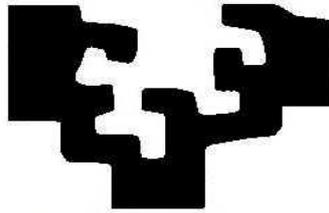


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

**EL REPUDIO Y LA POLIGAMIA BAJO EL PRISMA DEL ORDEN
PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:
ESPECIAL REFERENCIA A LA REALIDAD MARROQUÍ**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR:
NAGORE EMBEITA IZAGUIRRE**

**DIRIGIDA POR:
DR. JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO**

INTRODUCCIÓN.....	8
1.-JUSTIFICACION Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	37
2.-METODOLOGÍA	50
3.-ESTRUCTURA	54
4.- OBJETO DE LA INVESTIGACION	61
 CAPITULO I	
1.- APROXIMACIÓN AL MATRIMONIO ISLÁMICO: ASPECTOS CONFLICTIVOS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REALIDAD MARROQUÍ	56
1.1.-SOCIEDADES MULTICURALES Y CONFLICTOS DE CIVILIZACIONES	64
1.2.-MODELOS DE FAMILIA ISLÁMICA EN EUROPA	66
1.3.-REALIDAD DE LA CONVIVENCIA DE LA SOCIEDAD MUSULMANA EN ESPAÑA. APLICACIÓN DE NORMATIVA EUROPEA.....	69

1.4. LA INTEGRACIÓN DE LA SOCIEDAD MULTICULTURAL. FLEXIBILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.....	79
1.5. BREVE REFERENCIA A LA NOCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO MARROQUÍ.....	83
1.6.- LA REFORMA DE LA MUDAWWANA: ¿VIAJE HACIA UN NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA?	87
1.7.- LA VISIÓN DE LA FAMILIA EN EL CORÁN.....	93
1.8.- EL CÓDIGO MARROQUÍ DE FAMILIA	97
1.9.- REALIDAD DE LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN LA PRÁCTICA JUDICIAL MARROQUÍ.....	113

CAPITULO II

EL REPUDIO

1.- EL REPUDIO. DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES.....	
2.- ACTO DE REPUDIO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EXTRANJERO. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL AL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	

3.- EL REPUDIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	138
4. LA JURIDIFICACIÓN DEL REPUDIO UNILATERAL A TRAVÉS DEL EXEQUÁTUR.....	142
5. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO MODULADOR EN LA INTERVENCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ANTE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS.	144
6. CONFIGURACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA COHESIÓN SOCIAL.....	150
7. EL LLAMADO ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES U ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL.....	153
8. LA FLEXIBILIZACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL	155
9. LA ESPECIALIZACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO.....	
10 “EUROPEIZACIÓN” U “OCCIDENTALIZACIÓN” DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. EL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO.	
11 EL ORDEN PÚBLICO ATENUADO COMO MECANISMO ANTE INSTITUCIONES EXTRANJERAS EN EL DERECHO DE FAMILIA.	161
12. EL ORDEN PÚBLICO Y LA DOCTRINA JURÍDICA.	167

13. HACIA EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL170

**14. ORDEN PÚBLICO EUROPEO. ANÁLISIS DE LOS REGLAMENTOS
COMUNITARIOS EN MATERIA DE FAMILIA.174**

CAPITULO III

LA POLIGAMIA..... 190

**1. APROXIMACIÓN A LA VISIÓN DE LA POLIGAMIA EN EL PARLAMENTO
EUROPEO193**

2. LA POLIGAMIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....196

3. LA POLIGAMIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....

**4. LA EVENTUAL LEGALIZACIÓN DE LA POLIGAMIA EN ESPAÑA.
REALIDAD O MITO.....203**

**5. EL ORDEN PÚBLICO ATENUADO: EFECTOS NUCLEARES Y DE LA
POLIGAMIA206**

**6. RESPUESTA JUDICIAL ESPAÑOLA A LA INSTITUCIÓN DE LA
POLIGAMIA209**

**7. LA SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO
COMO ARMONIZADORA DE LOS EFECTOS ATENUADOS DEL
MATRIMONIO POLIGÁMICO.....213**

8.-ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE MADRID DE 4 DE FEBRERO DE 2019 RESPECTO A LA DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD POR INSUFICIENTE GRADO DE INTEGRACIÓN EN LA SOCIEDAD POR MOTIVO DE LA POLIGAMIA.....	230
--	------------

CAPITULO IV

TRIBUNALES ARBITRALES DE LA SHARIA	238
---	------------

1. SISTEMA MUSULMAN EN MATERIA DE MATRIMONIO EN EL SAHARA. LEY DE 19 DE ABRIL DE 1961 SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROVINCIA DEL SAHARA.....	240
---	------------

2. LA LLAMADA “INTERLEGALIDAD PROCESAL” COMO SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS LEYES PERSONALES DE CARÁCTER CONFESIONAL.....	244
--	------------

3.BREVE REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LA SHARIA ISLÁMICA EN EUROPA: ANÁLISIS DEL ASUNTO MOLLA SALI, TEDH DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018 Y ASUNTO SOHA SAHYOUNI CONTRA RAJA MAMISCH, TJUE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017.....	245
---	------------

3.1. ASUNTO MOLLA SALI, TEDH DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018	245
3.2.-ASUNTO SOHA SAHYOUNI CONTRA RAJA MAMISCH, TJUE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017.....	250

CONCLUSIONES.....	258
FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN.....	268
BIBLIOGRAFÍA	273
JURISPRUDENCIA	310

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEDIPriv	Anuario español de Derecho Internacional privado
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOBN	Boletín Oficial de Bizkaia.
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BORM	Boletín Oficial del Reino de Marruecos
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos de 1989
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CFM	Código de Familia Marroquí
CHM	Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, el 30 de mayo de 1997.
CLH	Convenio de la Haya
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DIF	Derecho Integral de la Familia
DINT	Derecho Internacional
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Dr. Fam	<i>Droit de la famille</i>
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
JDI	<i>Journal de droit international</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de la Extranjería
LOPJ	Ley Orgánica del Poder judicial
ONU	Organización de Naciones Unidas
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
SGRJ	Servicio General de Reglamentación Jurídica
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
VD	Violencia Doméstica
VF	Violencia Familiar
WAVE	<i>Women Against Violence Europe</i>

INTRODUCCIÓN

*Hegoak ebaki banizkio nerea izango zen,
ez zuen aldegingo, bainan, honela
ez zen gehiago txoria izango*

Mikel Laboa

INTRODUCCIÓN

RESUMEN

El planteamiento del objeto de esta investigación es la aproximación al matrimonio islámico, analizando los aspectos conflictivos dentro de las relaciones de familia conectando seguidamente con el estudio del orden público en su ámbito tanto nacional como internacional como excepción al reconocimiento de resoluciones extranjeras y a la aplicación de legislación extranjera, centrándose el estudio en el repudio y la poligamia en países islámicos, más concretamente en Marruecos por ser el ejemplo más occidentalizado de los mencionados países, tal y como desarrollaremos a lo largo de esta investigación y por la incidencia del papel de la mujer en la modernización social y cultural del país.

Nos encontramos ante una sociedad multicultural en la que uno de los mayores desafíos, incluidos el de nuestro Derecho, es el que deriva de la rápida evolución desde una cierta uniformidad cultural-religiosa hacia un paisaje de diversidad en el que el islam ha hecho notar su presencia. La posibilidad de la convivencia entre ambas culturas se asienta sobre dos pilares: la aceptación de un mínimo común definido en materia de derechos humanos y junto a él, el respeto y la integración de la diversidad.

Y ante este escenario, cabe recordar que *per se* el Derecho internacional se formó sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea y ante dicha premisa, la multiculturalidad, en cierta forma erosiona el carácter eurocéntrico del ordenamiento y ante dicha relativización sólo cabe buscar soluciones para integrar de una forma ordenada y pacífica la sociedad multicultural.

ABSTRACT

The approach of the object of this research is the study of Islamic marriage, analyzing the conflictive aspects within family relationships, then connecting with the study of public order in its national and international scope as an exception to the recognition of foreign resolutions,

INTRODUCCIÓN

and the application of foreign legislation, focusing the study on repudiation and polygamy in Islamic countries, more specifically in Morocco because it is the most westernized example of the aforementioned countries, as we will develop it throughout this research and, due to the incidence of paper of women in the social and cultural modernization of the country.

We are facing a multicultural society in which one of the greatest challenges, including that of our Law, is the one that derives from the rapid evolution from a certain cultural-religious uniformity towards a landscape of diversity in which Islam has made its presence known. The possibility of coexistence between both cultures is based on two pillars: the acceptance of a common minimum defined in terms of human rights and, together with it, respect and integration of diversity.

In the indicated sense, it must be remembered that international law per se was formed on the basis of the interests and conceptions of the States of European culture and, in light of this premise, multiculturalism, in a certain way, erodes the Eurocentric character of the order and in the face of this Relativization can only be found solutions to integrate multicultural society in an orderly and peaceful way.

LABURPENA

Ikerketa honen xedea ezkontza islamiarrera hurbiltzea da, familia-harremanen barruko alderdi gatazkatsuak aztertuz. Jarraian, ordena publikoaren azterketarekin lotzen da, bai nazioan, bai nazioartean, atzerriko ebazpenak onartzeko eta atzerriko legeria aplikatzeko salbuespen gisa. Azterketa herrialde islamikoetako gaitzespenean eta poligamian zentratzen da, zehazkiago Marokon, herrialde horietako adibiderik mendebaldekoena delako, ikerketa honetan zehar garatuko dugun bezala, eta emakumearen paperaren eraginagatik. Gizarte multikultural baten aurrean gaude non erroka handienetariko bat, gure zuzenbidearena barne, nolabaiteko uniformetasun kultura-erlijiosotik islamak bere presentzia nabarmena duen dibertsitatezko paisaia bateranzko bilakaera azkarraren ondorio den. Bi kulturen arteko bizikidetzarako aukera bi

INTRODUCCIÓN

zutabetan oinarritzen da: giza eskubideen arloan definitutako gutxieneko komun bat onartzea eta, horrekin batera, aniztasuna errespetatzea eta integratzea. Eta egoera horren aurrean, gogora ekarri behar da nazioarteko zuzenbidea europar kulturako estatuen interes eta kontzepzioetan oinarrituta eratu zela, eta premisa horren aurrean, kultura-aniztasunak, nolabait, ordenamenduaren izaera eurozentrikoa higitzen du, eta erlatibizazio horren aurrean, kultura anitzeko gizartea modu ordenatu eta baketsuan integratzeko irtenbideak baino ezin dira bilatu.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El término "globalización" ha adquirido una fuerte carga emotiva, caracterizado como un proceso a la vez inevitable e irreversible, y que suscita, como amenazas aparentes, una mayor desigualdad dentro de cada país y entre los distintos Estados, amenaza el empleo y las condiciones de vida y obstaculiza el progreso social.

Pero también debe destacarse el reto, en positivo, que supone esa creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y de los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y a la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras internacionales. Pero la globalización abarca además aspectos culturales, políticos y ambientales. Y proyecta un factor de multiculturalidad sobre sociedades que, como la nuestra, son destinatarias de una cada vez más constante inmigración.

En realidad, los mercados promueven la eficiencia por medio de la competencia y la división del trabajo, es decir, la especialización que permite a las personas y a las economías centrarse en lo que mejor saben hacer. Gracias a la globalización, es posible beneficiarse de mercados cada vez más vastos en todo el mundo y tener mayor acceso a los flujos de capital y a la tecnología, y beneficiarse de importaciones más baratas y mercados de exportación más amplios¹.

¹ Aldecoa Luzarraga, F., "Avances de la política exterior de la Unión Europea. La Unión Europea en proceso de globalización". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 2, 2002. Pp. 199 y ss.

INTRODUCCIÓN

La globalización en sus aspectos económicos y políticos representa, como factores claves, los siguientes:

- Un proceso en el que, a través de la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo se unifican mercados, sociedades y culturas.
- Un conjunto de transformaciones sociales, económicas y políticas en los diferentes países que les acerca un modelo de carácter global.
- El predominio de unos modos de producción y de movimientos de capital a escala planetaria, impulsados por los países más avanzados.
- La ubicación en diversos países de distintas fases de la producción, con componentes originarios de países diferentes.
- La venta de productos similares internacionalmente, con estándares universalmente aceptados.

En segundo lugar, cabe apreciar la globalización como una tendencia hacia un modelo específico de mundialización, caracterizado por:

- La progresiva eliminación de fronteras financieras, a través de la progresiva integración de los mercados financieros mundiales.
- El impacto de la internacionalización cada vez más acentuada de los procesos económicos, tiene implicaciones sociales y fenómenos político-culturales importantes.
- La creación de un nuevo sistema económico de alcance mundial, influido por las nuevas tecnologías y la comunicación.

INTRODUCCIÓN

En realidad, de forma teórica, la globalización conlleva la radicalización de la modernidad. Nos enfrentamos a un cierto tipo de modernidad para siempre, y en todas partes, tal como lo plantea la posición liberal progresista o la tercera vía, con teóricos como Giddens, Touraine, Castells, Habermas (con diferentes implicaciones sobre como “completar” el proyecto moderno para cada uno de estos pensadores).

El mundo actual se compone de variaciones múltiples de la modernidad, resultantes de la infinidad de encuentros entre la modernidad y las tradiciones, de forma que nos vemos abocados a la existencia de modernidades “híbridas”, “locales”, “mutantes”, “alternativas”, o “múltiples”.

En todos los territorios nacionales, sean de naciones con o sin Estado, existe ya hoy, y va a existir aún más en el futuro, una situación de pluralidad étnica y etno nacional. Las grandes migraciones entre distintos Estados (sobre todo el imparable crecimiento del flujo Sur-Norte), provocan la creciente presencia de crecientes y diversas minorías nacionales y étnicas, con identidades diferenciadas, cuyos derechos políticos como colectivos hay que reconocer legalmente y cuyas lenguas, religiones, formas de vida y otras expresiones culturales no sólo es preciso reconocer y respetar, sino favorecer en un horizonte de interculturalidad.

Tal y como muy acertadamente señaló el Prof. J. Carrascosa (*Accursio DIP-Blog*, 5-abril-2016), las corrientes migratorias, los flujos de refugiados y la Globalización han provocado consecuencias importantes en las sociedades de los Estados miembros de la Unión Europea: la «multiculturalidad», la interculturalidad» y la «sociedad super diversa». En efecto, por lo que a España se refiere, en la sociedad española conviven distintas personas procedentes de culturas muy diferentes. Esta convivencia no es

INTRODUCCIÓN

sencilla. La coexistencia de culturas y su interrelación es un fenómeno que enriquece a toda la sociedad.

La variedad de modelos vitales amplía los horizontes de las personas. Ahora bien, la pluralidad de modelos sociales comporta el desafío de saber convivir en paz y armonía, lo que no es sencillo. En realidad, el fenómeno de la multiculturalidad social² presenta tres focos generativos: (a) Los extranjeros inmigrantes en Europa, que llegan con su propia cultura y tradiciones; (b) Los descendientes de los que fueron en el pasado inmigrantes y que siguen observando pautas culturales y sociales propias de los países de origen de sus familias (= son los inmigrantes de segunda generación); (c) Las personas que presentan rasgos diferenciales: la sociedad actual es una sociedad cuyo grado de diversificación es muy elevado.

En su seno coexisten sujetos con idiomas diversos, creencias ideológicas y religiosas muy diferentes y marcadas, status legales particulares (= los refugiados, los apátridas, los «sin-papeles», los estudiantes extranjeros, los menores, -apátridas o no apátridas-, no acompañados, los trabajadores extranjeros, etc.), de sexo y edades también muy diferentes. Las sociedades occidentales del siglo XXI son «sociedades super diversas».

El Derecho internacional privado del siglo XXI responde, en los países occidentales, a esa «variedad social». El Derecho internacional privado ha tratado de ofrecer soluciones jurídicas que reflejen el pluralismo cultural de las sociedades europeas de la actualidad³. Ha tratado de construir un “Derecho internacional privado

² Lowe, N, y Douglas, G., “*Families across frontiers*”. London 1996.

³ Diago Diago, M. P., “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.). *Mundialización y familia*, Ed. Colex. Madrid 2001, pp. 143-176.

INTRODUCCIÓN

multicultural” cuyo objetivo es la protección de la diversidad cultural y jurídica de las sociedades europeas, una preservación de la convivencia pacífica entre personas y comunidades sociales con culturas distintas, y el respeto de los derechos fundamentales.

Así, el Derecho internacional privado del siglo XXI avanza hacia el enriquecimiento de la entera sociedad mediante el intercambio de valores forjados en cunas culturales diferentes. La interculturalidad se edifica sobre un presupuesto claro: la integración de los extranjeros en la sociedad de acogida de los mismos entendida no como asimilación forzada de los mismos a la cultura de acogida ni como aniquilación de los valores culturales de los extranjeros.

La integración debe entenderse como la igualdad de oportunidades entre todas las personas sea cual fuere su cultura y su origen y procedencia, y como la “no discriminación” entre todas las personas que conviven en una concreta sociedad.

Para alcanzar la multiculturalidad y la interculturalidad jurídica, el Derecho internacional privado arranca de dos grandes principios: (a) El respeto total e irrenunciable de los derechos humanos contenidos en los instrumentos legales internacionales en vigor para España y en la Constitución y Leyes españolas, así como del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley; (b) La defensa del derecho a ser diferente de estos colectivos de segunda generación que habitan en España, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de estos individuos (art. 10 CE 1978) y del derecho al «*respeto a la vida privada y familiar*» (art. 8 CEHD de 4 noviembre 1950). Con este objetivo, el Derecho internacional privado ha empleado diversas técnicas.

INTRODUCCIÓN

Por un lado, la aplicación de la Ley nacional o Ley de origen de las personas procedentes de países con una cultura diferenciada a las cuestiones relativas al tradicional «estatuto personal» de los ciudadanos que habitan en Europa. Al fin y al cabo, es la conexión que recoge todavía hoy art. 9.1 CC., aunque va perdiendo protagonismo como punto de conexión en el resto de apartados de dicho precepto en favor de la residencia habitual, en línea con la tendencia apreciable en la normativa europea a través de los Reglamentos aprobados en materia de Familia y Sucesiones.

Por otro lado, la aplicación a las situaciones privadas internacionales, de la Ley de la residencia habitual (= Ley del país de acogida), pero, al mismo tiempo, con la procedente toma en consideración, a título de informaciones jurídicas (*legal data*) o a título de pautas de comportamiento morales (*moral data*) de la diversidad cultural y jurídica de ciertos grupos de personas.

La tesis del Derecho internacional privado en dos escalones consiste en sujetar una situación privada internacional a la *lex fori* (=Ley del país de acogida) pero, al mismo tiempo, ciertos conceptos e instituciones jurídicas de la *lex fori* se interpretan con arreglo a otros Derechos extranjeros u ordenamientos de tipo religioso o bien exactamente al revés. Así puede apreciarse en la famosísima sentencia del Tribunal de Apelación de Hamm (Alemania) 10 febrero 1992⁴, en la que, en un caso de divorcio entre dos marroquíes, regido y admitido por la Ley de Marruecos, por causa de malos tratos a la mujer, el marido aludió que, conforme al Derecho marroquí, no se habían producido “malos tratos”. El tribunal alemán que conocía del caso interpretó, sin embargo, el concepto de “malos tratos” conforme al Derecho alemán, pues en Alemania había vivido la mujer en todo tiempo y concedió el divorcio.

⁴ Publicado en Fam RZ, 1992, pp 1180-1181.

INTRODUCCIÓN

También puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal de Lille 1 abril 2008⁵. El tribunal decidió el siguiente caso: la nulidad del matrimonio por “error en las cualidades esenciales del otro cónyuge”, en el supuesto de un matrimonio celebrado entre dos sujetos musulmanes de nacionalidad francesa, se rige por el art. 180.2 del Código Civil francés⁶. Ahora bien, el concepto de “error en las cualidades del otro cónyuge” fue interpretado por el tribunal con arreglo al Derecho musulmán, en cuyo contexto, el hecho de que la esposa no fuera virgen al llegar al matrimonio y ocultara dicha circunstancia al marido constituía un elemento de gran importancia que encajaba en el concepto de “error en las cualidades esenciales del otro cónyuge”.

Ello permitió al tribunal de Lille declarar la nulidad del matrimonio entre los sujetos musulmanes. La sentencia de la cour d’appel de Douai de 17 noviembre 2008⁷ anuló la anterior sentencia del tribunal de Lille y declaró que el matrimonio fue válido, ya que estimó que la virginidad no puede ser considerada como una “cualidad esencial de la persona” en el sentido del art. 180 del Código civil francés, pues la ausencia de virginidad no presenta incidencia en la vida matrimonial. Estimó también que mentir sobre una “cualidad no esencial” del contrayente persona no presenta relieve en relación con la validez del matrimonio. Es decir, la Cour d’appel de Douai interpretó el concepto

⁵Publicado en *Revue critique de droit international privé*, ISSN 0035-0958, Vol. 97, N° 1, 2008, págs. 28.

⁶ El artículo 180 modificado por la Ley n°2006-399 du 4 avril 2006 (JORF 5 avril 2006) prevé que

“Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.

⁷ Publicado en *Revue critique de droit international privé*, ISSN 0035-0958, Vol. 97, N° 1, 2008, págs. 29.

INTRODUCCIÓN

“cualidades esenciales del contrayente” con arreglo al Derecho francés y no con arreglo al Derecho musulmán, como sí había hecho el tribunal de Lille.

En el sentido indicado, Jayme⁸, en su obra señala que esta construcción de la teoría del derecho internacional privado “a dos escalones” resulta adecuada para las hipótesis de sociedad multicultural o de “conflictos ocultos”, ya que asegura el respeto a las normas de conflicto rechazando en primera instancia la conexión religiosa pero teniéndola en cuenta en un segunda fase, es decir, al interpretar la norma material reclamada. En el sentido indicado, se trata de que teniendo en cuenta que las cuestiones familiares están en la base de la diversidad cultural, se ha de encontrar una solución que, sin enfrentarse a los valores del foro intentando considerar los elementos particulares del caso. Se trata por ello, de llegar a la consecución de ciertos valores jurídicos a través de algunas cláusulas generales del ordenamiento.

También se ahondará en esta investigación en la instauración de tribunales especiales para sujetos con peculiaridades culturales, ideológicas o religiosas. Un ejemplo son los conocidos como “*Sharia Courts operating in Britain*”. Se trata de «tribunales» establecidos en Reino Unido que aplican la Ley islámica. Se conocen también como MAT (= “*Muslim Arbitration Tribunals*”). Son tribunales que operan como ADR, modos alternativos de resolución de controversias que actúan en Reino Unido bajo la *Arbitration Act 1996*⁹.

Estos tribunales operan en importantes ciudades británicas como Londres, Bradford, Manchester, Birmingham y otras localidades, y se estima que funcionan en la

⁸Jayme, E., “*Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung UND Theorie des Internationalen Privatrecht*” En *Der Versorgungsausgleich in internationalen Vergleich and in der zwischenstaatlichen Praxis* (Zacher, ed.) Berlin, 1985, pp. 423 y ss.

