lo que puede tener consecuencias graves para los cónyuges y descendientes cuando uno de ellos profesa una religión distinta. Pactar la exclusión de descendientes por motivos religiosos sería contrario al orden público internacional español, mientras que acordar lo contrario sería nulo de pleno derecho según el derecho islámico. Estas tensiones demuestran las limitaciones de la autonomía de la voluntad en este tipo de relaciones, ya que no siempre es posible encontrar soluciones plenamente válidas y reconocidas en ambos sistemas jurídicos.

De lo expuesto, se desprende que las consecuencias jurídicas de tales pactos pueden ser limitadas, pero, aun así, Diago insiste en su conveniencia. La autora considera que,

pese a la falta de repercusión legal de tales acuerdos, que podría plantearse también en nuestro sistema, el que los cónyuges reflexionen sobre estos temas e incluso tomen la iniciativa de comprometerse en un proyecto común, debe ser valorado muy positivamente y debería animarse a las parejas mixtas a adoptar no sólo acuerdos sobre el régimen económico matrimonial, el repudio y el divorcio, sino también sobre cuestiones sobre las cuales la falta de acuerdo puede enturbiar su convivencia futura. Por otro lado, el hecho mismo de la conclusión de tales cláusulas y su propio contenido, siempre puede ser considerado como dato sociológico susceptible de orientar la decisión de la jueza o del juez (2000, 12-13).

Al observar los sistemas jurídicos occidentales, se constata que aquellos que provienen de la tradición del *ius civile* tienen mayores dificultades para adaptarse a este tipo de soluciones flexibles y abiertas a la autonomía de la voluntad, en comparación con los sistemas de *common law*. Estos últimos tradicionalmente priorizan que la labor de los tribunales sea ofrecer soluciones justas, tomando en cuenta las particularidades de cada caso concreto. En cambio, países como España, insertos en la tradición del *ius civile*, han demostrado hasta ahora menos habilidad para gestionar conflictos que incorporan elementos de multiculturalidad (Combalía 2006).

El mecanismo consistente en que las partes establezcan pactos que sean conformes tanto al derecho islámico como al español permite, además, que quienes deseen someter sus relaciones familiares al derecho islámico puedan hacerlo sin contravenir los principios ni los parámetros de justicia del sistema jurídico español. Esto ofrece una vía para armonizar ambos sistemas legales y promover soluciones que respeten la autonomía de las partes y la convivencia multicultural en contextos familiares.