

extraordinariamente útil y eficaz. Desde luego, no cabe la menor duda que –tal y como afirmaba la profesora Vega en la *presentación*–, está llamado a contribuir al conocimiento de la protección constitucional en todos los países miembros de Naciones Unidas de las libertades de pensamiento, de conciencia y religión, y de los demás derechos y libertades fundamentales que con ellas se relacionan (*cf.* pp. XVII-XIX). Ahora lo que se espera de las autoras es que no den por concluido su trabajo, sino que mantengan convenientemente actualizado el repertorio; y me permito sugerirles que vayan estudiando la conveniencia de que la próxima edición esté accesible en la red.

JAVIER FERRER ORTIZ

F) MATRIMONIO Y FAMILIA

ACUÑA, Sara; DOMÍNGUEZ, Rocío; LORENZO, Paloma, y MOTILLA, Agustín, *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, 188 pp.

En el marco de un Proyecto de investigación sobre el estatuto personal de los musulmanes y su eficacia en el Derecho español, se publica esta obra, fruto del trabajo de investigación de profesores de las Universidades de Cádiz, Carlos III de Madrid, Complutense y de Córdoba, que tiene por objeto estudiar el Derecho islámico en el ámbito específico de una de las materias de mayor trascendencia religiosa en su Derecho de familia, cual es el matrimonio, y los efectos del mismo en el Derecho español.

La obra está estructurada en cinco capítulos: el capítulo primero, a cargo del Profesor Motilla de la Calle, bajo el epígrafe *El Derecho islámico y su adaptación al Derecho español. Planteamientos generales*, parte de que, siendo uno de los postulados de las democracias liberales plenamente vigente en la sociedad europea, el de la consideración de la diversidad como valor que enriquece la libertad individual y la convivencia social, el ordenamiento español, vertebrado en los principios del pluralismo, el respeto a las diversas culturas existentes en la sociedad y la defensa de los derechos de las minorías religiosas, propiciará cauces que compatibilicen la doble condición de creyentes y ciudadanos de los miembros de esas minorías, teniendo en cuenta que en el marco de la Sharia, o Ley islámica, sobre el estatuto personal de los creyentes, las cuestiones de Derecho de familia constituyen un núcleo esencial, de tal forma que esa regulación sacralizada forma parte del ordenamiento jurídico-positivo de los Estados musulmanes, a cuya obediencia está obligado el creyente musulmán, como precepto religioso. Esas disposiciones jurídicas en materia de matrimonio, filiación, custodia o Derecho

hereditario, a las que los musulmanes deben obediencia por motivos religiosos, entran en conflicto, sin embargo, en numerosas ocasiones, con las disposiciones normativas nacionales. A este respecto, el trabajo que comentamos se aborda bajo la convicción de que el conocimiento de las posibles vías de adecuación de las prescripciones religiosas en nuestro Derecho, dentro del contexto social en que vivimos, se configura como un indudable elemento de integración social de las minorías musulmanas en España.

El capítulo segundo, elaborado por las profesoras Sara Acuña y Rocío Domínguez, desarrolla *El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho islámico*. Después de exponer someramente, como cuestiones previas, los aspectos más relevantes del Derecho islámico, cuyo conocimiento resulta necesario para entender el Derecho de familia y su forma de vincular a los creyentes musulmanes, se centra el estudio, en primer lugar, en el matrimonio islámico, su naturaleza, sus propiedades, concretamente la poligamia (en su faceta de poliginia) y la perpetuidad del vínculo, sus fines (la procreación legítima, el remedio de la concupiscencia, la gratificación emocional, garantía de estabilidad social, la consecución de alianzas intrafamiliares, etc), los elementos formales (como la dote o *sadac*, que necesariamente debe pactarse en el matrimonio islámico, y la asistencia de testigos en la celebración del mismo para garantizar la existencia del vínculo matrimonial), y publicidad del contrato. En segundo lugar, la constitución de la sociedad conyugal exige la concurrencia de dos actos sucesivos, estrechamente vinculados entre sí con una relación de causa-efecto. Se desarrollan en este punto los requisitos de capacidad de los contrayentes y los impedimentos matrimoniales que contempla el Derecho islámico. Por último, se analizan las causas de nulidad y de disolución del matrimonio islámico, diferenciando el matrimonio nulo, o *batil*, sus causas y efectos, del matrimonio imperfecto, o *fasid*, y del matrimonio irregular, contraído contra una prohibición legal.