⁹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

INTRODUCCIÓN

actualidad más de ochenta y cinco en todo el Reino Unido. Aplican el Derecho islámico a cuestiones de tipo familiar, como divorcios, custodia de menores y otro tipo de conflictos en materia de familia; también intervienen para buscar la conciliación en casos penales para evitar la intervención de las autoridades estatales, a modo de la denominada justicia restaurativa. Se cifra en un número de 85 el actual arraigo de estos tribunales en el Reino Unido y básicamente se centran en cuestiones de derecho de familia, respondiendo a una reivindicación con varias décadas de antigüedad. En el sentido indicado, y tal y como señalan los profesores Camarero y Zamora¹⁰, ya en 1975 la Union of Muslim Organizations of UK and Eire (UMO), que aglutinaba 150 entidades, había solicitado al Gobierno Británico el reconocimiento de un sistema separado con base islámica en el ámbito señalado, que debería ser aplicable automáticamente a los musulmanes del Reino Unido. En este sentido, La doctrina apunta como causas de tal solicitud la respuesta al endurecimiento de los requisitos de inmigración y la mengua de flexibilidad del sistema judicial a la hora de acomodar diversos aspectos de la Sharia. También, a los problemas surgidos en la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, magnificados por la movilidad y múltiples conexiones de la diáspora musulmana.

Prosiguiendo con lo recogido por la profesora Camarero, se ha de recalcar que ante la multiculturalidad en la que vivimos se ha de revisar las vías alternativas de solución de controversias, incidiendo en especial en el ámbito islámico-en la que la dualidad entre los "otros" y "nosotros" se presenta con todo su vigor. Se requiere aquí no ya un esfuerzo de empatía o de conocer y entender a los "otros"-, sino algo aún más difícil

¹⁰ Camarero, V. y Zamora, F.J., Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVIII (2012), pp. 527-570.

INTRODUCCIÓN

y comprometido, qué nos define como "nosotros" y, sobre todo, a qué estamos obligados en base a ello. La multiculturalidad nos conduce, así, inexorablemente, al pluralismo legal en el que, según pensamos, coinciden la propia realidad de las cosas y el orden de los valores vigentes.

Estas técnicas utilizadas por el Derecho internacional privado han suscitado una enconada polémica. Ciertos expertos se han mostrado muy críticos por varias razones. Algunos de ellos han indicado que, en especial, las tres primeras técnicas antes citadas dan lugar a “*véritables chimères juridiques*” que alteran el sentido auténtico del Derecho internacional privado y del Derecho aplicado al fondo del asunto. El Derecho se desnaturaliza. Se ha indicado, también, que la aplicación de la Ley nacional de la persona se bate en retirada de modo evidente en favor de la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona.

Así se puede apreciar en la nueva redacción (2015) de los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC¹¹ y en todos los Reglamentos europeos sobre conflicto de Leyes (Reglamento Roma I¹², Roma II¹³ y Roma III¹⁴, Reglamento sucesorio europeo¹⁵, Reglamento de alimentos 4/2009¹⁶ y los más recientes 1103¹⁷ y 1104/2016¹⁸), preceptos e instrumentos legales en los que la nacionalidad ocupa ya un lugar meramente secundario o subsidiarios como punto de conexión.

¹¹ Modificación realizada por la Ley 26/2015, de 28 de julio publicada en BOE-A-2015-8470.

¹² DOUE» núm. 177, de 4 de julio de 2008, páginas 6 a 16.

¹³ DOUE» núm. 199, de 31 de julio de 2007, páginas 40 a 49.

¹⁴ DOUE» núm. 343, de 29 de diciembre de 2010, páginas 10 a 16.

¹⁵ DOUE» núm. 201, de 27 de julio de 2012, páginas 107 a 134.

¹⁶ DOUE» núm. 7, de 10 de enero de 2009, páginas 1 a 79.

¹⁷ DOUE» núm. 186, de 9 de julio de 2016, páginas 9 a 10.

¹⁸ DOUE, núm. 162, de 22 de junio de 2017.

INTRODUCCIÓN

Éstos son sólo algunos elementos para un debate sobre el tratamiento legal de las situaciones privadas internacionales que afectan a las sociedades de los Estados europeos occidentales, sociedades multiculturales y diversas que en esta investigación se analizarán desde la óptica de la institución del orden público¹⁹.

En un mundo cada vez más globalizado, la importancia del orden público internacional y europeo se vuelve cada vez más significativa, ya que la sociedad multicultural conlleva el tránsito y acogida de personas de diferentes entornos, religiones y procedencias culturales. Nos encontramos así en un mundo, sobre todo en el occidente europeo, en el que hay que acostumbrarse a convivir con diferentes interpretaciones de la vida, de la ética y la moral y de las relaciones personales e interpersonales; y en el que la aplicación de diferentes legislaciones, devenidas, en algunos casos, de la religión que se practica, puede llevar a encontrar casos de falta de igualdad entre las personas ante una misma situación.

El debate acerca de la *integración social* de los inmigrantes es incluso más complejo que el del control: no hay recetas mágicas, y ninguna tiene garantizado su éxito. Basta comprobar que ni el modelo francés, de asimilación (más generoso en conceder la nacionalidad pero que defiende una mayor uniformidad cultural, como se aprecia por ejemplo en la prohibición del velo islámico) ni el modelo inglés, más tolerante con las diferencias, y “multicultural” han permitido impedir que el problema se manifieste y altere gravemente la vida ciudadana en ambos Estados.

¹⁹García Rodríguez. I., “Un paseo por la práctica multicultural española desde el derecho internacional privado” en Ob. col. *La libre resolución de resoluciones judiciales en la Unión Europea*. Universidad de Sevilla 2005, p. 267.

INTRODUCCIÓN

Los inmigrantes deben respetar las leyes del Estado que les acoge, cumplirlas como ciudadanos: se integran en un Estado y en una sociedad, que tiene sus reglas escritas y no escritas. Y los anfitriones debemos cumplir como obligación básica con el respeto a la diferencia. Espero no caer en la fácil demagogia si concluyo afirmando que sólo si logramos conciliar ambos extremos (cumplimiento de la ley y de las reglas sociales básicas imperantes y respeto por nuestra parte a la condición de ciudadano civil y social del extranjero) podremos avanzar en la dirección correcta.

Hay una premisa de mínimos de la que cabría partir en esta investigación: si el extranjero (y particularmente el musulmán, en el que parecen centrarse toda esa demonización interesada) quiere que su religiosidad sea respetada debe aceptar los usos del País de acogida.

Convivir es aceptar, respetar y valorar en positivo la diferencia, sí, pero exige también un recíproco esfuerzo de adecuación a la sociedad en la que vives y que te acoge. La identidad de las naciones es más fuerte cuanto más apueste por ser abierta, integradora y respetuosa con sus diferencias interiores, porque una nación cívica debe basar su fuerza en una concepción inclusiva de la identidad, como sociedad de ciudadanos, que valora su pluralismo interno y su complejidad social²⁰.

Y ello supone aceptar que ciertas prácticas como la poligamia, el repudio, la ablación, las formas de discriminación de la mujer o la imposición de matrimonios no son admisibles sencillamente desde una óptica de protección de los derechos fundamentales. Y cuando hablamos de Derechos Humanos no existe una

²⁰Aldecoa Luzarraga, F., “El sistema político internacional ante la globalización. Luces y Sombras de la globalización”. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2000, p. 216.

INTRODUCCIÓN

"occidentalización" de los mismos ni una supuesta supremacía de los valores de nuestra civilización: los derechos humanos han de ser los mismos en Kabul o en Berlín, en Damasco que en Roma.

No se trata, por tanto, de defender lo nuestro como algo mejor o superior que lo foráneo. La barrera, la frontera a la aplicación de esas prácticas debe situarse en la exigencia del respeto a la dignidad de la persona y debemos excluir toda forma de discriminación amparada en supuestas inercias históricas y, por supuesto, con independencia de la nacionalidad.

Europa, sobre todo en su occidente, es un continente con valores, cultura y derechos compartidos desde hace muchos siglos, si no en su concreción sí en su generalidad, en los que el poder eclesiástico y el poder jurídico se encuentran clara y totalmente separados. Es en el Renacimiento cuando se empieza a ver este proceso de separación de poderes y de generalización de la cultura. Hasta ese momento, la cultura había estado únicamente en manos de la Iglesia y el resto de la población y salvo contadas excepciones, era analfabeta. El Renacimiento trae consigo la migración de los pobladores de zonas agrícolas a las ciudades, el nacimiento de las primeras "industrias" en forma de talleres artesanales de mayor dimensión, en donde los migrantes aprenden un oficio y trabajan a cambio de un salario. Y es en este escenario en el que la religión se empieza a poner en entredicho y aparecen nuevas corrientes que hacen una nueva lectura, más democrática, del Nuevo Testamento (luteranos, calvinistas...). Todo ello desemboca en el nacimiento de una nueva clase social, la burguesía, con gran poder adquisitivo y ávida de saber en la que la cultura empieza a dejar de estar exclusivamente en manos de la Iglesia y comienza a extenderse, al

INTRODUCCIÓN

menos entre las clases pudientes. La Iglesia va perdiendo, poco a poco, su poder de decisión en asuntos sociales no eclesiásticos.

Este mayor poder de la sociedad desemboca en la revolución francesa de 1789, en la que la separación entre Iglesia y Estado es total. El proceso de expansión de esta nueva situación es lento pero constante y generalizado para todo el continente europeo y se concreta en la desaparición de gran parte de sus monarquías, que se convierten en repúblicas, y la aparición de monarquías parlamentarias en las que el/el monarca reina, pero no gobierna.

En este momento (finales del siglo XIX, comienzos del siglo XX), la separación entre el poder judicial y el eclesiástico es total y Europa se ha acostumbrado a vivir en una sociedad en la que conviven, sin problema, diferentes religiones (católicos, ortodoxos, protestantes, judíos, evangelistas...), independientemente de cuál de ellas prevalezca. Se afianza una sociedad basada en el respeto y la convivencia que se rige, en la que el poder judicial está totalmente separado del religioso, y que se rige por unos fundamentos de derecho que se basan en la igualdad de todas las personas ante la ley.

Esta armonización culmina con la creación de la Comunidad Económica Europea el 25 de marzo de 1957, con la firma del Tratado de Roma. Ahí se sientan las bases de una Europa con unos derechos y obligaciones compartidos, dirigidos hacia el bien común de todos los Estados miembros que va evolucionando hasta desembocar en la Unión Europea, en el Tratado de Maastricht de 1 de noviembre de 1993, que sienta las bases de la cooperación judicial, libre tránsito de personas y política exterior común y, en la que en lo referente al orden judicial, llega a un sistema jurídico comunitario europeo, fruto de su reconocimiento como sujeto de derecho internacional en el Tratado de Lisboa de 2009.

INTRODUCCIÓN

Tal y como muy acertadamente señala mi maestro y director de esta tesis, el profesor Álvarez, Europa debe responder a los retos del siglo XXI con valentía y de forma innovadora. En estos tiempos de incertidumbre, la UE se encuentra en una situación inmejorable para impulsar a escala mundial una nueva organización social y política basada no ya en intereses, sino, sobre todo, en valores. Necesitamos un renovado pacto constitucional europeo respetuoso con todos los derechos fundamentales y que otorgue un protagonismo real tanto a las personas y organizaciones de la sociedad civil europea como a las entidades que conforman esa realidad plural y diversa que es Europa. Comparto la opinión del profesor Álvarez en la necesaria construcción de una Europa que facilite el proceso de integración a una ciudadanía cada vez más diversa y multicultural y que se configure como estandarte de un proyecto de paz, libertad y justicia social²¹.

La Unión Europea dice fundamentarse en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos. Y afirma que tales valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, entre otros, por el respeto a la dignidad de las personas, la no discriminación y la solidaridad. La Carta de Derechos Fundamentales de la propia UE dice querer situar a la persona en el centro de su actuación.

Suenan muy bien esos textos, pero frente al dictado de los Tratados los Estados miembros y buena parte de sus dirigentes siguen profundamente divididos sobre la solución a adoptar. Esa es la paradoja y la triste realidad frente al común proyecto europeo: Italia (y muchos de los demás Estados también, con demasiada frecuencia)

²¹ Álvarez Rubio, J.J., “Reformas institucionales para mejorar la gobernanza democrática en la Unión Europea”, Cuadernos Europeos de Deusto ISSN: 1130-8354 • ISSN-e: 2445-3587, No. 60/2019, Bilbao, págs. 57-93 doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-60-2019pp57-93> • <http://ced.revistas.deusto.es> 61.

INTRODUCCIÓN

abrazan efusivamente la implantación del gran mercado único europeo cuando les beneficia y lo repudian o exigen su modificación cuando no responde a sus específicos y particulares intereses estatales. ¿Cómo reacciona Europa ante la crisis derivada de un número tan enorme de inmigrantes y refugiados?

Estamos ante un proceso que ha dejado de ser un fenómeno coyuntural o pasajero y que demanda a los gobiernos, a las instituciones europeas y a nosotros mismos, a los ciudadanos, respuestas a la altura del desafío humanitario, social y económico que representa esta crisis humanitaria²².

La respuesta a la crisis de las personas refugiadas así como al fenómeno la inmigración ilegal demanda de una actuación que dé respuesta a estas realidades, estableciendo un marco legal que posibilite su reubicación en la UE, con especial atención a los colectivos más vulnerables como los menores no acompañados y mujeres. Tal y como señala el profesor Daniel Gamper, cabría explorar fórmulas innovadoras que permitan la llegada a suelo europeo-comunitario de personas necesitadas de protección internacional por vías seguras y accesibles, tales como la reunificación familiar ampliada²³, En tal sentido dicho autor añade que los refugiados tienen derecho a que sus demandas sean debidamente procesadas y, en el caso de que sean aceptadas, deben ser acogidos y dotados de los derechos de la ciudadanía.

Esta situación contrasta con la de los Estados Islámicos, con unos valores y cultura comunes, basada en la ley coránica y en los que el orden judicial se encuentra incluido en

²² Aldecoa Luzarraga, F., "Avances de la política exterior de la Unión Europea. La Unión Europea en proceso de globalización". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 2, 2002. pp. 199 y ss.

²³ Gamper D., "Europa: entre la realidad negativa y la aspiración moral". En *¿Dónde, vas Europa?*, editado por Miquel Seguró y Daniel Innerarity. Barcelona: Herder Editorial, 2017) pp. 101-113.

INTRODUCCIÓN

el orden eclesiástico o, en el mejor de los casos, casi totalmente supeditado a él. De hecho, los jefes de Estado de muchos de estos países son dirigentes islámicos, es decir, personas que representan a la religión islámica.

Además, la educación dirigida a los estratos menos favorecidos, se encuentra en las *madradas* de las mezquitas, donde básicamente se estudia el Corán y los deberes, en todos los ámbitos, que de él emanan. Este hecho y el alto nivel de analfabetismo aún existente incide en que la separación entre poder judicial y eclesiástico esté prácticamente ausente, incluso en los Estados que se podrían considerar más avanzados, como Marruecos.

Esta situación tiene especial incidencia en la Unión Europea, puesto que, históricamente, recibe un gran flujo de personas procedentes de Estados Islámicos (Turquía, Argelia, Marruecos...), consecuencia de la pérdida de sus antiguas colonias²⁴. En los últimos años adquiere especial relevancia el caso de España y Francia, por ser los Estados que mayor número de personas de esta religión y país reciben. Es el caso de la población islámica que reciben ambos países, en particular, la que procede de Marruecos, que trae consigo sus costumbres y leyes en cuanto a temas como el matrimonio y consecuencias posteriores: repudio, divorcio y poligamia.

El tratamiento de la ley coránica es bien diferente al de la legislación europea y esto puede conllevar a que mujeres, hijos e hijas se encuentren en situaciones de desigualdad ante el resto de los ciudadanos europeos. Por su parte, los tribunales no son claros ni tienen una postura común y tampoco el orden público europeo. Por ello, el

²⁴ Arcos Vargas, M^a C. y Rodríguez Benot, A.: “La libre circulación de personas en la Unión Europea: el cruce de sus fronteras exteriores”. Cuadernos Europeos de Deusto nº 11. 1994, p. 9.

INTRODUCCIÓN

realizar una exploración sobre ambos temas: orden público internacional y europeo y tratamiento de la *sharia* en el mismo, resulta aclaratorio para conocer la tendencia general, si la hay, y plantear posibles medidas correctoras.

En esta tesitura se encuentra en España el Tribunal Supremo ante la figura de la poligamia y su examen práctico. Nuestro alto tribunal está bailando entre dos aguas, en el sentido de si aplica o no en su integridad en España la Ley marroquí que admite el matrimonio poligámico que pudiera producir un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española.

Por otro lado, si descarta completamente la aplicación del Derecho marroquí designado por la norma de conflicto, y aplica, en su lugar, el Derecho sustantivo español, conduce a resultados negativos. Pues bien, como ambas soluciones son negativas, el legislador español ha escogido “la solución menos perversa” (*the lesser of two evils ex malis eligere minima*). Es el orden público internacional atenuado. El orden público sólo interviene en la medida necesaria para garantizar los valores esenciales de la convivencia en sociedad conforme a los principios y derechos fundamentales previsto en el título I de la Constitución.

Por eso la cohesión de la multiculturalidad sólo podrá fundarse en un esfuerzo permanente contra las más diversas formas de exclusión social y en el reconocimiento del pluralismo de los individuos que caracteriza a nuestras sociedades, aceptando no sólo su derecho a construir sus identidades en el ámbito privado sino también en el espacio. No querer ver lo mencionado puede

INTRODUCCIÓN

acabar generando políticas de homogeneización forzada que provoque formas de radicalización de los grupos a los que se deniega el reconocimiento de su identidad particular²⁵.

Las ciencias sociales han prestado mucha atención a la condición de las mujeres en el mundo musulmán. Este interés se ha visto renovado con el auge de los movimientos islamistas, la revolución iraní o el régimen de los Talibanes en Afganistán.

La persistencia del patriarcado y el rol de la religión aparecen como las grandes cuestiones que atraviesan los estudios sobre la realidad de la mujer musulmana²⁶. Paralelo, Marruecos se nos presenta como un escenario de análisis idóneo. En efecto, tanto a nivel político y jurídico como social existen indicios de que la situación de la mujer está cambiando. La extensión de la escolarización, su permanencia en el sistema educativo así como su mayor presencia en el espacio público, en general, y en el mercado de trabajo, en particular, apuntan en esta dirección.

Asimismo, las organizaciones sociales de defensa y promoción de los derechos de las mujeres, alentadas por la reforma del Código de la familia en 2004, se están consolidando en el seno de la incipiente sociedad civil marroquí. Ahora bien, sería legítimo preguntarse sobre el alcance real de estas transformaciones, es decir, ¿en qué medida la posición de las mujeres ha evolucionado en la sociedad marroquí?

Empecemos a hablar del cambio social como cualquier transformación observable en el tiempo que afecta al funcionamiento de una organización social. Esto debería

²⁵ Belloso Martín, N. y De Julios Campuzano, A., “Hacia un paradigma cosmopolita del derecho? Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos”, Dykinson, Madrid, 2008.

²⁶ Reader, P., “La mujer en el Islam”, Granada, 1996.

INTRODUCCIÓN

conllevar la coordinación entre las nuevas representaciones existentes en la sociedad y los cambios necesarios para hacerlas frente.

A mayor abundamiento, sigue existiendo otra serie de discriminaciones en las prácticas jurídicas y la legislación marroquíes que imposibilitan alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres. Cabe destacar, en primer lugar, que la Constitución no reconoce la igualdad entre ambos sexos en materia de derecho civil o de capacidad jurídica.

Tampoco concede primacía a los tratados internacionales ratificados sobre la norma interna cuando se trata de derechos humanos y derechos de las mujeres.

En segundo lugar, el gobierno marroquí mantiene las reservas emitidas²⁷, a pesar de que organismos internacionales le insten hacia ello. En otras palabras, ¿en qué medida se puede hablar de cambio cuando siguen existiendo otra serie de discriminaciones en las prácticas jurídicas y la legislación marroquíes que imposibilitan alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres

Las nuevas reformas permiten a la mujer disfrutar de ciertos derechos y libertades que le negaba el anterior Código, reformado en el año 1993, pero no con total normalidad. El ejercicio de estos derechos por parte de las mujeres es especialmente dificultoso, ya que en la práctica supone entrar en conflicto con los maridos, que no aceptan tales reformas ni tal apertura.

La igualdad de derechos entre ambos sexos significa la pérdida de los privilegios de los que disfrutaba el hombre marroquí, la responsabilidad compartida en la gestión de

²⁷ Hay que destacar que Marruecos ha firmado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, pero con reservas, que en ocasiones organismos internacionales les ha pedido que las retire. Según informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) Marruecos realizó una declaración interpretativa en relación con el artículo 2 (condonación de la discriminación contra las mujeres bajo todas sus formas y el compromiso de los Estados a eliminarla por todos los medios apropiados y sin demora) y el párrafo 4 del artículo 15 de la CEDAW (los mismos derechos humanos y los de las mujeres en lo que se refiere al derecho a circular libremente y a elegir su residencia y domicilio).

INTRODUCCIÓN

los asuntos domésticos y familiares, que el marido deje de ser el cabeza de familia la abolición del deber de obediencia de la mujer al marido y su sustitución por respeto mutuo. Consecuencia de todo ello es la pérdida de poder del marido sobre la mujer y el aumento del número de mujeres maltratadas, de divorcios y de niños en situación de riesgo de exclusión social. Asimismo, el hecho añadido de la mujer marroquí al acudir al farragoso periplo judicial de los tribunales de justicia de su país a recabar auxilio judicial en caso de ser víctima de malos tratos y poder probar la realidad de su denuncia.

Aun a pesar de que el principio de prueba adoptado por el Código de Procedimiento penal marroquí²⁸ es un logro legal, su aplicación en el ámbito penal está supeditado a una filosofía, estructura y disposiciones que no dan a la violencia contra la mujer un trato adecuado, lo que conduce a que a veces se consiga eludir el castigo.

Se puede concluir que la interpretación de la regla de la libre apreciación de la prueba y su aplicación, sin tener en cuenta las particularidades de la violencia cometida contra la mujer, su naturaleza, su espacio, en definitiva, la dificultad de prueba causa una discriminación real. Esto es, la libertad en la apreciación de la prueba se convierte en una limitación de prueba con la consecuente elusión del castigo por parte del agresor.

La ausencia de una ley que castigue y regule las condenas a los maltratadores, fomenta y agudiza el problema. A pesar de los esfuerzos que se están haciendo por parte de la sociedad civil y de las asociaciones feministas que apoyan a la mujer, falta mucho por hacer para concienciar a la sociedad sobre las consecuencias tan negativas del maltrato a la mitad de la población.

²⁸ Art.288 CPPM: “[...]Excepto los casos en que la ley disponga otra cosa, las infracciones pueden acreditarse mediante todo tipo de pruebas y el juez decide según su íntima convicción [...]”.

INTRODUCCIÓN

Aunque sin duda falta mucho por hacer en el espinoso tema de violencia de género en el Marruecos de hoy, el hecho de que el tema ocupe la escena de la vida pública y de los medios de comunicación es un avance en sí. Se intenta una apertura hacia el mundo occidental poniendo de manifiesto la vulneración de los derechos de la mujer. Así, las reformas en materia de derechos de la mujer que incorporó el código de familia marroquí se encontraron con numerosos obstáculos, como los estereotipos sexistas, y la fragilidad de las estructuras sociales, que han hecho de su aplicación una difícil tarea.

Esta situación de la mujer en Marruecos hace que cada vez más los flujos migratorios estén siendo protagonizados por mujeres. Éstas han pasado de sumarse al proyecto migratorio del marido, como había sido habitual hasta no hace mucho tiempo, a convertirse en pieza clave del mismo y, consecuentemente, de la integración de la unidad familiar en la sociedad de llegada. Una vez que la mujer marroquí ha llegado a España las relaciones sociales que establezca dependerán en gran medida de su situación familiar y laboral.

El proceso migratorio implica una serie de transformaciones en el ámbito familiar que, en muchos de los casos estudiados, se han ido conformando según la variable tiempo de estancia en España. Dichas transformaciones han estado íntimamente relacionadas con el grado de autonomía económica que la mujer marroquí adquiere tras la migración, el incuestionable choque cultural y los importantes cambios en los roles de los cónyuges.

La participación de las mujeres en los movimientos migratorios internacionales ha pasado desapercibida durante mucho tiempo. Las mujeres, tal y como destaca la autora Marga Roig, eran, como migrantes invisibles o transparentes²⁹.

²⁹ Roig, M., “La mujer y el poder” en CGT, Rojo y negro, cuarta época, año X, nº. 109, 1999, p.p. 5-6.

INTRODUCCIÓN

Pero lo que sí es real es el protagonismo que tienen en un choque que pudiera parecer difícil de entender entre cultura árabe y occidental, sociedad moderna y tradicional. En el sentido indicado, las inmigrantes marroquíes en la práctica no padecen ningún choque cultural y no encuentran límites rígidos que separen sus dos mundos, Asimismo, actúan como verdaderas protagonistas del cambio, negociando de alguna manera, los términos de la identidad nueva que están adquiriendo con la experiencia migratoria.

Por ello, y ante este escenario migratorio que lleva irrevocablemente a una sociedad multicultural, los Estados están obligados a tener que preocuparse de los problemas jurídicos que plantea el ejercicio de las prácticas propias de la identidad de los migrantes en relación con la protección de los derechos fundamentales.

Todo ello sin olvidar la necesidad de facilitar su integración y ahí es donde aparece la figura del orden público en el derecho internacional y español como el conjunto de convicciones básicas de la sociedad que se fundamenta en su propia organización y en su propio ordenamiento jurídico³⁰. Entonces nos queda la pregunta que se intentará abordar, no con fácil respuesta, de ¿orden público versus sociedad multicultural integradora?

1.-JUSTIFICACION Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El planteamiento del objeto de esta investigación es la aproximación al matrimonio islámico, analizando los aspectos conflictivos dentro de las relaciones de familia conectando seguidamente con el estudio del orden público en su ámbito tanto

³⁰ Rodríguez García, J.A., “Poligamia, libertad religiosa y discriminación de la mujer” en AAVV, Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comunitario, Universidad del País Vasco, 2001, p. 752.

INTRODUCCIÓN

nacional como internacional como excepción al reconocimiento de resoluciones extranjeras, y a la aplicación de legislación extranjera, centrándose el estudio en el repudio y la poligamia en países islámicos, más concretamente en Marruecos por ser el ejemplo más occidentalizado de los mencionados países, tal y como lo desarrollaremos a lo largo de esta investigación y, por la incidencia del papel de la mujer en la modernización social y cultural del país.

El estudio del orden público en su ámbito tanto nacional como internacional como excepción al reconocimiento de resoluciones extranjeras, y a la aplicación de legislación extranjera, centrándose el estudio en el repudio y la poligamia en países islámicos, más concretamente en Marruecos por ser el ejemplo más occidentalizado de los mencionados países, tal y como lo desarrollaremos a lo largo de esta investigación y, por la incidencia del papel de la mujer en la modernización social y cultural del país.

Nos encontramos ante una sociedad multicultural en la que uno de los mayores desafíos, incluidos el de nuestro Derecho es el que deriva de la rápida evolución desde una cierta uniformidad cultural-religiosa hacia un paisaje de diversidad en el que el islam ha hecho notar su presencia. La posibilidad de la convivencia entre ambas culturas se asienta sobre dos pilares: la aceptación de un mínimo común definido en materia de derechos humanos y junto a él, el respeto y la integración de la diversidad.

En el sentido indicado se ha de recordar que *per se* el Derecho internacional se formó sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea y ante dicha premisa, la multiculturalidad, en cierta forma erosiona el carácter eurocéntrico del ordenamiento y ante dicha relativización sólo cabe buscar soluciones para integrar de una forma ordenada y pacífica la sociedad multicultural.

INTRODUCCIÓN

Estas soluciones no parecen fáciles puesto que la cultura, en nuestro sistema europeo, en tanto que fuente material del derecho internacional ha sido escasamente utilizada, por lo que parece necesario que como punto de partida sea necesario profundizar en un diálogo intercultural para llegar a un orden internacional integrador.

Dicha cuestión del papel de las civilizaciones en el orden mundial fue puesta de relieve de manera extrema por Huntington³¹ cuya tesis central es que los choques de civilizaciones son la mayor amenaza a la paz mundial, por lo que cada vez es más probable que la religión sea el eje principal de los conflictos.

Se observa que aún existe recorrido hasta que el derecho internacional integre los valores universales que están en todas las culturas, siendo uno de los retos básicos del propio desarrollo del derecho internacional. En el sentido indicado, la política a seguir por los estados europeos no puede ser la de imponer una uniformidad en supuestos valores europeos, porque esto precisamente conculcaría el pluralismo y la tolerancia.

Así, el pluralismo ha de admitir la diferencia y respetarla en aras a la paz interculturalidad y en este sentido, parece ir la tónica de los Estados europeos, que ante la mencionada interculturalidad intentan llegar al reconocimiento de la libertad de conciencia y religión de los individuos, proclamada en las declaraciones de derechos. Así, la doctrina de los derechos humanos impulsa al respeto de las tradiciones culturales y religiosas de las minorías siempre que no dañen al prójimo y sean tolerantes con otras existentes en la sociedad.

Estas reflexiones, tal y como se podrá constatar en el presente trabajo, son plenamente aplicables al sistema político español vigente. En el sentido indicado, la

³¹Huntington, S.P., “El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial”, Paidós, 1997, pp. 60 y ss.

INTRODUCCIÓN

definición del Estado español contenida en el artículo 1 de la Constitución como “social y democrático de Derecho”, los valores que fundamentan el orden político y la paz social mencionados en el artículo 10.1 CE y la enumeración de derechos fundamentales del título primero del mismo texto legal, protegen el derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa. Entre las declaraciones de ese derecho se comprenden las de manifestar libremente sus creencias y, específicamente, la de celebrar sus ritos matrimoniales.

Asimismo, se observa lo dispuesto en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, formando parte del ordenamiento una vez ratificados. En la materia que nos ocupa, cabe recordar el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que reconoce la autonomía cultural en el ámbito privado y familiar, entendiendo el Tribunal Europeo de DDHH del Consejo de Europa que ese derecho protege a los grupos minoritarios.

En el sentido mencionado, para reclamar el respeto a un particular estilo de vida, así como los derechos reconocidos por las convenciones internacionales para la protección de las minorías étnicas y religiosas, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, éste debe propiciar cauces que compatibilicen la doble condición de creyentes y ciudadanos de los miembros de minorías.

Para ello, resulta necesario encontrar fórmulas que flexibilicen las normas aplicables a los diversos supuestos, en aras de acoger soluciones abiertas a las peculiaridades de las minorías étnicas y religiosas existentes en España, dentro, claro está, del respeto a los derechos constitucionales.

INTRODUCCIÓN

En este escenario, el diálogo, efecto del pluralismo, ha de inducir a los juristas y a los poderes públicos a ser sensibles a las peculiaridades de otros derechos pertenecientes a culturas y religiones distintas, y a lograr en lo posible su adaptación en el sistema jurídico del ordenamiento nacional.

Para ello resulta imprescindible conocer los derechos religiosos³², sus fundamentos e instituciones jurídicas. Así, se deberán utilizar fórmulas cada vez más respetuosas con las creencias de los individuos, en especial en el ámbito del derecho de familia, teniendo presente la importancia de la autonomía de la voluntad como principio ineludible de las relaciones familiares.

En este aspecto se observa que la jurisprudencia tiende a aplicar el derecho religioso de los ciudadanos perteneciente a minorías siempre que no contradiga el orden público interno. Igualmente se observa una flexibilización del orden público del foro en el caso de plantear la eficacia del derecho extranjero de raíz religiosa en el ordenamiento nacional.

Así, sólo cuando las disposiciones de otro ordenamiento sean contrarias a los derechos y libertades constitucionales o sean discriminatorias, se denegará su aplicación en el orden interno, pero incluso en ese último supuesto la jurisprudencia admite una cierta eficacia de la norma contraria al derecho del foro cuando beneficie a terceros de buena fe o a personas especialmente protegidas en el ordenamiento; es lo que la doctrina ius-privatista denomina orden público atenuado.

³² Van Loon, H., “The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol. 2, nº 1, 2010, p.p. 261-267.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación doctoral tiene como objeto analizar el derecho islámico en el ámbito específico de una de las materias de mayor trascendencia religiosa en su derecho de familia, el matrimonio, y en dos instituciones en que se reflejan, por un lado, la incompatibilidad con los principios y valores de nuestro ordenamiento, pero, por otro, en las que la salvaguarda de los derechos de la mujer y los hijos impulsa a aplicar el concepto de orden público atenuado: la poligamia y el repudio unilateral del marido.

Se tratará, por tanto, de analizar las vías jurídicas que faciliten la actuación de los musulmanes según sus creencias en esta materia. Desde la perspectiva del derecho individual de libertad religiosa. Ante dicho escenario, las dos preguntas clave o troncal de las que se ha partido a la hora de realizar este estudio son las siguientes: ¿Qué ocurriría en el caso de que el reconocimiento del acto de repudio pronunciado en el extranjero o el matrimonio poligámico, fuera susceptible de vulnerar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento; ¿tendría que ser rechazada una institución contraria al orden público al vulnerar el principio de igualdad y no discriminación entre sexos?

En este sentido, esta tesis pretende analizar la posición de los tribunales de justicia de distintos Estados europeos mediante la utilización de la excepción del orden público a la hora de analizar el reconocimiento de resoluciones extranjeras que pudieran afectar a los derechos fundamentales recogidos en sus Constituciones.

Así, se pretende observar y realizar una reflexión sobre la correspondencia o no de las resoluciones extranjeras con el orden público nacional o internacional. Como ejemplo gráfico de dicha correspondencia, tras analizar el concepto de orden público como tal en el primer bloque o capítulo de la tesis, pasando de la parte general a la específica del segundo capítulo que se ahondará en la poligamia y el repudio en el islam.

INTRODUCCIÓN

En este orden de cosas, la mayoría de las veces pudiera ser que la alegación de la infracción del mencionado orden público por sistemas jurídicos europeos se debiera al desconocimiento de las instituciones de países islámicos y sus fuentes de derecho. En este estudio, por concretar un país islámico, se procederá a analizar el caso de Marruecos.

¿Por qué centrar esta investigación, dentro del mundo islámico en Marruecos? La razón es porque las transformaciones sociales y políticas recientemente vividas en la sociedad marroquí han tenido a la mujer como gran protagonista. Es el caso de Marruecos el que llama la atención, tanto en el ámbito del Magreb como en el del conjunto de países musulmanes. En el sentido indicado, el movimiento de la mujer avanza en el Reino Alauí y está obteniendo resultados que no pueden pasar desapercibidos, dada su trascendencia política y sociológica.

Asimismo, es singular el islamismo marroquí, que lo hace diferente del resto de movimientos islamistas presentes en el Magreb y en todo el mundo islámico. Esto tiene que ver con el contexto religioso, social, económico y político del referido país.

En lo referente a la mujer, cabe destacar en primer lugar que el género no es un parámetro básico del análisis islamista de la realidad social. En el sentido indicado, se observa que en Marruecos está abierto un proceso de apertura a la modernidad y a la emancipación femenina, fenómenos que se manifiestan con logros significativos en materia de empleo y formación.

Estos dos elementos están facilitando el desempeño de nuevos roles sociales en la mujer, que, gradualmente, supera su adscripción exclusiva a las tareas hogareñas y al servicio de la familia. Las protagonistas del cambio están experimentando una fuerte resistencia cultural que se acentúa en el mundo del trabajo remunerado, territorio que la sociedad marroquí había asignado al hombre. A pesar de las dificultades experimentadas

INTRODUCCIÓN

por la mujer para consolidar su participación laboral, social y política, los efectos del cambio son ya muy tangibles.

Y el hecho de centrarnos en su estudio a nivel del Estado español se debe a que teniendo en cuenta que uno de los problemas principales al que se enfrenta Europa occidental es el de la fuerte inmigración. Así, numerosas personas pertenecientes a otras culturas y tradiciones intentan escapar de la miseria emigrando a los países que se presentan ante sus ojos como las sociedades del bienestar como es el caso de España, que de ser un país tradicionalmente emigrante, se ha convertido a lo largo de las últimas décadas en estado receptor, siguiendo las huellas de lo acaecido en otros estados del centro y el norte de Europa.

Así, el lingüista y matemático checo Jakub Marian ha diseñado un mapa que representa con vectores los movimientos migratorios en el continente europeo. En dicho mapa se observa que de Marruecos la mayoría de la migración va directamente a España y Francia, no habiendo movimiento migratorio alguno al resto de países.

De los datos macro del año 2017 publicados por la ONU, Marruecos tiene 2.898.721 emigrantes, lo que supone un 8,32% de la población en Marruecos de los cuales el 32,47% van a Francia y el 24,39 % van a España. Por este motivo se estudiará su incidencia en España.

Así, se analizará tanto la figura del repudio como del matrimonio poligámico y su repercusión a efectos del reconocimiento extranjero, pero partiendo del estudio de la importante reforma del estatuto jurídico del año 2004 del Código marroquí de Familia, *la Mudawwana*. Resulta imprescindible dicha observación puesto que, lejos de lo que pudiera juzgarse a primera vista, se garantiza una protección total tanto a la mujer como a sus hijos.

INTRODUCCIÓN

Esto es, en caso de divorcio es automática la concesión a la mujer de la custodia de los hijos y del domicilio conyugal, así como en el caso de repudio, el marido como requisito previo ha de satisfacer una serie de derechos económicos para la mujer y sus hijos y no será efectivo hasta que la esposa repudiada y sus hijos, no hayan obtenido todos sus derechos y compensaciones.

Desde esta perspectiva el objetivo de esta tesis se centra en analizar el ordenamiento jurídico islámico, básicamente el marroquí, y dentro del mismo, los procedimientos de extinción del vínculo matrimonial desde su propio orden nacional, así como el matrimonio poligámico, realizando una comparativa con algunos ordenamientos jurídicos europeos.

Por ello, en el primer capítulo, se analizará como premisa básica la alegación del orden público ante instituciones extranjeras tales como el repudio y la poligamia, incidiendo en las particularidades de las mencionadas observando si realmente se producen discriminaciones contra el orden público del país que plantea el reconocimiento de dichas instituciones.

Asimismo, se pretende observar si es posible confeccionar un denominado orden público internacional con el cual garantizar principios mínimos de orden público aplicables a los ordenamientos jurídicos a nivel internacional. La línea de investigación consistirá en un estudio detallado en el que se observará la dificultad del establecimiento de un orden público internacional y las pautas a seguir para su establecimiento como tal.

Así, en este marco general y primer capítulo de la investigación se observará la alegación de orden público internacional por los países europeos para la no aplicación del Derecho extranjero. En este aspecto se intentará analizar si dicha excepción del orden público se utiliza únicamente como una alegación de superioridad jurídica ante

INTRODUCCIÓN

ordenamientos como los de los países islámicos. No debiera ser automática la típica argumentación de indefensión o de no respeto a los derechos humanos para ampararse en la improcedencia del derecho extranjero y aplicar directamente el propio.

Evidentemente, la cláusula de respeto al orden público que en el ordenamiento jurídico español está recogida en el artículo 12.3 del Código Civil y establece con total rotundidad que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, se ha de interpretar en el sentido establecido, pero con una aplicación atenuada de la excepción del orden público.

Así, ante la nueva sociedad multicultural, resulta necesario desterrar los prejuicios sobre culturas que realmente son desconocidas, y la apertura de la mentalidad occidental a nuevas y distintas concepciones en distintos ámbitos jurídicos. En este sentido, la mayoría de los países europeos alegan la excepción de orden público como un mecanismo flexible que permite inaplicar la ley extranjera designada sólo cuando produce en el foro un resultado discriminatorio para la mujer.

Pero la pregunta es si no resulta arbitrario la inaplicación de la ley extranjera en base a argumentos tan subjetivos como la posible discriminación de sexo. Asimismo, se analizará dentro del procedimiento de familia, la protección a la mujer en los procedimientos judiciales de divorcio y las consecuencias del matrimonio poligámico en Marruecos y se realizará su comparativa con los diversos sistemas jurídicos como el español en el que esa protección no es automática.

Ciertamente, si nos centramos en el derecho marroquí, fundamentado en la tradición islámica, se puede afirmar que con carácter general muchas de esas normas imponen y regulan relaciones discriminatorias entre el varón y la mujer, a todas luces inconstitucional.

INTRODUCCIÓN

Ahora bien, tal y como coinciden en opinión, las profesoras María Dolores Cervilla e Isabel Zurita³³, ni todas las normas son discriminatorias ni todas las normas que impongan un trato desigual debe ser consideradas, por ello, inconstitucionales por contravenir el artículo 14 de la Constitución Española ya que dicha inconstitucionalidad no deriva de la desigualdad de trato sino de la no concurrencia de causa objetiva y razonable que justifique dicha desigualdad.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la tan alegada constitucionalidad es cada vez más sutil y puede permitir conductas, técnicamente discriminatorias³⁴.

Asimismo, dentro del capítulo del orden público, se planteará la pregunta sobre la existencia de un verdadero orden público europeo. Parece entreverse un horizonte

³³ Cervilla Garzón, M.D., “Las consecuencias económicas de la crisis de la pareja: la pensión alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Mujer, Familia y Derecho*, Cádiz, 2003; Zurita Martín, I., “La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal”, AC, nº 32, 2003, pp. 865 y ss.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1992 (Referencia vlex, Recurso de amparo 1191/1982) en la que recoge que “...No obstante, este Tribunal ha entendido que la referencia al sexo en el artículo 14 de la Constitución Española implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el artículo 9.2 del mismo texto que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres, sea real y efectiva. Por eso “no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, la acción de favorecimiento siquiera, temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares a favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, Como son las medidas de acción positiva o similar, pero al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Ha de valorarse, en consecuencia, si la norma convencional es una norma protectora, que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima o, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón”.

INTRODUCCIÓN

próximo de una verdadera Constitución Europea con catálogo propio de derechos fundamentales que llevaría una asunción plena de un orden público europeo, tanto en su definición como en su articulación técnico-jurídica.

El TJUE se ha manifestado en varias ocasiones sobre la operatividad del orden público y su trascendencia europea. No obstante, y aunque ha llegado a admitir que el concepto de orden público se constituye en cada Estado teniendo, en todo caso, en consideración las normas europeas, no se ha atrevido a afirmar que el concepto de orden público sea unitario para toda la Unión Europea.

Se ha identificado en el ordenamiento comunitario la presencia del orden público como límite a libertad circulatoria y como excepción al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras³⁵. Pensamos que se trata de dos técnicas de protección de un determinado orden del que forman parte derechos y valores de los Estados, a la par que otros de la Unión.

Hasta ahora, estos mecanismos han actuado como instrumentos utilizados bajo supervisión europea en el ámbito comunitario. Parece verse un horizonte próximo de una verdadera Constitución Europea con catálogo propio de derechos fundamentales que debería de llevar una asunción plena de un orden público europeo, tanto en su definición como en su articulación técnico-jurídica.

Pero ante esta incertidumbre se plantea si se pueden recoger una serie de principios y valores que formen parte del orden público europeo. Y ante este planteamiento cabe afirmar que existen dos textos fundamentales en esta cuestión: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁶, y la Convención Europea de los Derechos del

³⁵López-Tarrella Martínez, A., "Reconocimiento y ejecución de sentencias en el marco del espacio judicial europeo". *AEDIPR*, 2003, pp.821-824

³⁶ DOCE C/364/1 de 18 de diciembre de 2000.

INTRODUCCIÓN

Hombre de 1950 que recogen los derechos fundamentales que inspiran la Unión Europea en su totalidad, por lo que la respuesta sería afirmativa.

La solución se está logrando mediante los dictados de los jueces nacionales, cuyas sentencias van definiendo cada vez más la operatividad y alcance del orden público, inclinando la balanza hacia un concepto unitario europeo. Pero lo que es cierto es que hay que establecer un límite que haga base para la construcción de un orden público europeo.

¿Y cuál sería éste? Está meridianamente claro que debería de ser los derechos humanos. Pero cuáles, ¿los recogidos en la legislación de cada estado o, además, aquellos recogidos en los tratados internacionales que hayan suscrito los Estados? Parece que la respuesta correcta debiera ser la segunda opción, pero este aspecto lo desarrollaremos a lo largo del primer capítulo.

Por otra parte, se va a analizar si ante instituciones como el repudio y la poligamia, los órganos jurisdiccionales aplican la cláusula de orden público. Y, si dicho reconocimiento lleva implícito una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental el cual llevará automáticamente el hecho de denegar el reconocimiento solicitado por ser contrarias al propio respeto de los derechos humanos.

De la misma forma, se analizará la figura de los Tribunales Arbitrales de la *sharia* como sistema de resolución de conflictos de tipo islámico principalmente en materia de familia. Así, se puede plantear los siguientes interrogantes: ¿Es posible que la *sharia* se aplique en los Estados occidentales en virtud de la libertad religiosa que se concede a las personas físicas en los ordenamientos jurídicos occidentales?

INTRODUCCIÓN

Partimos, por tanto, de conceptos, de categorías como ordenamiento jurídico y libertad religiosa, tal como son entendidas en Occidente, y que tal vez desde la perspectiva islámica sean impropias. La creación en Amberes (Bélgica) de un tribunal islámico por iniciativa parte del grupo musulmán *Sharia4Belgium* llevó incluso a las preguntas europeas sobre la institución de un tribunal islámico en Amberes basado en la ley de la *sharia* para litigios en materia de derecho de familia y su posible violación de la Carta de los derechos fundamentales.