En el capítulo tercero la profesora Paloma Lorenzo expone, de forma clara, sintética y bien estructurada, el *Régimen matrimonial en los Códigos sobre el estatuto personal de los países del Magreb*, concretamente en Marruecos, Argelia y Túnez. El Código marroquí del estatuto personal (*Mudawana*), publicado en 1958 y modificado en septiembre de 1993, ha conservado las reglas fundamentales del Derecho musulmán tal como ha sido interpretado por la escuela Malekita, reproduciendo el esquema tradicional que conserva la desigual condición de los esposos en aspectos concretos como la elección del cónyuge, la estructura de la relación conyugal y la precariedad del vínculo matrimonial. El modelo matrimonial adoptado por el Código de familia de Argelia, de 9 de junio de 1984, ha sido fiel a las corrientes partidarias de una estricta aplicación del Derecho musulmán clásico, adoptando también la interpretación malekita, con la característica desigualdad de trato en función del sexo de los contrayentes. El Código del Estatuto personal de Túnez, sin embargo, constituye un intento

de conciliar la tradición con la modernidad y puede considerarse como el más avanzado de los países árabes. Promulgado el 13 de agosto de 1956, dos reformas esenciales han transformado profundamente el modelo familiar en la legislación tunecina: la abolición de la poligamia y la exigencia, para la disolución del matrimonio, de un divorcio obligatoriamente judicial.

El capítulo cuarto de la presente monografía, redactado también por las profesoras Acuña y Domínguez, analiza *El matrimonio islámico en el Acuerdo con el Estado español de 1992*: los requisitos formales exigidos por el artículo 7 del Acuerdo, la capacidad de los contrayentes y la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Se pone claramente de manifiesto cómo el texto acordado contempla, como requisitos necesarios para la validez civil del matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la ley islámica, dos exigencias que son en realidad extrañas al orden matrimonial impuesto por la *Sharia*: por una parte, la necesidad de que el consentimiento matrimonial de los contrayentes se preste ante el Imán, o dirigente religioso, supone atribuir al mismo una facultad y unas competencias de las que carece en su propio orden confesional; por otra, frente a la exigencia de que el consentimiento matrimonial se preste ante dos testigos mayores de edad, la *Sharia* sólo exige que los testigos sean púberes, musulmanes y varones. Además, el Acuerdo con la Comisión Islámica de España no ha contemplado la posibilidad de que el matrimonio se celebre con intervención del *wali*, ya que al requerirse su intervención, como presupuesto para ejercitar el *ius connubii*, solamente en representación de la mujer, su exigencia conlleva el reconocimiento de la desigual posición de los cónyuges en el matrimonio islámico. Asimismo, el Acuerdo de cooperación omite toda referencia a la exigencia de la dote, necesaria para la constitución válida del matrimonio en el Derecho islámico. De todo ello se concluye que el Acuerdo, en realidad, no viene a reconocer la validez del matrimonio islámico, sino a configurarlo como una variante de la forma civil, que es en definitiva lo que se reconoce en el mismo.

El quinto y último capítulo, que como el primero ha sido redactado por Agustín Motilla, se ocupa de la *Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la Ley islámica*. Parece obvio que entre los distintos grupos culturales y étnicos que llegan a Europa en busca de trabajo, es el colectivo de personas de religión musulmana el que plantea mayores problemas al Derecho de los Estados de la Unión Europea, no sólo por ser el más numeroso, sino sobre todo por la fuerte identidad de los valores que profesan, que chocan a menudo, frontalmente, con la cultura occidental. Pues bien, después de haber analizado la eficacia del matrimonio islámico entre españoles, o de extranjeros en España conforme a la forma religiosa islámica, cumpliendo los requisitos establecidos por el Acuerdo de 1992, el objeto de esta última parte del trabajo es el examen de las técnicas de conexión del Derecho Internacional Privado respecto a los actos o negocios jurídicos que tienen su origen o causa en el matrimonio entre extranjeros en España, según la forma admitida por su Ley

personal (art. 50 CC) o de españoles que contraen matrimonio en el extranjero conforme a la *Lex loci* (art. 49 CC). En ambos casos la recepción del Derecho islámico puede verse limitada por la invocación de la cláusula del orden público del foro.