De igual forma, es interesante examinar, y se hará en el último capítulo, la inseguridad jurídica que supondría que parte de los ciudadanos de un estado queden legalmente obligados por decisiones que supongan la efectiva aplicación de la *sharia* cuando sus disposiciones entren en contradicción con el orden público protegido por la ley.

En el sentido indicado, se analizarán dos sentencias, una del TEDH y otra del TJUE en relación a la aplicación de la *sharia* islámica en Europa. La primera de las sentencias a analizar es la que se dictó por el TEDH referente al asunto Molla Salli y en relación a la aplicación de la *sharia* islámica en Europa.

2.-METODOLOGÍA

El trabajo que se presenta es de carácter exploratorio, descriptivo y deductivo. Exploratorio porque comienza por un acercamiento al tema a tratar, mediante la recopilación de información significativa sobre el orden público internacional, lo que ofrece una imagen del panorama actual del mismo.

INTRODUCCIÓN

Hecho esto, se realiza un análisis descriptivo en el que se determina la realidad marroquí mediante una aproximación al matrimonio islámico, analizando los aspectos conflictivos en el ámbito de las relaciones de familia, para posteriormente conectarlo con el análisis del orden público internacional en lo que se refiere a materia del repudio y poligamia bajo la ley de matrimonio islámica, concretando el estudio a la aplicación de la *sharia* que establece el derecho marroquí.

A continuación, y para finalizar la fase descriptiva, se presenta un examen de los tribunales arbitrales de la *sharia*, analizando el sistema musulmán en materia de matrimonio en el Sahara, incidiendo en la Ley de 19 de abril de 1961 sobre la organización del régimen jurídico de la provincia del Sahara, terminando con una breve referencia a la aplicación de la *Sharia* en Europa, analizando al respecto los asuntos *Molla Salli y Soha Sahyouni contra Raja Mamisch*.

Como consecuencia lógica del método deductivo, que se basa en el proceso de partir de lo general para ir hacia lo particular, y que es el aplicado en esta tesis, se extraen las conclusiones que se derivan de los análisis exploratorio y descriptivo y se plantean propuestas de unificación de criterios en materia de repudio y poligamia, en el orden público internacional, más concretamente, en el europeo, puesto que es el entorno más afectado.

Para lograr los objetivos propuestos se realiza una amplia revisión bibliográfica con el fin de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas, la metodología a utilizar es la que a continuación se desprenden las siguientes fases del trabajo:

1ª Fase: Profunda revisión y análisis de los textos científicos relacionados con el derecho internacional privado, más concretamente el orden público internacional, así como el repudio y la poligamia, libros publicados, textos religiosos, tesis doctorales,

INTRODUCCIÓN

informes, artículos en revistas de impacto, estadísticas, páginas web, actas de congresos.... Asimismo, hemos consultado bases de datos tales como WOS, SCOPUS, PROQUEST, Base de datos de Aranzadi, revistas *on line*: CDT, REEI, AEDIPR, REDI, *In dret*, Millenium- Bitácora derecho internacional privado, “*conflicts legum*”, etc... Estas fuentes de información son indispensables para poder alcanzar los objetivos propuestos.

La metodología seguida ha sido recopilar todo el material anteriormente expuesto para investigar primeramente sobre la realidad de matrimonio islámico en Europa y los problemas derivados de la integración de la sociedad multicultural y la flexibilización del orden público ante la clasificación de la procedencia jurídica de dichas instituciones extranjeras, como pudiera ser el repudio y la poligamia. En este sentido, se realiza un estudio por separado de las dos figuras y su relación con la figura del orden público, realizando una aproximación teórica y práctica, analizando tímidamente la jurisprudencia emitida tanto a nivel estatal como a nivel europeo, dígase la del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y a nivel europeo, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante TEDH), así como la jurisprudencia emanada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

Asimismo, se analizan los estudios existentes en el avance hacia un orden público europeo como una realidad integrada por la normativa de derechos humanos en la Unión Europea³⁷.

³⁷ Poillot-Peruzzeto, S., “La incidencia de las modalidades del reconocimiento de decisiones en el espacio judicial europeo en la dualidad orden público nacional /orden público europeo”, AEDIPr, volumen 9, 2009, p.p. 179-199.

INTRODUCCIÓN

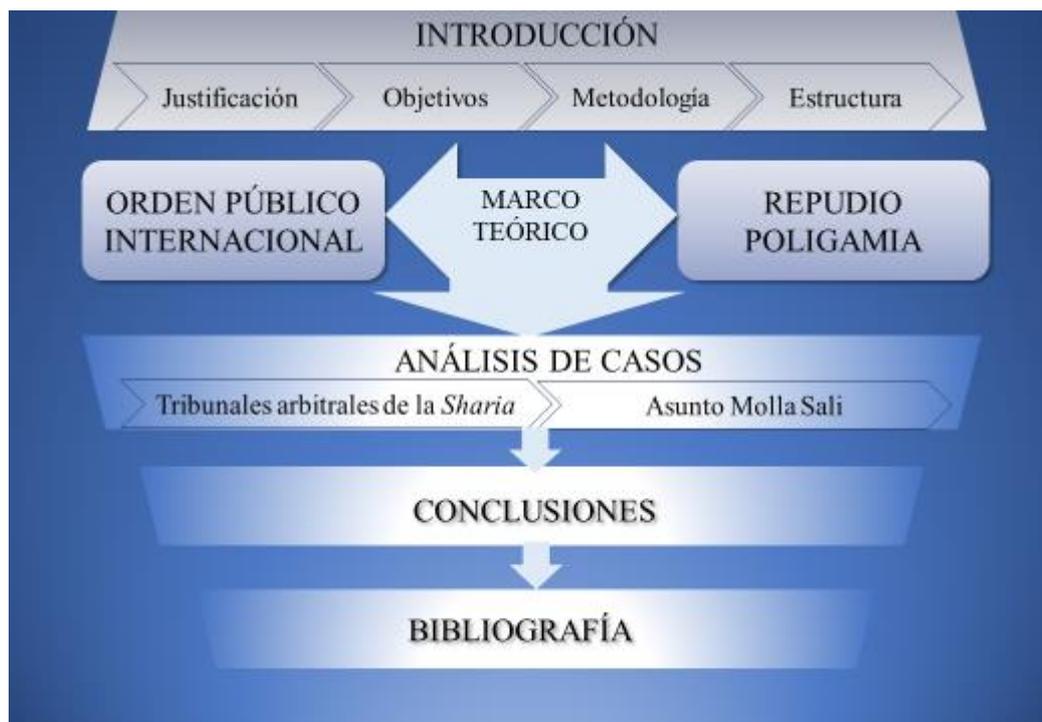
2ª Fase: Examen y análisis de los Tribunales Arbitrales de la Sharia, realizando una breve referencia a la aplicación de la Sharia Islámica en Europa, analizando para ello dos sentencias relevantes, una dictada por el TEDH, el asunto Molla Sali y otra dictada por el TJUE, el asunto Soha Sahyouni contra Raja Mamisch.

3ª Fase: Conclusiones del trabajo deductivo y futuras líneas de investigación que pudieran ir enfocadas en el estudio de la jurisprudencia nacional de distintos países europeos, así como la doctrina referente al orden público internacional y sus directrices.

INTRODUCCIÓN

3.-ESTRUCTURA

Para alcanzar el objetivo de esta investigación, este trabajo se estructura en los siguientes capítulos o bloques, siguiendo el esquema indicado:



Fuente: Elaboración propia

En el primer capítulo se analizará la aproximación al matrimonio islámico, incidiendo en los aspectos conflictivos en el ámbito de las relaciones de familia, haciendo especial referencia a la realidad marroquí. Análisis que se iniciará por examinar las sociedades multiculturales y la realidad de la convivencia de la sociedad musulmana en España, incidiendo en la integración de la sociedad multicultural desde la flexibilización de la cláusula de orden público. De igual modo, se realiza una aproximación al estudio de la reforma del Código marroquí de Familia desde el punto de vista de la visión de la

INTRODUCCIÓN

familia en el Corán y desde la realidad de la situación de la mujer en la práctica judicial marroquí.

Para ello, posteriormente en el segundo capítulo se realizará el estudio del repudio y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español, junto al análisis del derecho internacional privado como modulador en la intervención de la cláusula del orden público internacional ante las instituciones jurídicas extranjeras, analizando las características principales de flexibilización y especialización del mismo. En este sentido se estudiará el efecto atenuado del orden público ante instituciones extranjeras en el derecho de familia.

En el tercer capítulo se analizará la poligamia y su visión en el ordenamiento jurídico español y la respuesta judicial ante la institución de la poligamia. Asimismo, se observará la poligamia desde el prisma de los derechos fundamentales, terminado con el análisis de dicha figura y el orden público atenuado, incidiendo en los efectos nucleares y periféricos de la misma.

Tal y como destacábamos en el anterior capítulo, en este también se analiza la pretensión de la cláusula del orden público respecto a la flexibilización y la especialización. En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, dicha flexibilización y especialización de la cláusula de orden público internacional debiera venir acompañada de un sistema eficaz de información del Derecho extranjero, ya que, de este modo, se evitaría que la justicia material del caso concreto pudiera resultar frustrada por la mayor o menor diligencia de la parte que insta el exequátur.

No se debe como ocurría tradicionalmente, denegar el reconocimiento en el foro de un repudio pronunciado en el extranjero por el hecho vulneración del derecho a la

INTRODUCCIÓN

igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, sino que habrá que valorar si, en el caso concreto de que se trate, el reconocimiento en el foro del efecto jurídico del repudio solicitado por la parte que insta el reconocimiento produce o no una vulneración del referido derecho. Dicha distinción debería tenerse muy en cuenta por los jueces a la hora de decidir sobre la intervención de la cláusula de orden público.

En definitiva, se va a analizar si ante instituciones como el repudio y la poligamia, los órganos jurisdiccionales aplican la cláusula de orden público. Y, más en concreto, si llega a la situación que dicho reconocimiento lleva implícito una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental (como es el caso del derecho a la dignidad de la persona), habrá de denegarse el reconocimiento solicitado (o, al menos, procederse a un reconocimiento parcial, denegando el reconocimiento de la pretensión jurídica concreta que produce dicha vulneración), sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales.

Asimismo, también se procederá al análisis de la dimensión del orden público como una *excepción* a la aplicación de la ley o sentencias extranjeras cuando contravienen los principios e ideologías que conforman el núcleo central de un Estado.

En este sentido, Carlos Holguín define el concepto de orden público en el campo del derecho internacional privado de manera muy sencilla. Para él, radica en “ser una

INTRODUCCIÓN

excepción a la aplicación normal de las leyes extranjeras o de las sentencias o laudos proferidos en el exterior”³⁸.

Tanto en el segundo como en el tercer capítulo la investigación se centrará en el estudio del repudio y la poligamia en el islam³⁹ y su estrecha relación con la vulneración de los principios fundamentales tanto de nuestro ordenamiento jurídico a nivel estatal como a nivel europeo. Asimismo, se investigará sobre si las instituciones de repudio y poligamia como tales tendrían que ser rechazadas por ser contrarias al principio de igualdad entre hombre y mujer.

Para ello, se analizará el matrimonio islámico, el repudio como una forma de disolución del mismo y la poligamia, así como las fuentes jurídicas de dicha institución, incluido evidentemente, el libro Sagrado del Corán. Partiendo del estudio del mismo he analizado la reforma del Código de Familia marroquí (*la Mudawwana*), concluyendo que, a pesar de su apariencia de modernidad, la tradición aún está presente, lastrando la protección de los derechos humanos, y más concretamente de la mujer.

Todos los esfuerzos que se han hecho hasta el momento no han logrado la igualdad entre el hombre y la mujer. La discriminación de la mujer sigue siendo una realidad que se refleja claramente en la falta de un marco legal que penalice la violencia de género, en la discriminación salarial, en las actividades femeninas no remuneradas, en el diferencial

³⁸ Holguín Holguín, C., “La noción de orden público en el campo internacional” en: *Escritos*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p.p. 9 y ss.

³⁹ Nezar Ahmad Al-Sabbagh, “La poligamia en el Islam. Compendio que resume el sistema de la poligamia en el Islam”, Madrid, 1979.

INTRODUCCIÓN

de los niveles de paro, siempre más elevado entre las mujeres, y en que muchas mujeres no disfrutaban de asistencia sanitaria a pesar de tener un puesto de trabajo.

La Constitución marroquí nacional, reformada en 2011, garantiza la igualdad de las mujeres, esto es, en el preámbulo se establece la obligación de eliminar y combatir todas las formas de discriminación, incluyendo la discriminación por género⁴⁰ A pesar de estas disposiciones se denuncian numerosas violaciones por discriminación en contra de la mujer, inclusive a nivel de la legislación vigente, unido a la reticencia a modificar normas discriminatorias.

En el sentido indicado, la CNDH concluye que *“la aplicación de la Constitución se ha caracterizado por una evaporación gradual de las promesas constitucionales”*. Así, entre otras cosas denuncian retrasos en el establecimiento de la Autoridad para la paridad y la lucha contra todas las formas de discriminación (APALD) y el Consejo Consultivo para la Familia y la infancia (CCFE)⁴¹.

Se puede afirmar que con el nuevo código de familia Marruecos ha progresado bastante en la promoción de los derechos de la mujer, aunque falta mucho trabajo tanto para la aplicación de las reformas aprobadas como para llenar los vacíos legales que sigue teniendo el nuevo código, instando desde instituciones europeas a que se cumplan premisas básicas e ineludibles en el ámbito de la no discriminación y la protección de la

⁴⁰ UK Home Office: Country Policy and Information Note Morocco: Sexual Orientation and Gender Identity, Julio 2017, p.10.

⁴¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos de Marruecos. Balance sobre la igualdad y de la paridad en Marruecos. Preservar y hacer más efectivos las finalidades y los objetivos constitucionales. Resumen ejecutivo de julio de 2015.

INTRODUCCIÓN

mujer. Así, el Comité de Derechos Humanos en 2016 manifestó preocupación por lo siguiente a pesar de los avances legales recientes:

“[...]a) la prevalencia de la violencia contra la mujer; b) el bajo porcentaje de denuncias y enjuiciamientos de autores de actos de violencia, debido sobre todo a la falta de medidas de protección y de estructuras de acogida, y al hecho de que las víctimas que denuncian una violación corren el riesgo de ser enjuiciadas, por la tipificación como delito de las relaciones sexuales extramatrimoniales consentidas entre adultos; c) el alcance limitado de la disposición penal que tipifica como delito el acoso sexual; y d) el hecho de que las reformas legislativas que se están efectuando mantengan ciertas disposiciones discriminatorias, como la previsión de circunstancias atenuantes en casos de “delitos de honor” (arts. 3, 6, 7 y 17)[...]”⁴².

Y frente a esto le exigió a Marruecos,

“[...]a) enmendar rápidamente su legislación nacional para garantizar una protección adecuada de las mujeres contra la violencia y el acoso sexual; b) facilitar la presentación de denuncias por violencia, asegurándose de que los casos de violencia contra la mujer sean investigados a fondo, de que los autores sean enjuiciados y condenados y de que las víctimas tengan acceso a recursos útiles y no sean enjuiciadas por mantener relaciones sexuales extramatrimoniales; y c) garantizar la atención jurídica, médica y psicológica a las víctimas de violencia

⁴² Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Marruecos. Comité de Derechos Humanos de ONU. Documento Nro. CCPR/C/MAR/CO/6. 1 diciembre 2016, p. 4.

INTRODUCCIÓN

doméstica y sexual, y mejorar los servicios de las estructuras de acogida y los mecanismos de atención a las víctimas[...]⁴³.

Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la realidad de la población femenina está muy lejos de los estándares establecidos por los convenios internacionales sobre derechos humanos y de la mujer.

A pesar de la incipiente modernidad del mencionado Código de Familia, la aplicación del contenido del texto normativo resulta muchas veces complicada por el peso de la tradición islámica en el ámbito judicial. A ello se ha de añadir la dificultad que entraña el marco jurídico tanto el español como el europeo para aceptar resoluciones islámicas como el acto de repudio o la poligamia, alegando una y otra vez el orden público internacional para evitar su reconocimiento judicial y para la inaplicación de la ley extranjera.

En relación al cuarto capítulo, se realizará el análisis de los Tribunales Arbitrales de la *Sharia*, en el que se incidirá en la aproximación al sistema musulmán en materia de matrimonio en el Sahara, mencionando la Ley de 19 de abril de 1961 sobre la organización del régimen jurídico de la provincial del Sahara, continuando con el estudio de la llamada “interlegalidad procesal” como solución de controversias en las leyes personales de carácter confesional y terminando con la realización de una breve referencia a la aplicación de la *Sharia* Islámica en Europa, analizando para ello dos sentencias relevantes, una dictada por el TEDH, el asunto *Molla Sali* y otra dictada por el TJUE, el asunto *Soha Sahyouni* contra *Raja Mamisch*.

⁴³ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Marruecos. Comité de Derechos Humanos de ONU. Documento Nro. CCPR/C/MAR/CO/6. 1 diciembre 2016, p. 4.

INTRODUCCIÓN

4.- OBJETO DE LA INVESTIGACION

El principal objeto de esta investigación es la aproximación al matrimonio islámico, analizando los aspectos conflictivos dentro de las relaciones de familia conectando seguidamente con el estudio del orden público en su ámbito tanto nacional como internacional como excepción al reconocimiento de resoluciones extranjeras, y a la aplicación de legislación extranjera, centrándose el estudio en el repudio y la poligamia en países islámicos, más concretamente en Marruecos por ser el ejemplo más occidentalizado de los mencionados países, tal y como lo desarrollaremos a lo largo de esta investigación y, por la incidencia del papel de la mujer en la modernización social y cultural del país.

Para ello, se ha ido observando la respuesta jurídica en aras a su aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos ante las resoluciones extranjeras, analizando desde el español hasta el comunitario. Asimismo, se ha analizado si es real la protección con la tan manida alusión al orden público internacional, respecto a las vulneraciones de derechos fundamentales, o si por el contrario es únicamente fruto de la cerrazón a culturas distintas a las propias por temor a la interferencia de las mismas en nuestro ordenamiento jurídico.

El Derecho de familia internacional ha evolucionado tanto que ha llegado necesariamente a la flexibilización del DIPr. en general, y de la cláusula de orden público internacional en particular. Es cierto que este aspecto no tendría por qué suponer una merma de la seguridad jurídica pero sí es cierto que está creando una especial sensibilidad,

INTRODUCCIÓN

incluso llegando hasta fisuras entre ambos tribunales, el Tribunal de Estrasburgo y el TJUE.

En España, dicha flexibilización de la cláusula de orden público internacional se observa tanto en el sector del Derecho aplicable (art. 12.3 del Código Civil⁴⁴), como en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (Regulados estos aspectos por la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación Internacional en materia civil⁴⁵ que en su título V regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros Públicos⁴⁶).

La ley 29/2015 propicia este modo de proceder, esto es, permite que pueda tener lugar la flexibilización propugnada. La tendencia a la flexibilización del Derecho, apreciable tanto en nuestra disciplina como en las restantes ramas del ordenamiento jurídico estatal, nos parece especialmente apta para afrontar los problemas de las actuales sociedades multiculturales.

⁴⁴ El artículo 12 Cc establece que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. 2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. 3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. 4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española. 5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado. 6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.

⁴⁵ BOE núm.182 de 31 de julio de 2015, páginas 65906 a 65942.

⁴⁶ Entre los artículos de dicha ley, tendríamos los recogidos en el título V, destacan las siguientes regulaciones: Ámbito de aplicación (artículo 41); el procedimiento de exequátur (artículo 42), definiciones (artículo 43), el reconocimiento (artículo 44), las resoluciones extranjeras susceptibles de modificación; causas de denegación del reconocimiento (artículo 46).

INTRODUCCIÓN

Resulta interesante observar y analizar la "aparente incapacidad" de los legisladores estatales para adecuar los sistemas jurídicos a las exigencias derivadas de la multiculturalidad (lo cual es fundamentalmente debido a los cambios sociales vertiginosos que el complejo fenómeno de la multiculturalidad lleva consigo), los órganos jurisdiccionales constituyen la "pieza clave" en la respuesta del mundo jurídico a las actuales y complejas sociedades multiculturales⁴⁷.

Del previo análisis parece deducirse que la "multiculturalidad es una de las características que parecen reforzar la visión de los jueces en un mundo en el que la norma parece abocada a perder su papel imperial"⁴⁸.

En cualquier caso, es preciso tener muy presente que la flexibilización de la cláusula de orden público internacional, y el consiguiente margen de apreciación concedido a los órganos jurisdiccionales, ha llevado a una cierta inseguridad jurídica y a una desnaturalización de la justicia material en el caso concreto.

⁴⁷ Rodríguez Benot, A., "El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes" en Combalía Solís, Z. / Diago Diago, M.P. /González-Varas, A. (Coords.) *Derecho islámico e interculturalidad*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 89-110.

⁴⁸Esplugues Mota, C., "Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)" en Rodríguez Benot, A., (Dir.) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Ed. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 89-100 describe los tres modelos de respuesta que Europa ha adoptado frente al fenómeno migratorio: la asimilación – la cultura de la sociedad de acogida más fuerte, se impone a la sociedad de origen, más débil –, la integración – los inmigrantes pueden realizar determinadas prácticas culturales, que no se limitan a la simple esfera privada, en el territorio de la sociedad de acogida – y la autonomía – se permite al inmigrante participar en la sociedad de acogida en condiciones iguales a las de los nacionales –.

CAPITULO I

1.- APROXIMACIÓN AL MATRIMONIO ISLÁMICO: ASPECTOS CONFLICTIVOS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REALIDAD MARROQUÍ

1.1.-SOCIEDADES MULTICURALES Y CONFLICTOS DE CIVILIZACIONES

Desde hace algunas décadas se observa en las sociedades europeas la presencia de un importante núcleo de población formado por habitantes procedentes de culturas distintas a las occidentales, surgiendo las actuales sociedades multiculturales. Dicha globalización ha traído consigo los conflictos de civilizaciones⁴⁹. Normalmente, estos conflictos se producen entre los principios occidentales⁵⁰ y los islámicos. Tal y como ha puesto de manifiesto S. Tarrés Chamorro, ser musulmán “no es solo hacer las oraciones diarias preceptivas, abstenerse de comer cerdo, beber alcohol o practicar el ayuno de ramadán, ser musulmán implica un sistema de vida”⁵¹.

⁴⁹Como ha puesto de manifiesto Tarrés Chamorro, el "inmigrante es portador de una cultura, de todo un sistema de códigos y valores que ha interiorizado en la sociedad de origen, y que intenta reproducir en la de destino. A la vez que todo hecho migratorio implica una adaptación al nuevo entorno y, en consecuencia, una reorganización cultural, una selección de lo que es válido de la propia cultura junto a un aprendizaje de los nuevos códigos" (Tarrés Chamorro, S., "Religiosidad de los inmigrantes magrebíes: Yines y Chaitanes, "La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales", bajo la edición de M^a.J. Escartín Caparrós y de M^a.D. Vargas Llovera, Alicante, 1999, pp. 127-148, pp. 143-144).

⁵⁰Adam Muñoz, M^a.D., "La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001.

⁵¹ Tarrés Chamorro, S., *loc. cit.*, 1999, pp. 127.

Esto es, detrás del propio derecho islámico subyace la propia ética religiosa islámica, mientras que detrás de los ordenamientos de los países occidentales parece estar presente una ética agnóstica⁵².

Como consecuencia de esta multiculturalidad existen áreas de la vida de las personas que más se han visto afectadas, tales como el derecho de la persona y de la familia, y dentro de dicho ámbito jurídico, la disolución matrimonial. Existen determinadas instituciones jurídicas extranjeras, tales como el repudio o la poligamia, objeto de la presente investigación, que están basadas en principios y valores opuestos a los occidentales.

Para un correcto entendimiento de lo que es la identidad islámica, se ha de tener en cuenta que el Islam además de ser una religión monoteísta, está considerado como una comunidad de creyentes del Islam que profesan tal religión⁵³. Es una realidad que el Islam está en plena expansión en Europa y no es una afirmación alejada de la realidad si atendemos a los datos que nos ofrece el informe *“Europe is Growing Muslim Population”* del Instituto *“Pewresearch Center”*⁵⁴. De acuerdo con este informe, en el año 2017, el 4,9 % de la población en Europa era ya musulmana.

⁵² Mikunda Franco, E., *op. cit.*, 2001, pp. 201-202.

⁵³ Fernández-Coronado, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, enero-abril 2009, p.p. 126-134.

⁵⁴ Noviembre de 2017, www.pewresearch.org.

1.2.-MODELOS DE FAMILIA ISLÁMICA EN EUROPA

A la vista de estos datos, se observa una sociedad europea cada vez más variada o heterogénea desde el punto de vista social y religioso⁵⁵. Esto trae obligatoriamente la conjunción de dos modelos de familia radicalmente opuestos: modelos de familia europeos⁵⁶ (teniendo en cuenta que dentro de Europa también existe una gran heterogeneidad entre los diversos modelos de familia en los respectivos Estados) y occidentales con modelos de familia islámicos que se basan en esquemas religiosos que mantienen la religión como eje central de sus aspectos jurídicos⁵⁷. Y como elemento a proteger en ambos modelos de familia estaría el respeto a los derechos fundamentales tales como el principio de igualdad de trato y no discriminación.

Claro ejemplo de la coexistencia de sistemas occidentales e islámicos se observa gracias al estudio del centro de Investigación *Pew Research Center*, con sede en Washington, que ha evaluado en clave de prospección el crecimiento de la población musulmana en Europa en las próximas tres décadas, valorando tres diferentes escenarios dependiendo de las tendencias de los flujos migratorios.

La investigación parte del incremento récord registrado en 2015 cuando la población musulmana en Europa alcanzó los 1,3 millones. Así, se realiza una previsión en el sentido de que dicha población aumentará de los cerca de 25 millones en 2016 a entre 35 y 75 millones en 2050. Como proporción de la población total del continente, esto

⁵⁵Moreno Antón, M., “El matrimonio islámico ante el derecho español”, Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, UPV, San Sebastián, 2001, p.68.

⁵⁶Diago Diago, M. P., “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.). *Mundialización y familia*, Ed. Colex. Madrid 2001, pp. 143-176.

⁵⁷Fadlallah, I., “*La famille légitime en Droit international privé, (ledomaine de la loi applicable aux affets du mariage)*”, París, 1977.

representa un aumento que oscila entre el 5 y el 14 por ciento. Así se observa:

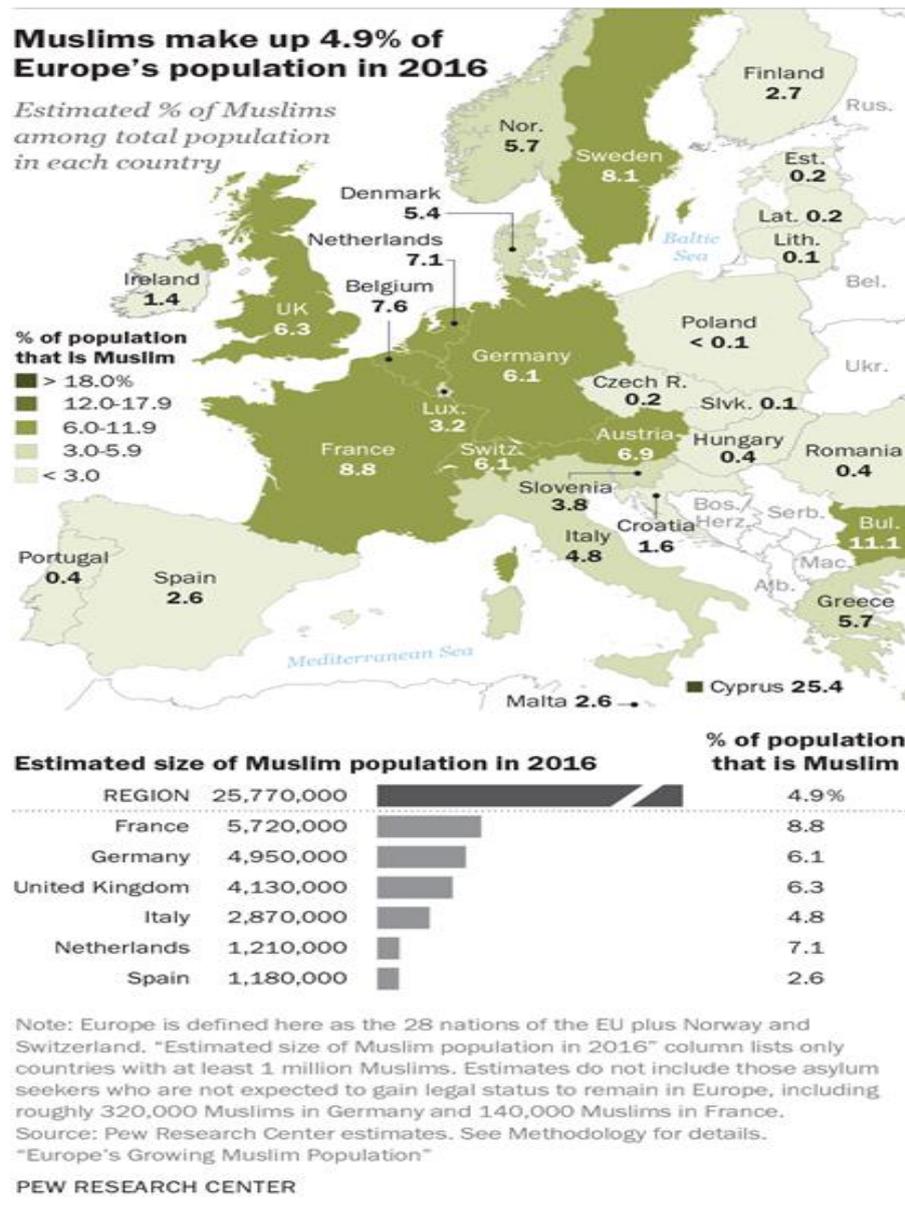
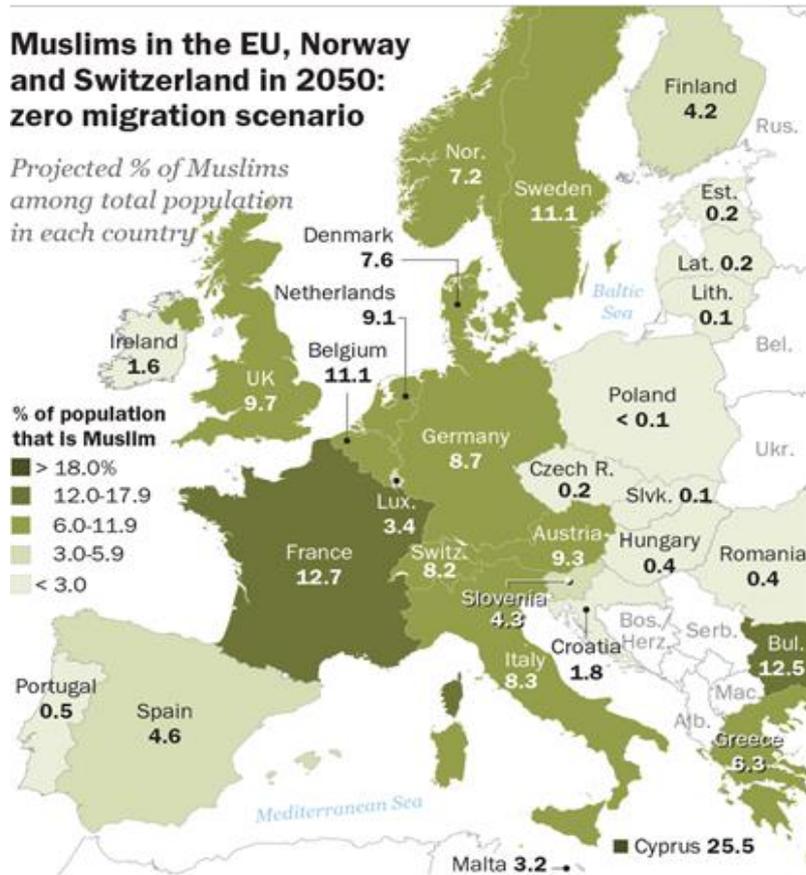


Figura 1: Población musulmana en Europa en 2016

Fuente: Pew Research Center (2018)

Muslims in the EU, Norway and Switzerland in 2050: zero migration scenario

Projected % of Muslims among total population in each country



Projected size of Muslim population in 2050 under ZERO migration scenario

REGION	Size of Muslim population in 2050	% of population that is Muslim
EUROPE	35,770,000	7.4%
France	8,600,000	12.7
United Kingdom	6,560,000	9.7
Germany	5,990,000	8.7
Italy	4,350,000	8.3
Spain	1,880,000	4.6
Netherlands	1,510,000	9.1
Belgium	1,250,000	11.1
Sweden	1,130,000	11.1

Note: In zero migration scenario, no migration of any kind takes place to or from Europe. "Size of Muslim population in 2050 ..." column lists only countries with at least 1 million Muslims.

Source: Pew Research Center projections. See Methodology for details. "Europe's Growing Muslim Population"

PEW RESEARCH CENTER

Figura 2: Previsión población musulmana en Europa 2050

Fuente: Pew Research Center (2018)

Por lo expuesto, la realidad de la multiculturalidad y de la convivencia entre la población musulmana y la europea existe por lo que es necesario establecer mecanismos de armonización jurídica entre ambas culturas⁵⁸.

1.3.-REALIDAD DE LA CONVIVENCIA DE LA SOCIEDAD MUSULMANA EN ESPAÑA. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA

En España, tras el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto en el artículo 16.1 de la Constitución española⁵⁹, se consagra el derecho al ejercicio de las prácticas propias de todas las confesiones religiosas en el contexto establecido por la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa⁶⁰. Y en virtud de esa norma, las creencias religiosas no pueden constituir un motivo de discriminación. Como limitación de este derecho, la Ley Orgánica 7/1980 establece que:

“[...]tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática [...]”.

Precisamente, es en el contexto de la protección del orden público en el cual se analiza si el ejercicio de determinadas prácticas relacionadas con la identidad islámica, como es el repudio o el matrimonio poligámico, deberían de ser prohibidos o en su caso observar cuál ha de ser su eficacia jurídica.

⁵⁸ Aldeeb Abu-Sahlieh, S. A. y Bonomi, A., “*Le Droit musulman de la famille et des successions á l’épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés á l’immigration des musulman en Allemagne, en Angletérre, en France, en Espagne, en Italie et Suisse)*”, Zúrich, 1999, p. 25.

⁵⁹ BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

⁶⁰ BOE núm. 177 de 24 de julio de 1980.

En el ámbito de la Unión Europea, está igualmente reconocido el derecho a la libertad religiosa tal y como se deduce de su integración en el artículo 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

“[...]Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o convicción individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos [...]”.

Asimismo, el artículo 17 del Tratado Fundacional de la Unión Europea determina que:

“[...]La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas [...]”.

La posición de la Unión Europea en materia de libertad religiosa parece poco intervencionista; esto es, respeta la libertad religiosa pero no interfiere en la configuración de la misma por los respectivos Estados miembros. A pesar de ello, el contenido de la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶¹, parece que va más allá, estableciendo en su artículo 2, el concepto de discriminación en los siguientes términos:

⁶¹ Publicado en DOCE núm. 303 de 2 de diciembre de 2000, págs. 16 a 22, referencia DOUE-L-2000-82357.

“[...]A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1[...]”.

A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

“[...]existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

-existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

- i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
- ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica [...].”

Esto es, recoge el derecho que obliga a todos los Estados miembros a evitar cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, en relación a disposiciones,

criterios o prácticas que puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción⁶².

Tal y como ha interpretado el TJUE el concepto de religión protegida, tiene como limitación que se justifique con una finalidad legítima, tal y como establece el mencionado artículo 2.2 de la Directiva 2000/78⁶³. Tal finalidad puede tener relación con la limitación establecida por la Ley Orgánica 7/1980 en España en el sentido de que el derecho a la libertad religiosa no puede ir en contra del orden público, y será legítimo restringir cualquier práctica religiosa que produzca tal efecto.

En sentido similar, el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales reconoce en su artículo 9 el derecho a la libertad de conciencia y de religión de toda persona que incluye “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos” pero que puede ser objeto de restricción si ello es necesario para la protección “del orden, de la salud y de la moral pública

Esto es, si este derecho se conecta con las prácticas propias del islamismo, tales prácticas sólo podrán restringirse cuando ello responda a una finalidad legítima, cual es el mantenimiento del orden público en el Estado de que se trate⁶⁴. Por todo ello, resulta interesante en este momento el estudio de la institución del orden público. El orden público

⁶² Rodríguez Araujo, A., “Iglesia y organizaciones no confesionales en la Unión Europea: el artículo 17 del TFUE” Eunsa, Madrid, 2012, p.226.

⁶³ STJUE de 14 de marzo de 2017, Caso Asma Bougnaoui y Association de defense des droits de l’homme (ADDH) contra Micropole, S.A. (ECLI:EU:C:2017:204).

⁶⁴ Lagarde, P., “*La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la repudation*”. L’expérience française, París, 1993

es una parte importante de objeto de estudio por parte del Derecho internacional privado, pero a pesar de ello existen innumerables definiciones conceptuales de lo que es el orden público internacional.

¿Por qué centrar esta investigación, dentro del mundo islámico, en Marruecos?

Las transformaciones sociales y políticas recientemente vividas en la sociedad marroquí han tenido a la mujer como gran protagonista⁶⁵. Es realmente el caso de Marruecos el que llama la atención, tanto en el ámbito del Magreb como en el del conjunto de países musulmanes. En el sentido indicado, el movimiento de la mujer avanza en el Reino Alauí y está obteniendo resultados que no pueden pasar desapercibidos, dada su transcendencia política y sociológica.

Asimismo, es singular el islamismo marroquí, que lo hace diferente del resto de movimientos islamistas presentes en el Magreb y en todo el mundo islámico. Esto tiene que ver con el contexto religioso, social, económico y político del referido país.

Al contrario que las asociaciones feministas, en cuya ideología la mujer se sitúa como el centro del análisis y objetivo primordial de su actuación⁶⁶, especialmente en Marruecos, cuyo movimiento feminista se ha desarrollado mayoritariamente en torno a parámetros laicos y militantes de corte europeo y más concretamente francés⁶⁷.

El actual Marruecos presenta unas condiciones sociales, políticas, laborales y económicas para las mujeres muy distintas a las de hace un siglo. Ahora la mujer comienza a adquirir roles protagonistas, y este fenómeno es un factor determinante para la

⁶⁵ Abdelkefi Zlitni M., “La mujer musulmana. (a través del matrimonio)”, Granada, Vulcano Ediciones, 1998, p.p. 43-47.

⁶⁶ Mohamed Sghir Janjar, “Surgimiento de la sociedad civil en Marruecos: el caso del movimiento asociativo femenino”. En Maria-Àngels Roque (Ed.). La sociedad civil en Marruecos. Barcelona: Icaria, 2002, pp. 106-117.

⁶⁷ Carmen Gómez Camarero, C., “El movimiento femenino y feminista en Marruecos”. En Pérez Beltrán, C. y Ruíz Almodóvar, C. (Eds.). “El Magreb: coordenadas socioculturales”. Granada: Estudios Árabes Contemporáneos, 1995, pp. 37-39.

modernización de los países en vías de desarrollo que, durante gran parte de su historia, renunciaron a tan valiosa contribución para la modernización de sus instituciones.

Hace tan sólo 50 años casi todas las mujeres marroquíes eran o amas de casa o esclavas. Casi todas eran analfabetas y se les prohibía salir de sus casas, salvo extraños casos. La tradición y los valores dominantes eran el origen de todas las formas de pensamiento supersticioso y oscurantista. No tenían derecho a elegir a su futuro marido, los padres imponían sus elecciones y los hijos, hombres y mujeres, tenían que obedecer. Los matrimonios se formaban dentro de la tribu, a menudo con el primo, dada la extensión de la familia patriarcal, la esposa se encontraba bajo la autoridad de su suegra, que decidía su destino⁶⁸.

Es interesante reflexionar sobre la situación de Marruecos y su sistema de valores, y se puede analizar su posición en las dos dimensiones que Inglehart y Welzel⁶⁹ consideraban esenciales para medir el grado de modernización de un país. En el eje vertical, aparece recogida la dimensión formada por el tradicionalismo y la secularización, mientras en el horizontal se presenta el eje formado por el materialismo y el post materialismo.

Como se puede apreciar en la figura 1 posterior, Marruecos aparece con una «baja puntuación» en ambas dimensiones. El tradicionalismo y la secularización obtienen -1,7, y el materialismo y el post materialismo, -1,2.

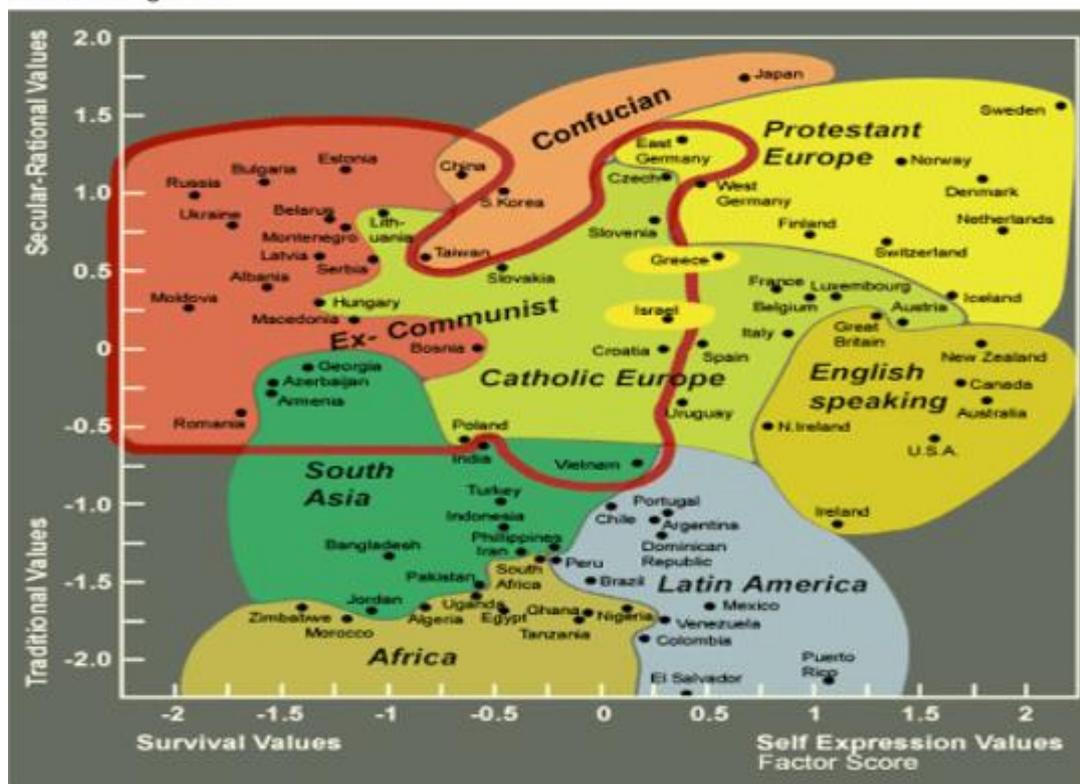
Estos datos sitúan a Marruecos en la zona inferior izquierda del plano, o sea, entre los países más distantes al modelo de la modernidad. La subdimensión sobre la participación laboral y formativa de la mujer marroquí sería indicativa de ambas

⁶⁸ Hernández Corrochano, E., “Diferentes perspectivas sobre el estudio de la familia en el norte urbano de Marruecos: Un análisis desde una perspectiva de género”, Papeles del CEIC, 2008, 35 (1), pp. 1-29.

⁶⁹ Inglehart, R. y Welzel, C., “*Modernization, cultural change and democracy*”, 2005, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 63-64.

dimensiones, aunque con particular acento en el materialismo y el post materialismo, tal y como destacan Inglehart y Welzel en sus planteamientos.

Figura 1. Grado de modernización de países en función de su ubicación en plano bidimensional de Inglehart



Fuente: INGLEHART, Ronald y WELZEL, Christian (2005). *Modernization, Cultural Change and Democracy*. Nueva York: Cambridge University Press, 64. En base a datos de la Encuesta Mundial de Valores (www.worldvaluessurvey.org).

En el sentido indicado, se observa que en Marruecos está abierto un proceso de apertura a la modernidad y a la emancipación femenina, fenómenos que se manifiestan con logros importantes en materia de empleo y formación. Estos dos elementos están facilitando el desempeño de nuevos roles sociales en la mujer, que, gradualmente, supera su adscripción exclusiva a las tareas hogareñas y al servicio de la familia.