Desde esta perspectiva se analizan las normas de conflicto sobre el matrimonio en el Derecho español, concretamente el artículo 9 del Código Civil, en sus tres primeros párrafos, y el artículo 107, que establece la ley aplicable en las causas de separación y divorcio, precepto que ha sido modificado recientemente, después de que la obra que recensionamos viera la luz, por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre («BOE» 30, de septiembre de 2003). Se analizan, en segundo lugar, los requisitos de capacidad que contempla el Derecho islámico y que pueden contrastar con los principios y valores inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, a fin de determinar los límites de la recepción del Derecho extranjero en función de la extensión que se otorgue al orden público del foro, concretamente la edad para contraer, la admisión del matrimonio polígamo y la prohibición del matrimonio de la mujer con varón no musulmán, estudio que se completa con abundantes citas de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En tercer lugar, y aunque los Códigos sobre el Estatuto personal de los tres países del Magreb analizados, han exigido el consentimiento de los dos contrayentes, como requisito de validez del matrimonio, y han prohibido el matrimonio impuesto por el padre, sin embargo siguen manteniendo la necesidad de que la mujer preste su consentimiento matrimonial a través de un representante, o *wali*. Tan sólo el Código tunecino permite a la mujer prestar el consentimiento por ella misma o por mandatario. En el Derecho español, como en los demás ordenamientos europeos, el consentimiento es un elemento esencial del matrimonio, necesario para su misma existencia, y un matrimonio islámico celebrado en el extranjero entre nacionales de este país, en el que la ley nacional permitiera sustituir la voluntad conyugal de uno de los contrayentes, no podría tener eficacia en España por aplicación de la cláusula del orden público, en virtud del artículo 12.3 CC.

Respecto a la forma de celebración del matrimonio y su inscripción en el Registro Civil, aunque, como ya se ha indicado, el Derecho islámico no requiere en principio la intervención del cadí o ministro de culto, la mayor parte de los Estados musulmanes han introducido reformas en la legislación sobre la forma de celebración, para exigir *ad validitatem* la presencia de la autoridad civil o de un fedatario público que garantice la validez de la unión. Así, en Marruecos se requiere la presencia de dos notarios que levanten acta del matrimonio y procedan a la inscripción del mismo en el Registro del Tribunal; en Argelia, la presencia de un notario o funcionario legalmente habilitado, y en Túnez ha de estar presente un notario u oficial de estado civil.

Por lo que respecta a la extinción del vínculo matrimonial, los dos aspectos del Derecho islámico que plantean mayores problemas de reconocimiento

y aceptación en los ordenamientos jurídicos son: el privilegio que se otorga (exclusivamente) al varón casado, de poner fin al matrimonio sin necesidad de motivar su decisión y la posibilidad de hacerlo sin refrendo de la autoridad judicial, si bien es cierto que las tres legislaciones que se analizan en la obra han introducido importantes limitaciones en la regulación del *talak*, o repudio en su formulación clásica. Parece evidente que toda norma de Derecho extranjero que sitúe a uno de los cónyuges en una posición desventajosa, o bien privilegiada respecto del otro, entraría en conflicto con el orden público, que actuaría como filtro para negar efectos a esa norma o institución. Sin embargo, la jurisprudencia europea suele adoptar una postura flexible al respecto, admitiendo sus efectos, siempre que se cumplan algunas condiciones que garanticen la defensa de los derechos y la posición de igualdad de la mujer. Por último, las disposiciones del Derecho islámico sobre los efectos de la nulidad o disolución del vínculo pueden entrar en conflicto con los principios y valores del Derecho europeo, tanto en materia de pensión alimenticia a favor de la mujer como la guarda y custodia de los hijos, aspectos que son reflejo de la desigualdad de derechos y deberes entre el marido y la mujer.

Como se ha podido apreciar, nos encontramos ante una obra que, por su objeto de estudio, resulta de gran interés e indiscutible actualidad. Ya en la nota introductoria los autores indican que «se ha preferido respetar una cierta autonomía en el sistema de citas y en los vocablos traducidos del árabe con los que se designan diferentes instituciones del derecho de familia islámico», autonomía que queda patente al lector, pese a la acertada estructuración de la obra. No obstante, quizá una mayor labor de coordinación de las distintas partes del libro habría evitado algunas deficiencias que se aprecian ya desde el índice, aunque en realidad no revisten mayor importancia; así, por ejemplo, en el capítulo segundo, el punto III, bajo el epígrafe *Constitución de la sociedad conyugal*, tiene un punto primero en el que se tratan los *Elementos personales del contrato matrimonial*, pero no aparece ningún punto segundo. Quizá podría haberse trasladado aquí (pudiera tratarse de una traslación involuntaria de ciertas páginas) el punto 3 del apartado anterior, que trata de los *Elementos formales*. De igual forma, en el apartado IV de este capítulo segundo, el punto 5 contiene un subapartado 5.1 sobre los *Tipos de repudio* pero no existe el punto 5.2, y en el capítulo cuarto, el apartado 5 que, en la página 138 trata de *La inscripción del matrimonio*, parece que en realidad está haciendo referencia al apartado IV.

Salvando estas pequeñas deficiencias, perfectamente comprensibles en una obra conjunta, nuestro juicio global sobre la misma no puede ser más que favorable. Nos parece un gran acierto tanto el tema elegido en la investigación como el tratamiento que al mismo se ha dado.