Las protagonistas del cambio están experimentando una fuerte resistencia cultural que se acentúa en el mundo del trabajo remunerado, territorio que la sociedad marroquí había asignado al hombre. A pesar de las dificultades experimentadas por la mujer para

consolidar su participación laboral, social y política, los efectos del cambio son ya muy tangibles. En este sentido se pronunciaba la síntesis del Informe de Desarrollo Humano de Naciones Unidas del año 2006⁷⁰:

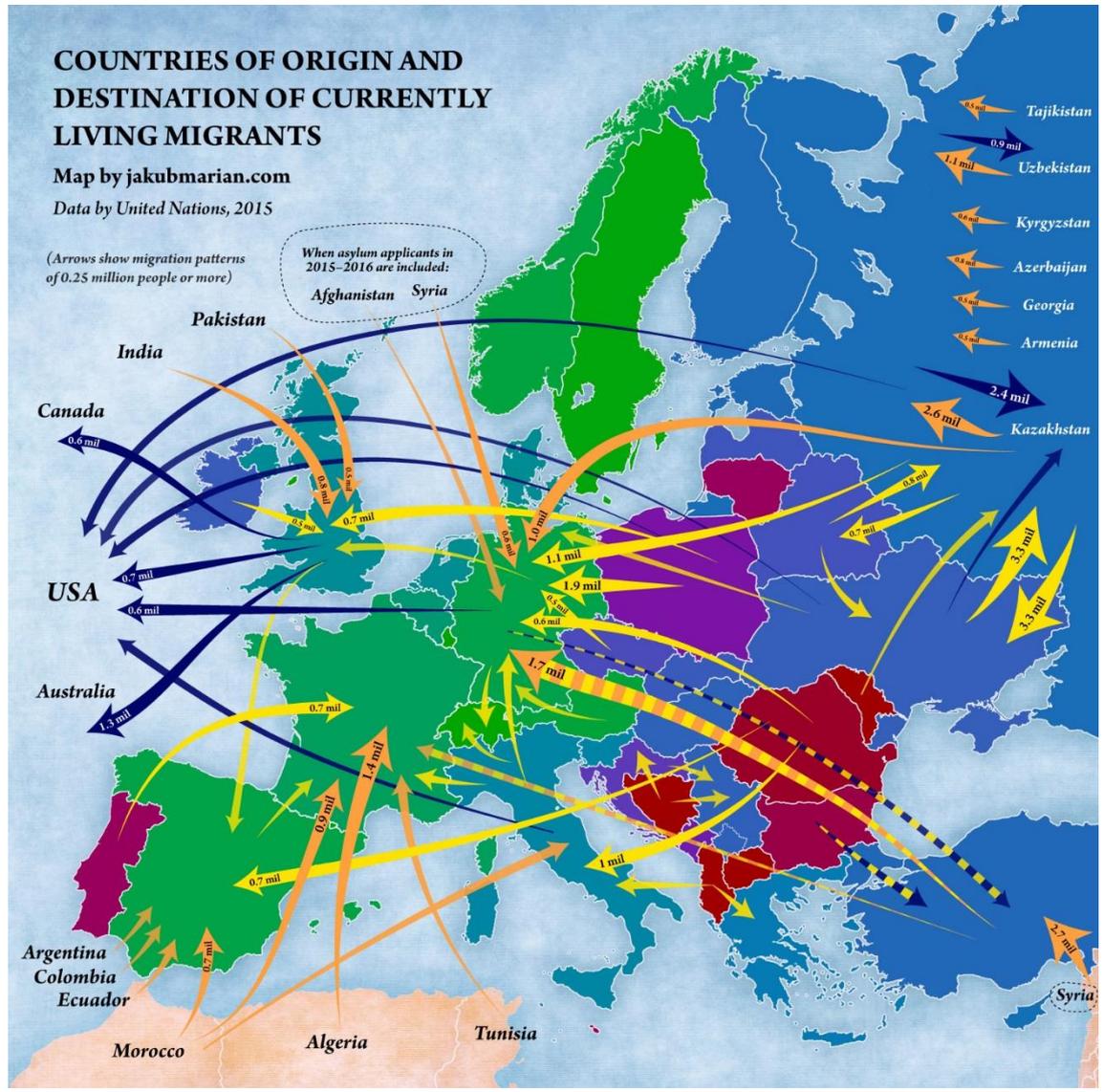
“[...] la mujer marroquí ha tenido un papel importante en la evolución del potencial humano en el Marruecos independiente. Tras un periodo durante el cual la gran olvidada del proceso de desarrollo humano ha podido realizar, mediante un largo combate, avances que hoy en día se reconocen unánimemente. Prueba de ello es la reciente Reforma del Código de la Familia y el Código de Nacionalidad. Estos avances significan la coronación de la acción constante de un movimiento dinámico de mujeres, militante y perseverante [...]”

La modernización de Marruecos está en marcha con un papel importante de la figura de la mujer. Si retomamos el plano bidimensional de Inglehart, que compara el grado de modernización por países (figura número 1) observamos que Marruecos muestra una posición lejana a la modernidad en las dos grandes dimensiones analizadas («tradicionalismo y secularización» y «materialismo y post materialismo»).

Sin embargo, las muestras de cambio presentadas por Marruecos en un fenómeno tan determinante como la emancipación femenina en estos años sugieren que Marruecos se desplazará en breve hacia el centro del plano, con lo cual dibujará una línea diagonal.

⁷⁰ Informe sobre el Desarrollo Humano publicado en el año 2006 para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Asimismo, el lingüista y matemático checo Jakub Marian ha creado un mapa que representa con vectores los movimientos migratorios en el continente europeo.



Fuente: Mapa que representa movimientos migratorios en Europa. Jakub marian

En dicho mapa se observa que de Marruecos la mayoría de la migración va directamente a España y Francia, no habiendo movimiento migratorio alguno al resto de países. De los datos del año 2017 de los datos macro publicados por la ONU, Marruecos

tiene 2.898.721 emigrantes, o que supone un 8,32% de la población en Marruecos de los cuales el 32,47% van a Francia y el 24,39 % van a España⁷¹.

Asimismo, tal y como recoge la profesora Mariscal⁷², es importante señalar que actualmente las relaciones bilaterales entre España y Marruecos, lejos de frenarse, sigue dando sus frutos mediante una cooperación dirigida por distintos actores públicos de ambos países. Realmente no existen nuevos Tratados Internacionales jurídicamente vinculantes pero sí numerosas reuniones y foros en los que participan tanto los representantes de los distintos ministerios sino que se abren a la sociedad y a otros actores públicos.

En este sentido, la mencionada autora realiza un resumen sobre el II Foro Hispano-Marroquí sobre inmigración e integración celebrado en Rabat, los días 19, 20 y 21 de marzo de 2018, organizado por el Ministerio Encargado de las Comunidades Marroquíes Residentes en el Extranjero y Asuntos de la Migración junto con la Secretaría General de Inmigración y Migración de España. El lema que encabezó este foro fue el de “Aprender a vivir juntos” para resaltar la necesidad de alcanzar una verdadera integración entre ambas fronteras.

El objetivo del foro no fue otro que el de crear un espacio en el que los dos países pusieron en común los conocimientos y experiencias que potencian al máximo el efecto positivo de la inmigración entre España y Marruecos. Los datos señalan que los dos países se encuentran en una situación idónea para promover la inmigración, y que en ningún caso

⁷¹[www.//https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/emigracion](https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/emigracion).

⁷² Calvo Mariscal, L. M. «Análisis de los Tratados, Acuerdos no Normativos y Comunicados conjuntos España-Marruecos, 2017-2018», *Paix et Sécurité Internationales*, num. 6, 2018, pp. 219-230

debe ser considerada como un problema. Son cada vez más españoles los que deciden buscar destino profesional en Marruecos, y los marroquíes suponen actualmente el 15,25% de la población extranjera residente en España. El fenómeno de la integración que promueve este foro facilitaría la movilidad y la reducción de las diferencias culturales y religiosas, actuando en el ámbito educativo para normalizar las costumbres, los valores y las diferentes prácticas religiosas.

1.4. LA INTEGRACIÓN DE LA SOCIEDAD MULTICULTURAL. FLEXIBILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

En el sentido indicado, todavía hoy en día la mayoría de los Estados occidentales se escudan en la alegación del orden público internacional para defender sus intereses por encima de los intereses de distintos países, sobre todo cuando no son países occidentales.

Pero a pesar de lo mencionado, la cláusula de orden público internacional ha de flexibilizarse para su adaptación al Derecho extranjero en aras a aceptar la multiculturalidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de febrero de 2004⁷³ establece que:

“[...]el pluralismo se basa en el reconocimiento y respeto verdadero de la diversidad y de la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las convicciones religiosas, y de las ideas y conceptos artísticos,

⁷³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de febrero de 2014, relativa al caso *Gorzelik et autres, c. Pologne* (ECLI:EU:C: 44158/98).

literarios y socioeconómicos y que una interacción armoniosa entre personas y grupos que tengan identidad diferente es esencial para la cohesión social [...]”.

Tal y como ha puesto de relieve el Profesor J.L. Iriarte⁷⁴, el Derecho Internacional ha de respetar el derecho a la diferencia siempre y cuando la misma no resulte intolerable. Así, no debe partir de una aceptación generalizada de las instituciones jurídicas extranjeras basadas en valores opuestos a los occidentales, ni de un rechazo automático a las mismas. Para ello, resulta necesario el conseguir un equilibrio entre los valores en conflicto. Pero claro, se vuelve nuevamente a conceptos subjetivos, tales como “no resulte intolerable” o “conseguir un equilibrio”⁷⁵.

Ante esta ambigüedad, se plantean distintas preguntas: ¿Quién determina la tolerancia o no de dichas diferencias? ¿Qué organismo o institución es la encargada de conseguir el equilibrio entre los valores en conflicto? Realmente, existe un problema de concreción de término, y resulta muy complicado el construir unas premisas ante una base inconcreta y ambigua.

Asimismo, resulta necesario distinguir aquel supuesto en el cual se solicite la creación de una situación o relación privada internacional basada en principios y valores opuestos a los occidentales de aquel otro supuesto en el cual se solicite el reconocimiento de una situación o relación privada internacional, basada en los señalados principios y

⁷⁴ Iriarte Angel, J.L. “La sociedad multicultural desde la perspectiva del derecho internacional privado” en Cooperativismo, empresa y universidad: in memoriam de Dionisio Aranzadi Tellería SJ, coord. Por José María Guibert Ucín, 2010, ISBN978-84-9830-251-6, p.p.539-554

⁷⁵ Álvarez González, S., Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1998, Madrid, Tecnos, p.p. 175-211.

valores, que haya sido creada en el extranjero al amparo de un ordenamiento extranjero (sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras)⁷⁶.

En la dinámica de la globalización vivimos un desvanecimiento de las fronteras y la reducción relativa de las diferencias étnicas o nacionales. Nos dice Magris⁷⁷: “la frontera es doble, ambigua; en unas ocasiones es un puente para encontrar al otro y en otras una barrera para rechazarlo. A menudo es la obsesión de poner a alguien o algo al otro lado”.

Existe la idea de que la globalización propiciaría la convivencia armónica, y la solidaridad humana, así como una dinámica multicultural, mayor y más diversa. Pero observamos, no obstante, el surgimiento de movimientos de identidad nacional, tribal o individual frente a la universalización del conocimiento. Surgen guerras regionales, violencia, terrorismo y facciones subnacionales en rebelión permanente contra la diversidad y la integración. Estas facciones basan su identidad en valores culturales, nacionales, religiosos; y en la mayoría de los casos equivocan. Tal es el caso de todos los desprendimientos extremistas y fanáticos del yihadismo, y también los movimientos de grupos sectarios, o partidos políticos, que basan su práctica política en la intolerancia y el desprecio a la inclusión, la diversidad social y el respeto a los derechos humanos.

Un proceso de integración de las diversas culturas e identidades en el marco de *la diversidad occidental* es por naturaleza es enriquecedora, aunque a veces pueda suscitar

⁷⁶ Lopez-Tarrella Martínez, A., “El reconocimiento de decisiones extranjeras en divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y jurídicas de Elche*. Volumen I, núm. 1, Julio 2006.p.p.108-123.

⁷⁷ Magris, C. y Ara, A., Trieste, Pre-Textos, Madrid, 2007, p. 25.

polémica. Para ello, el multiculturalismo, nos dice la profesora Cortina⁷⁸, siempre ha sido una forma breve de referirse a ese futuro armonioso. Como sentimiento era irreprochable, pero como ideología nunca ha sido congruente. Los postulados del multiculturalismo no aciertan en cuanto a las categorías intelectuales. El multiculturalismo en Europa ha demostrado ser una doctrina para tiempos de paz y prosperidad económica, no para los de transformación económica y política. Por lo tanto, Europa se encuentra, en el marco de una supuesta y tolerante política de inclusión social, atrapada entre la dependencia de la fuerza laboral de los inmigrantes y la agitación que atraviesa el mundo islámico y subdesarrollado. Este es el caso de las migraciones laborales en América del Norte: los migrantes mexicanos, centroamericanos y latinos viven estancados en la informalidad, pero a la vez “pertenecen” al mundo anglosajón. Aunque se trate de un acontecimiento hacia el progreso civilizatorio, se entiende que el multiculturalismo tiene ciclos de relativo auge y declive.

En términos de Delgado-Gal⁷⁹, la inocencia del multiculturalismo es fruto de un error categórico. El multiculturalismo asume que en Occidente, Europa, Estados Unidos y América Latina –con sus excepciones– no se mata a nadie por opinar lo que no piensa la mayoría. De aquí se concluye que esta sociedad pudiera ser infinitamente elástica. Se pensaba que la sociedad occidental podía soportar cualquier cosa, ya que a partir de la Ilustración se establecieron principios fundamentales ahora identificados como de Occidente, basados en la razón, la disciplina de la libertad y la tolerancia y no de la colectividad y la cerrazón, sin embargo, esta sociedad tolerante no está exenta de la movilidad de recursos propia de esta época y, por lo tanto, también evoluciona.

⁷⁸ Cortina, A, "Ciudadanía intercultural: Miseria del etnocentrismo", en Ciudadanos del mundo; hacia una teoría de la ciudadanía. Madrid, 1997, Alianza: 177-217.

⁷⁹ Delgado Gal, A., Ciencia política: Revista trimestral para América Latina y España, ISSN 0120-7687, N°. 47 (3º-4º Trimestre), 1997, págs. 55-64.

Ante este escenario, son muchos los retos de los Estados frente a la globalización, pero quizás serán quizá las migraciones, las libertades y derechos humanos individuales y colectivos, el progreso, el desarrollo y la guerra los que acabarán concentrando cada vez más las complejas realidades de un mundo que es diverso en todos los aspectos, pero cerrado cuando se trata de aceptar realidad y principios, derechos y libertades de los sectores de población más expuestos y desprotegidos de la globalización. Frente a esto el Estado tiene el mayor reto de la modernidad; resolverlo exitosamente dependerá en buena medida del modelo de progreso sustentable que el Occidente más desarrollado se ha empeñado en preservar desde la Ilustración, lo cual podrá garantizar un orden mundial relativamente más estable, próspero y pacífico.

1.5. BREVE REFERENCIA A LA NOCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO MARROQUÍ.

Expuesta la razón del estudio concreto de Marruecos, resulta interesante, aunque sea una breve referencia a la noción del orden público marroquí, que, aunque pudiera ser objeto de nuevas y futuras líneas de investigación, se hace casi imprescindible recogerla.

Así, la libertad religiosa permite, según la concepción occidental, el libre ejercicio de la religión, pero su eficacia jurídica es limitada, y no alcanza a conceder a los creyentes de ninguna confesión la modificación de los preceptos del Derecho civil español en materia de Derecho de familia o del Derecho hereditario, por el hecho de que contravengan los preceptos de la *sharia*.

Ello iría en contra del propio concepto de libertad religiosa occidental, que incluye la autonomía de las cuestiones temporales respecto de la Religión, y también en contra del principio de igualdad ante la ley. Ciertamente, el respeto al pluralismo es también propio de la cultura occidental. Pero hay que tomar conciencia de que el precio del pluralismo.

La *sharia* no puede considerarse ley aplicable en un Estado occidental. A través de una vía institucional (la relación entre ordenamientos jurídicos) la vigencia de la *sharia* no resulta posible por la falta de autonomía de la religión y el derecho en el islam respecto del Estado.

A través de una vía personal (el derecho fundamental de la libertad religiosa), se concluye que este derecho permite, según la concepción occidental, el libre ejercicio de la religión. Pero su eficacia jurídica es limitada, y no alcanza a conceder a los creyentes de ninguna confesión la modificación de los preceptos del derecho español, por el hecho de que contravengan los preceptos de la *sharia*.

Tanto el principio dualista de la separación entre lo temporal y lo espiritual como el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley forman parte de la identidad cultural occidental total es demasiado elevado: destruiría nuestra propia cultura⁸⁰. El obligado respeto a las personas provenientes de otras culturas con formas de vida distintas encuentra su expresión en el Derecho.

Es el Derecho el que hace pasar del respeto voluntario y la tolerancia individual a la obligación de respetar una esfera de libertad del otro. Las personas provenientes de otras culturas están obligadas a respetar las bases de nuestro Derecho, si desean convivir e

⁸⁰ Spaemann, “Europa: Comunidad de valores y ordenamiento jurídico”, en [http://www.arbil.org/\(83\)spae.htm](http://www.arbil.org/(83)spae.htm), consulta del 26-V-2010, p. 1.

integrarse⁸¹. En los Estados islámicos no se concede a los occidentales un reconocimiento de la libertad religiosa según la concepción occidental⁸², sino de acuerdo con la concepción islámica⁸³. Pero en este escenario, resulta indiscutible, mencionar el orden público marroquí.

La doctrina y la jurisprudencia marroquí han realizado un esfuerzo importante para determinar una nueva noción de orden público diferente de la noción de la época del protectorado. Existen autores que consideran que los principios fundamentales sobre los que se basa el orden público marroquí, han de ser la declaración internacional de los derechos humanos que contiene reglas que debe ser respetadas por todos los miembros de Naciones Unidas y otros autores han considerado que debe emanar de los principios de la propia sociedad marroquí.

En general y de conformidad con las recomendaciones del congreso mundial de magistrados celebrado en Túnez en 1989, para que una sentencia extranjera no sea contraria al orden público debe ajustarse a la Constitución, al Derecho de la propiedad individual y no ser contraria a ninguna resolución dictada en Marruecos, incluso en el caso de resoluciones que aún no tienen fuerza de cosa juzgada.

Así, el campo de aplicación del orden público en el marco del Derecho internacional privado es muy amplio por lo que se deja su determinación al juez. En este marco, el legislador marroquí obliga al juez a comprobar la compatibilidad de la resolución con el orden público. Si el juez marroquí rechaza la ejecución de una resolución extranjera, no

⁸¹ Calier, JY, "Estatuto personal y Multiculturalidad: El papel de la autonomía de la voluntad". OB COL. *Estatuto personal y Multiculturalidad de la familia*, 2000, p.p. 27-38.

⁸² D'Agostino, F., "*Libertà religiosa e reciprocità*", pág. 22, sostiene que la reciprocidad negativa es la ley del talión, la venganza; la reciprocidad positiva se manifiesta en la colaboración.

⁸³ M. J. Roca, "El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede", en M. M. Martín, M. Salido y J. M. Vázquez (eds.), *Iglesia católica y relaciones internacionales*, Granada, 2008, pp. 543-552.

puede sustituirla por otra. Si la resolución extranjera resulta sólo parcialmente contradictoria con el orden público marroquí, el juez puede eliminar la parte contradictoria y ordenar la ejecución de la parte compatible con el orden público.

En el sentido indicado, el juez marroquí debe tomar todas las precauciones cuando se trata de la ejecución de una resolución extranjera en materia de estatuto personal. En Marruecos para hablar de orden público hay que referirse a la ley islámica⁸⁴, por lo que la sumisión es casi obligatoria a las disposiciones del estatuto personal marroquí.

Por último, es necesario poner de relieve que el islam tiene en común con el cristianismo una visión trascendente del hombre. Por ello, quizá ahí pueda hallarse el punto de encuentro en la concepción occidental de origen cristiano y la concepción islámica del Derecho. La búsqueda del fundamento ético del Derecho en la naturaleza de la persona, constituye el límite a los totalitarismos, que han visto en el Estado y su Derecho el fundamento y la fuente de la totalidad ética.

De hecho, según la concepción cristiana, el orden natural de la sociedad al servicio de la persona está compuesto de cuatro valores que designan los contornos del bien común que la sociedad debe perseguir: la libertad, la verdad, la justicia y la solidaridad, y resulta bien conocido el valor primordial que la solidaridad tiene en las sociedades islámicas⁸⁵.

En el sentido indicado, el teólogo católico Hans Küng, uno de los principales defensores de la necesidad de una ética mundial y de que las religiones dialoguen, expuso en el *II Parlamento Mundial de las Religiones*, celebrado en Chicago en 1993: “No habrá

⁸⁴ Nasir, J. J., “*The Islamic Law o Personal Status*”, London, 1986.

⁸⁵ Hick, John et alii: “*The Myth of God Incarnate*”, publicado en 1977 y reeditado en 1993. Cfr.: ARJOMANDI, Arash: *El pluralismo religioso según Hick*. Revista *Dialogales*, nº 2, enero 2014. <http://www.dialogales.org/index.php/17-secciones/reflexion/62-el-pluralismo-religioso-segun-john-hick>.

paz en el mundo si no hay paz entre las religiones”⁸⁶. Kūng es el presidente de la *Fundación por una Ética Mundial*, idea propuesta en dicho Parlamento y cuya *Declaración* comienza así:

“[...] Somos hombres y mujeres que profesamos los preceptos y prácticas de las diversas religiones del mundo. Queremos dar fe de que ya existe un consenso entre esas religiones que puede constituir el fundamento de una ética mundial. Se trata de un consenso básico mínimo relativo a valores vinculantes, criterios inalterables y actitudes morales fundamentales [...]”.

En el sentido indicado, dicha Declaración concluye:

“[...] No es posible un nuevo orden mundial sin una ética mundial [...]”

Por todo lo expuesto, tal vez ésta pueda ser una vía de común entendimiento.

1.6.- LA REFORMA DE LA MUDAWWANA: ¿VIAJE HACIA UN NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA?

El 10 de octubre de 2003 Mohamed VI pronunció en el parlamento marroquí un discurso histórico en el que anunció la modificación del Estatuto Personal de la Mujer (*Mudawwana*) y, por primera vez, utilizó la figura de "comendador de los creyentes" en aras de una modernización social.

⁸⁶ Kūng, H., “El cristianismo y las grandes religiones”. Círculo de Lectores. Barcelona, 1993, pág. 13. “... *religión* no es de ninguna manera un término equívoco, sino analógico, que encierra cosas semejantes y no semejantes...”.

El rey de Marruecos avalaba así el mayor logro de la sociedad civil actual, frente a un grupo representativo de cincuenta mujeres, pioneras de un largo proceso reivindicativo. Después de que algunos ulemas progresistas alzaran su voz a principios del siglo pasado, las propuestas de reforma del estatuto de la mujer vivieron su punto álgido al final del protectorado.

La mayoría de la elite nacionalista marroquí, bajo el influjo del salafismo oriental, era partidaria de materializar los principios reformistas establecidos por Allal el-Fassi, ideólogo del partido de la Independencia, el Istiqlal. Sin embargo, la primera *Mudawwana*, en 1958, fue víctima de la ortodoxia religiosa imperante, con la que cerró filas un proyecto de construcción de identidad nacional puramente árabe, posponiéndose la reforma⁸⁷.

La modificación posterior de 1993, cuyo único mérito fue romper el tabú del carácter intocable de *la Mudawwana*, y tres años de movilizaciones feministas, desembocaron en el Código de Familia de 2004⁸⁸.

El último punto de inflexión tuvo lugar el 12 de marzo de 2000 en dos manifestaciones que reflejaron la división de la sociedad marroquí. Mientras en Rabat 300.000 personas apoyaban el Plan para la integración de la mujer al desarrollo (obra de Saïd Saâdi, ministro del Partido del Progreso y del Socialismo, partido comunista), en Casablanca más del doble de manifestantes, convocados por el partido islamista Justicia y

⁸⁷ Combalía Solís, Z., “El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico”, Ed. Navarra Gráfica, Pamplona, 2001, pp.16-18. La autora señala que los versículos del Corán que presentan un carácter jurídico son muy escasos y que la autoridad judicial islámica no aplica la Sura o Aleya del Corán al caso concreto, sino que, resuelven el asunto del que se trate según la interpretación que de su contenido hagan las Escuelas Jurídicas Islámicas.

⁸⁸ Borrás, A., “*Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*” en *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V, “*El Islam jurídico y Europa*”, Barcelona 1998, p.p. 149-364.

Desarrollo (PJD) y seguidos por el movimiento de Yassin, Justicia y Caridad, se oponían a dicho Plan.

Las proclamas contra el Banco Mundial, reiteraban la descalificación de las supuestas imposiciones occidentales. El núcleo de la protesta se concentraba en su oposición a una serie de artículos como la prohibición de la poligamia y el repudio, la elevación a 18 años de la edad legal matrimonial de la mujer o el mantenimiento de la tutela de los hijos por la madre divorciada en caso de contraer ésta segundas nupcias.

El cambio radical de postura del PJD, aceptando el anteproyecto sin rechistar, no es sino una táctica en espera de tiempos mejores. Por su parte, Justicia y Caridad declaró que el anteproyecto obedece a sus quejas y planteamientos y que es una relectura inteligente de los textos sagrados.

No obstante, la reacción del movimiento del jeque Yassin hay que analizarla desde otra perspectiva, ya que aunque inicialmente se opusieron al citado Plan, su hija Nadia, portavoz de la asociación, se encargó de puntualizar que estaban de acuerdo con las reivindicaciones de las asociaciones progresistas de mujeres y que la manifestación del 2000 fue únicamente una demostración de fuerza política⁸⁹.

En este sentido sería interesante observar las posiciones que muestren los islamistas a través de sus bases populares con relación al código de familia a fin de evaluar el alcance de la reforma. En la misma línea, la comisión consultiva autora del anteproyecto resolvió no incidir en cuestiones por el momento inabordables, como la injusta normativa sobre la

⁸⁹Por el momento, y junto a la sociedad civil, el “vencedor” de todo aquel proceso resultó ser sin duda el propio monarca. Mohamed VI hilvanó perfectamente en el citado discurso las referencias a la *sharia* y al esfuerzo de interpretación que permite abordar el texto coránico teniendo en cuenta la evolución de los tiempos, declarando esta última vía como la que debe seguir Marruecos en su imparable proceso de modernización.

herencia (salvo la relativa a la igualdad en la sucesión de los nietos de la hija y del hijo; pequeña brecha, pero significativa) y la prohibición total del repudio y la poligamia.

Además, el discurso del rey enlaza directamente con el pronunciado a las dos semanas de su ascensión al trono, en el que reivindicó de forma contundente la igualdad de la mujer. Una población deseosa de cambio recibió en aquel entonces al monarca con los brazos abiertos para luego postrarse en una decepción que, quizás ahora, adquiera un nuevo brillo.

La pregunta es si la reforma es una apertura al reconocimiento de nuevas libertades. Así, otro aspecto esencial es la decisión del rey de someter el futuro proyecto de ley al parlamento, trasladando una cuestión hasta ahora enmarcada en el recinto de lo religioso a un espacio público formalmente representativo.

Aunque en Marruecos es un hecho el proceso de integración de la mujer en el tejido socioeconómico (a finales de los noventa más de un millón de mujeres se habían incorporado al mundo laboral, una gran parte de ellas en la Administración), la pretendida reforma atentaba directamente contra la estructura patriarcal de una sociedad conservadora.

En este sentido, las posibilidades que la reforma abría a los derechos de la mujer mediante estipulaciones matrimoniales, en aspectos como el repudio, la poligamia o los bienes gananciales, pudieran quedar en papel mojado debido a las tan arraigadas y obsoletas costumbres⁹⁰.

⁹⁰Moulay Rachid, A., *“La réforme du Code de statut personnel marocain. Une Avanceh Dans la codification des droits de l’homme”*, Revue Trimestrielle de Droit Familial, 1994, n° 3 ; C. Ruiz de Almodovar, *“El código marroquí de estatuto personal y su reforma”*, 1993, p.p. 3 y ss.

En cuanto al contenido del anteproyecto, sus principios reformistas llevaban incluso a una nueva definición legal del matrimonio, y en particular cabe subrayar estas novedades:

1. Se declara la igualdad del hombre y la mujer en su relación de pareja y ambos pasan a asumir la responsabilidad de todas las decisiones familiares de forma conjunta, lo que implica un cambio total en la relación de fuerzas, al desaparecer la noción de autoridad del marido y de sumisión de su esposa.
2. Se eleva la edad legal de la mujer para el matrimonio de los 15 a los 18 años.
3. Desaparece para esta última la figura de la tutela, dejando de estar sujeta a las decisiones del padre o del hermano mayor a la hora de elegir su cónyuge.
4. La infancia sale también reforzada y en caso de divorcio se concede a los hijos y a la madre el domicilio conyugal, lo cual evitará frecuentes dramas familiares.
5. Respecto al repudio se complica de forma importante, al exigirse como requisito previo que el marido satisfaga una serie de derechos económicos y le ceda a la mujer el domicilio conyugal.
6. El acceso a la poligamia, en regresión desde hace años, queda en gran parte blindado, previéndose la autorización judicial sólo en casos excepcionales, y obligando además al marido a que demuestre su capacidad para mantener a la primera mujer e hijos, teniendo aquélla el derecho de obtener el divorcio y una compensación económica.
7. La preservación de la tutela de los hijos menores por parte de la mujer, aunque vuelva a contraer matrimonio, si bien con limitaciones, entre ellas que el hijo sea menor de 7 años y el reconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero sólo en caso de previo noviazgo conocido por ambas familias.

8. Por otro lado, se mantiene la discutible y discriminatoria modalidad de obtención del divorcio por parte de la mujer mediante una compensación económica al marido.

La gran cuestión ahora es si el que fuera el acontecimiento histórico, denominado como una auténtica revolución social, tendrá un desarrollo adecuado. En cuanto a los medios previstos al efecto (dotaciones, campañas de sensibilización y creación de los juzgados de familia) los indicios son positivos. Otra cosa muy distinta será la aplicación que en la práctica hagan las instancias judiciales del código⁹¹.

Dado el nivel de funcionamiento y mentalidad predominante en los jueces que actualmente abordan cuestiones de familia, los augurios en este sentido no pueden ser positivos. Es por tanto necesaria una selección escrupulosa y personalizada de los mismos, en función de su trayectoria y profesionalidad. El mismo criterio de perfeccionamiento cabe aplicar a la Fiscalía del Estado, que adquiere con la nueva ley plenas competencias para intervenir en los supuestos de infracción legal.

Una vez desbloqueado el problema específico del estatuto personal se debería retomar el esfuerzo para hacer avanzar en su totalidad el ya mencionado Plan, que plantea de forma certera la conversión de la mujer en protagonista del desarrollo de Marruecos. El que la mujer marroquí pueda de verdad asumir un papel de peso en el progreso socioeconómico es decisivo para la aceleración de los cambios y, por tanto, el futuro de Marruecos.

⁹¹ Diago, M. P., "Repercusiones de la nueva "Mudawwana" en la inmigración marroquí", en VVAA, *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*. IEIOP, Zaragoza 2004, pp. 141-165.

La reforma marroquí se enmarca en la debatida cuestión sobre la compatibilidad de los derechos humanos, en su concepción universal, con el islam. Cuestión que ha vuelto a recordar, en sentido afirmativo, la mujer iraní, Premio Nobel de la Paz, Shirin Ebadi⁹². Al igual que sucede en la manida confrontación Islam-Democracia, más que en el islam la clave hay que buscarla en la sociología política de los países musulmanes.

1.7.- LA VISIÓN DE LA FAMILIA EN EL CORÁN

Realizando una breve introducción del repudio en el Corán se ha de recalcar que las principales fuentes del Derecho islámico⁹³ (“*Usul*”) son los textos del Corán y la Sunna donde aparecen definidos los postulados de fe, y las normas de conducta que deben ser observados por el fiel musulmán a lo largo de toda su vida⁹⁴. El Corán es la fuente principal de la *sharia* y en el aparecen contemplados los mandatos que fueron revelados por Alá al Profeta Mahoma que se encuentran distribuidas en 114 Suras y cada uno de ellos, a su vez, en versículos o Aleyas⁹⁵.

A pesar de que es una fuente de la *sharia*, el Corán no es un auténtico Código jurídico debido a que, como aprecia Combalía Solís⁹⁶: 1) Las Suras y las Aleyas no están estructurada por áreas temáticas y por ello carecen de una lógica sistemática interna; 2) Los

⁹²Ebadi, S., “*Tradition and Modernity*, Tehran 1995”, p.p. 5-7.

⁹³Riosalido Gambotti, I., “Compendio de Derecho islámico”, Madrid, 1993

⁹⁴Pérez Álvarez, S., “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, p.p. 217-221.

⁹⁵Aldeeb Abu-Sahlieh, S. A. “*Introduction a la lecture juridique du Coran*”, en RDIDC, Vol. 65, 1988. Aldeeb Abu-Sabich, “*Les musulmans face aux droits de l homme. Bochum*”, Bruselas, 1994, p. 27.

⁹⁶Combalía, Z., “Secularisation, human rights and women in Islamic societies”, en J. Contreras y R.M. Martínez de Codes (eds.): *Trends of Secularism in a Pluralistic World*, Frankfurt-Madrid, Ed. Vervuert, 2013, pp.225-240.

versículos coránicos de carácter jurídico no exceden de la décima parte de su contenido; 3) El Corán no contiene la regulación de algunas instituciones y principios básicos del Derecho islámico; y 4) Los jueces islámicos no aplican directamente las normas del Corán al caso concreto sino que, en realidad, aplican las reglas interpretativas de su contenido que son fijadas por parte de las principales tradiciones ideológicas islámicas.

No obstante, una de las instituciones jurídicas que sí aparecen reguladas en el Corán es, precisamente, el matrimonio que se encuentra desarrollado con profundidad en la *Sura de La Vaca*, en la *Sura de la Luz* y en la *Sura del Divorcio*⁹⁷ El Corán, hace referencia directa al repudio en sus versos, conforme a cuyo tenor literal,

“[...]65.1. ¡Profeta! Cuando repudiáis a las mujeres, ¡hacedlo al terminar su período de espera! ¡Contad bien los días de ese período y temed a Alá, vuestro Señor! ¡No las expulséis de sus casas ni ellas salgan, a menos que sean culpables de deshonestidad manifiesta! Ésas son las leyes de Alá. Y quien viola las leyes de Alá es injusto consigo mismo. Tú no sabes... Quizá Alá, entre tanto, suscite algún imprevisto...

65.2. Cuando lleguen a su término, retenedlas decorosamente o separaos de ellas decorosamente. Y requerid el testimonio de dos personas justas de los vuestros y atestiguad ante Alá. A esto se exhorta a quien cree en Alá y en el último Día.

65.3. A quien confía en Alá, Él le basta. Alá consigue lo que se propone. Alá ha establecido una medida para cada cosa

⁹⁷ En este trabajo se ha empleado *El Corán. Traducción comentada* por A. G. Melara Navio, Palma de Mallorca, Nuredduna, 1996.

65.4. *Para aquéllas de vuestras mujeres que ya no esperan tener la menstruación, si tenéis dudas, su período de espera será de tres meses, lo mismo para las impúberes. Para las embarazadas, su período de espera terminará cuando den a luz. A quien teme a Alá, Él le facilita sus cosas.*

65.5. *Ésta es la orden que Alá os ha revelado. Alá borra las malas obras de quien Le teme y le da una magnífica recompensa*

65.6. *¡Alojadlas, según vuestros medios, en vuestra misma vivienda! ¡No les hagáis daño con ánimo de molestarlas! Si están embarazadas, proveedles de lo necesario hasta que den a luz. Si la criatura que crían es vuestra, retribuidles como es debido y llegad a un acuerdo decoroso. Si encontráis alguna dificultad, entonces, tomad una ama a cuenta vuestra.*

65.7. *¡Que el acomodado gaste según sus medios! Quien disponga de medios limitados ¡que gaste según lo que Alá le haya dado! Alá no pide a nadie sino lo que le ha dado. Alá hará que a la adversidad suceda la felicidad.*

65.8. *¡A cuántas ciudades, que desdeñaron la orden de su Señor y de Sus enviados, pedimos cuenta rigurosa e infligimos un castigo horroroso!*

65.9. *Gustaron la gravedad de su conducta, que acabó por perderles.*

65.10. *Alá ha preparado para ellos un castigo severo. ¡Temed, pues, a Alá, creyentes dotados de intelecto! Alá os ha enviado de lo alto una Amonestación [...]”.*

En este sentido es de suma importancia resaltar que en los países de influencia musulmana la ideología islámica oficial o, en su caso, mayoritaria, ejerce una influencia

directa en las políticas legislativas estatales que atañen a las materias que revisten interés para la comunidad musulmana y, entre ellas, todos los institutos jurídicos que se integran en el Derecho sobre el estatuto personal⁹⁸.

Las normas jurídicas estatales que regulan estas materias forman parte del sistema de fuentes del Derecho islámico en el que son consideradas, como advierten algunos jurisconsultos, como Leyes nuevas no reveladas⁹⁹. Desde el punto de vista estrictamente confesional, estas normas estatales cumplen la finalidad primordial de «completar la estricta doctrina de la *sharia* en los términos del derecho público y del derecho civil general». Esta consideración implica la existencia entre una identificación entre la normativa estatal y la normativa islámico reguladora de todas las materias sobre las que convergen ambos ordenamientos jurídicos.

El desarrollo legislativo de la *sharia* a través de fuentes de carácter estatal varía de un país a otro, en función del grado de influencia que cada Estado haya recibido de la ideológica islámica oficial o predominante en la sociedad respectiva en un momento dado. Una de las materias donde se ha plasmado con claridad esta realidad es el Derecho matrimonial islámico cuyo contenido es, en consecuencia, diferente en las distintas naciones bajo influencia musulmana¹⁰⁰.

⁹⁸ Powrs, D. S., “*The Islamic Inheritance System: A socio-historical Approach*”, en Mallat, ch. y Connors, j. Ed. *Islamic Family Law*, London, 1990.

⁹⁹ *Vid.* M. T. Estévez Brasa, *Derecho civil islámico*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 388.

¹⁰⁰ Ferrari, S., “El espíritu de los derechos religioso. Judaísmo, Cristianismo e Islam”, Barcelona, Herder, 2004, p. 143

1.8.- EL CÓDIGO MARROQUÍ DE FAMILIA

En este apartado se analiza la situación de la mujer en la sociedad marroquí desde la perspectiva del cambio social con la reforma del Código Marroquí de Familia¹⁰¹. Entendiendo el cambio social como un proceso multidimensional, se contrastan las principales variables sociodemográficas y se revisa la trayectoria de la movilización social pro-derechos de la mujer y la reforma del Código de la familia. Los autores constatan que los avances realizados durante los cincuenta últimos años son reales pero insuficientes.

Es más, existen indicios de que la incipiente participación de las mujeres en el espacio público sigue reproduciendo con demasiada frecuencia esquemas de subordinación¹⁰².

Las ciencias sociales han prestado mucha atención a la condición de las mujeres en el mundo musulmán. Este interés se ha visto renovado con el auge de los movimientos islamistas, la revolución iraní o el régimen de los Talibanes en Afganistán.

La persistencia del patriarcado y el rol de la religión aparecen como las grandes cuestiones que atraviesan los estudios sobre la realidad de la mujer musulmana. Después de hablar sobre la reforma del Código marroquí de familia, ahora cabe abordar la situación de la mujer en el contexto musulmán. Para ello Marruecos se nos presenta como un escenario idóneo. En efecto, tanto a nivel político y jurídico como social existen indicios

¹⁰¹En este trabajo se han utilizado las traducciones en lengua castellana y en lengua francesa del Código marroquí de la Familia de los siguientes autores: C. Ruiz-Almodóvar, *El Derecho privado en los países árabes: Códigos de Estatuto Personal*, Universidad de Granada y Fundación euro árabe de altos estudios, Granada, 2005, pp. 225-292; G. Esteban de la Rosa / J. Ouhida / K. Ouald Ali / T. Saghir, *Código marroquí de la Familia*, Proyecto de Investigación de Excelencia “La institucionalización de la vida cotidiana del colectivo de inmigrantes” (Ref. P06-SEJ-02132), que financia la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (2007-2010); F. Maíllo Salgado, *Diccionario de Derecho islámico*, Ed. TREA, Gijón, 2005; M-C. Foblets / J-Y. Carlier, *Le Code marocain de la Famille*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005.

¹⁰² El matrimonio se regula en los Códigos de Familia de los siguientes Estados: Argelia, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Qatar, Siria, Sudán, Túnez y Yemen.

de que la situación de la mujer está cambiando. La extensión de la escolarización, su permanencia en el sistema educativo, así como su mayor presencia en el espacio público, en general, y en el mercado de trabajo, en particular, apuntan en esta dirección.

Asimismo, las organizaciones sociales de defensa y promoción de los derechos de las mujeres, alentadas por la reforma del Código de la familia en 2004, se están consolidando en el seno de la incipiente sociedad civil marroquí. Ahora bien, sería legítimo preguntarse sobre el alcance real de estas transformaciones, es decir, ¿en qué medida la posición de las mujeres ha evolucionado en la sociedad marroquí?

Para identificar las dinámicas que afectan a la situación de la mujer se parte de la hipótesis según la cual el cambio social es un proceso multidimensional. Si bien el cambio social es una cuestión central en la sociología, esta noción sigue siendo problemática. En el marco de este texto no se trata de entrar a discutirla, por lo que solamente se apunta la siguiente definición: por cambio social, se puede entender cualquier transformación observable en el tiempo que afecta, el funcionamiento de una organización social. Esto debería de conllevar la coordinación entre las nuevas representaciones existentes en la sociedad y los cambios necesarios para hacerlas frente¹⁰³.

El Código marroquí de la familia regula la vida privada de la población musulmana marroquí y está compuesto por 400 artículos distribuidos en siete libros, su fuente es la

¹⁰³La cuestión de la reforma del Código de la Familia ha aglutinado y estructurado a los colectivos de mujeres desde los años 90. Asimismo, la necesidad de mejorar la imagen del país de cara a las opiniones públicas occidentales y una coyuntura política marcada por la debilidad del movimiento islamista tras los atentados de mayo de 2003 en Casablanca, van a acelerar la elaboración del nuevo texto. Finalmente, el rey, Mohamed VI, presenta la reforma en octubre de 2003 ante el Parlamento. El monarca obtiene el apoyo de casi todos los sectores políticos y sociales, venciendo las resistencias de los sectores conservadores mediante la argumentación coránica y consiguiendo el respaldo de los movimientos progresistas gracias a la satisfacción inesperada de gran parte de sus reivindicaciones.

escuela jurídica *maliki*¹⁰⁴. La Escuela *malikí* toma como referencia, principalmente, en el pronunciamiento de sus reflexiones, dos grandes obras de Derecho islámico¹⁰⁵: 1º) El libro *Al-Muwatta*, que contiene los *hadices* de *Muhammad*, lo que posibilita perfilar la base de la jurisprudencia del Islam¹⁰⁶; 2º) El libro *Al-Mudawanna*, que recoge las respuestas del Imán *Malik ibn Anas* a su alumno *Abd ar-Rahman ibn al-Qasim al-'Utaqi*. El mencionado Código fue promulgado por Ley 7003 del 3 de febrero de 2004¹⁰⁷.

Los principales logros del nuevo Código de la Familia son:

1. La introducción del principio de igualdad entre los cónyuges plasmado en la dirección conjunta de la familia (art. 4)¹⁰⁸ y el establecimiento de derechos y deberes recíprocos entre los mismos (art. 51)¹⁰⁹. Como consecuencia desaparece el deber de obediencia de la esposa al esposo, por lo que ésta no deberá pedir permiso al marido para trabajar, viajar, etc.

¹⁰⁴La Escuela *Malikí* fundada por el Imán *Malik ibn Anas* (713-795 d.C / 95-179 d.H).

¹⁰⁵ Ourkia, A., "Las fuentes del Derecho Maleki y su influencia en el Código de Familia de Marruecos", en http://www.webislam.com/articulos/93429las_fuentes_del_derecho_maleki_y_su_influencia_en_el_codigo_de_la_familia_de_mar.html.

¹⁰⁶El libro *Al-Mutawwa* lo escribió el Imán *Malik ibn Anas* e incluye rituales y costumbres del tiempo de *Muhammad*.

¹⁰⁷ Publicado en el Boletín Oficial nº 5184 del 5 de febrero de 2004.

¹⁰⁸ El artículo 4 dice: El matrimonio es un contrato legal de unión y cohesión entre un hombre y una mujer de manera duradera, siendo su objetivo la honestidad, la virtud y la creación de una familia estable mediante la protección de los cónyuges según las disposiciones de este código.

¹⁰⁹ El artículo 51 dice: Art. 51. Los derechos y los deberes recíprocos entre los cónyuges son:

- 1). La cohabitación legal que implica la intimidad conyugal, justicia e igualdad en caso de la poligamia, la honestidad de ambos y su fidelidad al otro con la obligación de la virtud, de la protección del honor y de la procreación.
- 2). La buena convivencia, el mutuo respeto, afecto y comprensión, así como la salvaguarda de los intereses de la familia.
- 3). La asunción de la esposa junto al esposo de la responsabilidad de la organización y del cuidado de las labores domésticas y de los niños.
- 4). La consulta mutua con respecto a la adopción de las decisiones relativas a la organización de los asuntos de la familia, de los niños y del control de la natalidad.
- 5). El buen trato de ambos a los padres y parientes en grado prohibido para el matrimonio del otro, respetarlos, visitarlos y que ellos les visiten debidamente.
- 6). El derecho de sucesión entre ambos.

2. La autonomía por parte de la mujer mayor de edad a la hora de contraer matrimonio con la supresión de la obligación de tutela del padre o de familiares varones.
3. La elevación de la edad mínima de la mujer para contraer matrimonio de 15 a 18 años, equiparándola con la del varón (art. 19)¹¹⁰.
4. El cambio de naturaleza del repudio, que deja de ser un derecho unilateral por parte del marido, y la apertura de nuevas vías que facilitan a la esposa la consecución del divorcio en condiciones semejantes a las del marido tales como la separación por mutuo acuerdo (art. 114)¹¹¹ o el divorcio por desavenencias (art.100),¹¹² en el que ya no es necesario probar el perjuicio sufrido.
5. El reconocimiento del derecho de la madre a la custodia de los hijos aun cuando ésta decida casarse o cambiar de localidad o país de residencia.
6. El reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos en período de noviazgo.
7. La introducción de la posibilidad del reparto de los bienes adquiridos durante el matrimonio, siempre y cuando exista previo acuerdo sobre ello.
8. A pesar de estos avances, el nuevo código mantiene una serie de contradicciones con el principio de igualdad entre los sexos entre las cuales destacan,
 - i. La tutela jurídica de los hijos recae sobre el padre, pudiendo la madre ejercerla únicamente en caso de muerte, ausencia o

¹¹⁰ El artículo 19 dice: La capacitación para el matrimonio la adquiere el joven y la joven que goce de capacidad mental al cumplir dieciocho años solares.

¹¹¹ El artículo 114 dice: Los cónyuges podrán ponerse de acuerdo sobre el comienzo del final de la relación conyugal sin ninguna condición o con condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este código ni perjudique los intereses de los niños. Si tiene lugar este acuerdo, ambas partes o una de ellas presentarán la demanda de divorcio al tribunal adjuntando la autorización de su legalización. El tribunal intentará reconciliarlos mientras sea posible y si es imposible la reconciliación, se autorizará el certificado de divorcio y su legalización.

¹¹² El artículo 100 dice: Los hechos del perjuicio se establecerán por todos los medios de pruebas, incluido el certificado de los testigos a los que el tribunal oirá en la sala de deliberaciones. Si la esposa no prueba los perjuicios y persiste en la demanda de divorcio, podrá recurrir al procedimiento de las desavenencias.

incapacidad para ejercerla por parte del padre (arts. 231, 236 y 237)¹¹³.

9. El mantenimiento del matrimonio precoz, es decir de menores de 18 años, como medida excepcional sometida a decisión judicial.
10. La pervivencia del repudio, aunque sometido a cierta regulación y a decisión judicial, así como el mantenimiento de la separación por compensación (*Julh*) en la que la mujer indemniza al marido.
11. La ausencia de modificaciones en aspectos relacionados con la herencia y la preservación de la poligamia debido al carácter explícito de su regulación en el Corán. Esta última queda sujeta, no obstante, a estrictos límites y sometida en última instancia a decisión judicial.

Además, sigue existiendo otra serie de discriminaciones en la práctica jurídica y la legislación marroquíes que imposibilitan alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres¹¹⁴. Cabe destacar, en primer lugar, que la Constitución no reconoce la igualdad entre ambos sexos en materia de derecho civil o de capacidad jurídica.

Tampoco concede primacía a los tratados internacionales ratificados sobre la norma interna cuando se trata de derechos humanos y derechos de las mujeres. En segundo lugar,

¹¹³ El artículo 231 dice: “Tendrá la representación legal:

- El padre mayor de edad.
- La madre mayor de edad cuando el padre fallezca o pierda su capacitación.
- El tutor testamentario designado por el padre.
- El tutor testamentario designado por la madre”.

El artículo 236 dice. “El padre es el tutor de sus hijos en virtud de la ley mientras que no se le prive de su tutela por sentencia judicial. La madre tendrá que encargarse de los intereses urgentes de sus hijos en caso de ocurrir un impedimento al padre.”

El artículo 237 dice:” El padre podrá designar un tutor testamentario para su hijo incapacitado o no nato y podrá revocar esta tutela. La tutela testamentaria, por el simple hecho del fallecimiento del padre, se someterá al juez para su comprobación y su confirmación”.

¹¹⁴ Ortiz Vidal, M. D., “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol.6, nº 2, 2014, p.p. 201-244.

el gobierno marroquí mantiene las reservas emitidas¹¹⁵, a pesar de que organismos internacionales, como la Comisión Nacional de Derechos humanos (CNDH) les han solicitado que las retire¹¹⁶, en su ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en 1993¹¹⁷. Finalmente, otros códigos, como el código del trabajo¹¹⁸ o el código penal, tras la reforma operada por la Ley

¹¹⁵ Así pues, hay que destacar que Marruecos ha firmado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pero con reservas, que en ocasiones organismos internacionales les ha pedido que las retire. Según informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) Marruecos realizó una declaración interpretativa en relación con el artículo 2 (condonación de la discriminación contra las mujeres bajo todas sus formas y el compromiso de los Estados a eliminarla por todos los medios apropiados y sin demora) y el párrafo 4 del artículo 15 de la CEDAW (los mismos derechos humanos y los de las mujeres en lo que se refiere al derecho a circular libremente y a elegir su residencia y domicilio).

¹¹⁶ Consejo de Derechos Humanos. (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, 20) Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 27º período de sesiones del 1 a 12 de mayo de 2017. Documento aprobado por la Asamblea General de ONU nro. A/HRC/WG.6/27/MAR/3, del 20 de febrero 2017.

¹¹⁷ La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW son sus siglas en inglés), aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por 187 países, el 96% de los existentes, entre ellos España, que la ratificó en 1984 y la publicó en el BOE el 21.04.1984. Su Protocolo Facultativo, ratificado por España en 2001, permite a personas o asociaciones elevar al Comité CEDAW denuncias por violación de la Convención, cuando no encuentren en su país tutela judicial o administrativa rápida y efectiva, y al Comité abrir de oficio un procedimiento de investigación por violación grave o sistemática de la Convención. La Convención exige a los Estados Partes no sólo que no discriminen, declarando su artículo 15 que todo contrato o instrumento que limite la capacidad jurídica de la mujer “se considerará nulo”, sino que *modifiquen* el papel tradicional de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia y tomen constantemente medidas para eliminar la discriminación, incluso con acciones positivas, que el artículo 4 define como “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a *acelerar* la igualdad”, que no se considerarán discriminación hasta alcanzar los objetivos de igualdad real entre hombres y mujeres. Su artículo 1 entiende por discriminación “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (...) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

¹¹⁸ La Ley 65/99 dirigida a hacer compatible la realización del trabajo con el ejercicio de la maternidad, justificadas en 5, de mayo de 2004, por la que se amplía a catorce semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, donde se contemplan diversas acciones. El Dahir núm. 1-03-194 du 14 rejeb 1424 (11 septiembre 2003) establece la promulgación de la Ley 65-99 del Código de Trabajo, publicado en el Boletín Oficial del Estado (8-12-2003) y entrada en vigor seis meses después por el Boletín Oficial, núm. 5210, de mayo de 2004. Sin embargo, el nuevo Código excluye de su ámbito de aplicación a los empleados en el servicio doméstico y a los trabajadores del sector artesanal tradicional. En este sentido, hay que traer a colación la Convención 189 de la OIT sobre Trabajadores Domésticos, que se dirige especialmente a las mujeres y niñas en el servicio doméstico y la Recomendación 201 rubricada «Un trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», ambas aprobadas el 16 de junio de 2011 y cuyo objetivo es facilitar la organización de los trabajadores domésticos y de sus empleadores; sensibilización y promoción; y desarrollo de la base de conocimientos y de herramientas políticas, que Marruecos tiene firmado pero no ratificado. Sin embargo, en Marruecos, existe un vacío legislativo en relación a la protección de los niños en el

24.03, de 11 de noviembre de 2003¹¹⁹, a pesar de sus recientes reformas, mantienen disposiciones discriminatorias¹²⁰. Desde 2006 el Gobierno marroquí declara que va a promulgar una ley relacionada con la violencia de género; sin embargo, no parece que se estén produciendo avances notables¹²¹. Por otro lado, la aplicación del nuevo Código de la familia se enfrenta a muchos obstáculos y resistencias. Destacan, entre otros:

- En el ámbito de la administración de justicia se hace notar el talante conservador de la judicatura. Dos ejemplos evidencian una aplicación de la ley en contra de su espíritu e ilustran dicho conservadurismo. El primero se refiere a las solicitudes de matrimonio precoz con una menor de entre 15 y 18 años, que fueron aceptadas en un 96% de los casos de febrero a diciembre de 2004 o, si se prefiere, 127 rechazos

trabajo de artesanía tradicional y las niñas en el sector doméstico, lo cual conlleva a su exclusión, en este sentido los avances legislativos son escasos y lentos, sirva de paradigma, la reforma del Código del Trabajo de 7 de junio de 2004, por la que se ha modificado la edad mínima para trabajar de 12 a 15 años. Este segmento de población es el más castigado, porque el gobierno marroquí hasta fecha reciente, 16 de Junio de 2011 ha aprobado pero no ratificado la Convención 189 de la OIT sobre Trabajadores Domésticos, que se dirige especialmente a las mujeres y niñas en el servicio doméstico y la Recomendación 201 rubricada «Un trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos» y cuyo objetivo es facilitar la organización de los trabajadores domésticos y de sus empleadores; sensibilización y promoción; y, desarrollo de la base de conocimientos y de herramientas políticas hasta ese momento.

¹¹⁹ Boletín Oficial del Reino de Marruecos de 5 de enero de 2004.

¹²⁰Una de las disposiciones del Código Penal marroquí que cuestionan las organizaciones de derechos humanos es el artículo 486. En el apartado relativo a los delitos contra la “moral”, define la violación como un acto en el que “un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer contra la voluntad de ésta” y prevé un castigo de entre cinco y 10 años de prisión. Si la víctima de la violación es menor de 18 años, tiene una discapacidad o está embarazada, la pena aumenta a entre 10 y 20 años de cárcel. Los castigos varían también en función del estado civil de la víctima y de si es o no virgen: el artículo 488 estipula penas más duras si a consecuencia de la violación y del “atentado contra el pudor” la mujer pierde la virginidad. En el caso de la violación, la pena es de entre 10 y 20 años de prisión, y de entre cinco y 10 años si la mujer no pierde la virginidad. Las activistas consideran que hay que cambiar la definición de violación para que sea neutral en cuanto al género y se tengan en cuenta otras circunstancias coercitivas que no exigen necesariamente la violencia física. También debe reconocerse la violación marital como delito específico. “El hecho de que la violación se aborde en el apartado de delitos contra la ‘moral’ pone el énfasis en la moralidad y el estado civil y no en la agresión contra la integridad de la víctima”, declaró Hassiba Hadj Sahraoui, directora adjunta del Programa Regional para Oriente Medio y el Norte de África de Amnistía Internacional.

¹²¹ Almendros, M.A., “La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género”, en AA.VV., Monereo, J.L. (Dir.), “Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros”. Comares, Granada 2010. pp. 425-458.

de 3.730 demandas. El segundo, concierne al examen de las autorizaciones de poligamia que fueron aprobadas en un 85% en los tribunales de Rabat y Marrakech durante estos mismos once meses de 2004 ¹²².

- El calado social de esta reforma es muy relativo como demuestra que, según una encuesta llevada a cabo en 2006 por el *Haut Commissariat au Plan*, más del 35% de los marroquíes no conoce la existencia del nuevo Código de la familia, porcentaje que asciende hasta el 45% en el caso de los rurales.

Estas consideraciones plantean la cuestión del verdadero alcance de los cambios que afectan a las mujeres marroquíes, del impacto real del movimiento de defensa de los derechos de las mujeres y de las reformas jurídicas y políticas llevadas a cabo en los últimos años¹²³. En otras palabras, ¿en qué medida se puede hablar de cambio cuando siguen existiendo otra serie de discriminaciones en las prácticas jurídicas y la legislación marroquíes que imposibilitan alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres?

Esto es, comprobar cuáles son los valores y las concepciones dominantes en torno al papel de la mujer en distintos ámbitos de la vida social. Para ello, se presentan algunos datos de opinión sobre cuestiones como la educación, la familia, la vida profesional y el espacio público que consideramos significativos. Siguiendo con los datos recogidos por el *Haut Comissariat au Plan* ¹²⁴.

En el ámbito de la educación, se observa que el 58,3% de los varones y el 42% de las mujeres consideran que los estudios universitarios son más importantes para los chicos

¹²² «La justicia Penal en Marruecos, números y datos», en *Revista de Asuntos Penales*, n.º 2, ed. Ministerio de Justicia y Libertades, octubre de 2012, pág. 281.

¹²³ Nieto, A., “Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol.12, n° 1, 2020, p.p. 286-318.

¹²⁴Haut-Commissariat au Plan (2006): 50 ans de développement humain et Perspectives 2025. Une illustration graphique de 50 ans de développement.

que para las chicas. De cara al matrimonio, apenas un 23%, tanto entre hombres como mujeres, ve con buenos ojos la posibilidad de que la mujer se case sin la necesidad de un tutor jurídico. En relación con la familia, un 75,7% de los encuestados opina que una mujer debe tener hijos para sentirse realizada.

No obstante, la familia reducida, con 2 o 3 hijos, aparece como el modelo ideal para el 66,9% de la población y, en particular, para el 76,9% de los jóvenes. Así mismo, la mitad de la población (55,8%) considera que es posible la conciliación de la vida profesional con la familiar y una mayoría importante (69%) comparte la idea de que tanto el hombre como la mujer deben contribuir a los ingresos del hogar. No obstante, ello no impide que la inmensa mayoría de los encuestados (86,9%) defienda la preferencia del hombre a la hora de acceder al empleo en un contexto de paro, sin que se aprecie una diferencia significativa entre las respuestas de ambos sexos. Por último, un 60,6% de la población afirma que los hombres son mejores líderes políticos que las mujeres, alcanzando esta aseveración un 69,8% de conformidad entre los hombres y un no despreciable 51,7% entre las mujeres¹²⁵.

A pesar de la nueva reforma del Código de Familia marroquí y su espíritu claramente proteccionista y garantista sobre todo de los derechos de la mujer, adolece de graves vacíos legales. En el sentido indicado, la nueva *Mudawwana* ha tenido gran importancia en una sociedad conservadora que está intentando incorporarse a la modernización y la democratización; pero a pesar de todas las reformas que pretendían conseguir para la mujer unas condiciones de vida dignas, defender sus derechos y establecer el principio de la igualdad sexual como pilar fundamental para el desarrollo de

¹²⁵ El Aoufi, N., y Bensaid, M., "Chômage et employabilité des jeunes au Maron », *Cahiers de la stratégie de l'emploi, étude réalisée pour le BI, 2005, p.p. 169-170.*

la sociedad, este código sigue teniendo muchos vacíos legales que dejan en evidencia la eficacia de la reforma.

Este código establece en dieciocho años la edad legal mínima para contraer matrimonio, para ambos sexos. No obstante, el matrimonio precoz sigue siendo un fenómeno común que, además de ser autorizado por los jueces con cierta permisividad, se basa en una tradición fuertemente arraigada en la sociedad marroquí, que admite y celebra el matrimonio de *al-fatha*, sobre todo en las zonas rurales.

Entre las novedades más importantes del nuevo código destaca la agilización de los expedientes de manutención, como medida de protección de las mujeres divorciadas y de sus hijos. El problema radica en todo el tiempo que está tardando el legislador en llevar a la práctica este fondo de manutención, a pesar de su urgente necesidad. Pero uno de los vacíos legales del nuevo código es la protección de las mujeres maltratadas.

La mujer marroquí, que en general ha vivido siempre bajo la angustia de ser maltratada, física y psicológicamente, sufre la contradicción entre las disposiciones de la escuela malikí (que permite al hombre educar a su mujer, que obliga a ésta a obedecer las órdenes del marido y cumplir sus deseos como cabeza de familia privilegiado por la religión) y la evolución que ha experimentado la sociedad marroquí, tanto a nivel social como legislativo, como se aprecia en las reformas del código de familia llamado nueva *Mudawwana*¹²⁶.

Las nuevas reformas permiten a la mujer disfrutar de ciertos derechos y libertades que le negaba el anterior código, reformado en el año 1993, pero no con total normalidad.

¹²⁶ Diago, M. P., "Repercusiones de la nueva "Mudawwana" en la inmigración marroquí", en VVAA, *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*. IEIOP, Zaragoza 2004, pp. 141-165.

El ejercicio de estos derechos por parte de las mujeres es especialmente dificultoso, ya que en la práctica supone entrar en conflicto con los maridos, que no aceptan tales reformas ni tal apertura.

La igualdad de derechos entre ambos sexos significa la pérdida de los privilegios de los que disfrutaba el hombre marroquí, la responsabilidad compartida en la gestión de los asuntos domésticos y familiares, que el marido deje de ser el cabeza de familia la abolición del deber de obediencia de la mujer al marido y su sustitución por respeto mutuo. Consecuencia de todo ello es la pérdida de poder del marido sobre la mujer y el aumento del número de mujeres maltratadas, de divorcios y de niños en situación de riesgo de exclusión social¹²⁷.

En el Reino de Marruecos no existe una legislación específica que criminalice la violencia de género¹²⁸. Sin embargo, tras la reforma operada en el Código penal por la Ley 24.03¹²⁹, de 11 de noviembre de 2003, este ha evolucionado en la misma dirección que la mayoría de las legislaciones occidentales aprobando disposiciones relativas a la protección de la mujer contra la violencia de los hombres.

Estas modificaciones fueron la consecuencia de la proliferación de las agresiones sobre las mujeres¹³⁰ que se castigaban de forma más leve como simples lesiones agravadas cuando existía una relación de parentesco. Hay que señalar que la

¹²⁷ Klevens Joanne, "An Overview of intimate Partner Violence Among Latinos". *Violence Against Women*, 13 , 11-122.2007 418.

¹²⁸ Desde 2006 el Gobierno marroquí declara que va a promulgar una ley relacionada con la violencia de género, sin embargo, no parece que se estén produciendo avances notables.

¹²⁹ Boletín Oficial del Reino de Marruecos de 5 de enero de 2004.

¹³⁰ El total de los delitos de violencia contra la mujer que llegaron a los tribunales marroquíes entre 2000 y 2009 fueron 200.931 (7.669 casos en 2000 y 16.160 en 2009), en *Revista de asuntos penales, Ministerio de justicia y Libertades*, núm. 1, diciembre de 2011, pág. 65

modificación de la ley penal se debió a la lucha activa de la sociedad civil y de las asociaciones de mujeres¹³¹.

No existe en la legislación marroquí ni en la del resto de países árabes, una ley que prohíba el maltrato a las mujeres¹³². Por ello sorprende que el Ministerio de Desarrollo Social, Familia y Solidaridad tenga una estrategia de protección de las mujeres víctimas de violencia, sin que haya una ley que establezca cómo debe ser esa protección ni penalice a los maltratadores. En el sentido indicado, se pueden observar los datos estadísticos de violencia contra las mujeres en Marruecos recogidos en la Revista de asuntos penales, Ministerio de Justicia y Libertades:

¹³¹ A modo de ejemplo, Asociación marroquí para luchar contra la violencia sobre la mujer, Asociación marroquí de planificación familiar, Asociación marroquí de defensa de los derechos de la mujer.

¹³² Klein, D., "Violence against Women: Some Considerations Regarding its Causes and its Elimination", *Crimen & Delinquency*, vol 27 núm. 1, enero 1981.

TABLA 1: Tipos de violencia cometidos contra la mujer en Marruecos ¹³³

Tipo de violencia cometida contra la mujer	número de casos
Violencia causa de incapacidad inferior a 20 días	7.350
Abandono de familia	4.068
Violencia causa de incapacidad superior a 20 días	3.216
Atentado al pudor con violencia	886
Violación	841
Violación con pérdida de virginidad	753
Ocultación de mujer casada	311
Abuso sexual, con ánimo de lucro	183
Lesiones que causan incapacidad permanente	73
Homicidio intencionado	52
Lesiones imprudentes que causan la muerte	40
Aborto	21
Expulsión del domicilio	21
Abuso sexual en una red organizada	15
Secuestro de mujer casada	4
Turismo sexual para los extranjeros	4
Envenenamiento	3
Red de tráfico de mujeres	1
Aborto que causa la muerte	0
Total general	17.842

Fuente: Ministerio de Justicia y Libertades.

Por otra parte, hay que señalar que en Marruecos las mujeres rurales son más maltratadas que las mujeres que viven en las ciudades; se trata de dos tipos de violencia condicionados por diferentes factores¹³⁴.

¹³³ “La justicia Penal en Marruecos, números y datos”, en *Revista de Asuntos Penales*, nº 2, ed. Ministerio de Justicia y Libertades, octubre de 2012, pág. 281.

¹³⁴ Desrués, T. y Moreno Nieto, J., “Representaciones, expectativas y estrategias vitales de mujeres jóvenes rurales en Marruecos”. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, 7 (enero-mayo 2009), p. 45.

En el ámbito rural es la mujer quien mantiene al marido y al resto de la familia, trabajando dentro y fuera de casa, lo que la convierte en un ser humano sometido cultural, física, psicológica y sexualmente, que sufre una doble violencia de forma continua y que, además, por ser analfabeta casi en el 100% de los casos, carece de voz y desconoce sus derechos. Sin embargo, casi nadie habla de la violencia que sufren las mujeres rurales: ellas, por vergüenza o por miedo, no reconocen que sean víctimas de esta violencia, y la sociedad acepta la situación como normal, especialmente en las mismas zonas rurales¹³⁵.

Las mujeres de zonas rurales, generalmente sin estudios ni oficio, no tienen acceso a un trabajo que les permita ser independientes, y por ello se ven sometidas a la voluntad de los hombres. Frecuentemente, la mujer soporta el maltrato como un sacrificio por el bien de sus hijos, ya que la mujer divorciada y con hijos tiene muy pocas posibilidades de contraer matrimonio por segunda vez, y suele quedar en una situación de indigencia¹³⁶.

Asimismo, el hecho añadido de la mujer marroquí al acudir al farragoso periplo judicial de los tribunales de justicia de su país a recabar auxilio judicial en caso de ser víctima de malos tratos y poder probar la realidad de su denuncia. Aun a pesar de que el principio de prueba adoptado por el Código de Procedimiento penal marroquí¹³⁷ es un logro legal, su aplicación en el ámbito penal, está supeditado a una filosofía, estructura y disposiciones que no dan a la violencia contra la mujer un trato adecuado, lo que conduce a que a veces se consiga eludir el castigo. Se presentan los siguientes problemas en la prueba:

¹³⁵ Pérez Beltrán, C., “Mujeres marroquíes ante la reforma de la *Mudawwana*: cambio social y referente cultural”. En *Sociedad civil, derechos humanos y democracia en Marruecos*. Granada: Universidad, 2006, pp. 295-332.

¹³⁶ «La justicia Penal en Marruecos, números y datos», ob. cit., pág. 280.

¹³⁷ Art.288 CPPM: “Excepto los casos en que la ley disponga otra cosa, las infracciones pueden acreditarse mediante todo tipo de pruebas y el juez decide según su íntima convicción”.

- a. A veces se excluyen medios de prueba como los certificados médicos o radiografías, porque falta acreditar la relación de causalidad entre el daño y el causante del mismo.
- b. Los tribunales se basan en las declaraciones del denunciado ante la policía judicial, recogidas en un atestado que se constituye como una prueba determinante para dictar una sentencia absolutoria¹³⁸, sobre todo en los casos en que el denunciado niega los hechos y se añade la ausencia de pruebas sólidas que contradigan la negación del denunciado.
- c. Para los jueces existe una jerarquía en los tipos de prueba. La mayoría de las veces el juez constituye su convicción en base a pruebas fuertes como la declaración de los testigos, sabiendo que es característico de esta violencia contra las mujeres su comisión en lugares cerrados, como el domicilio conyugal o lugares aislados. El 96% de la violencia contra la mujer se comete dentro del domicilio y el 4% de esa violencia se comete fuera del domicilio¹³⁹; el 83% de las víctimas son mujeres casadas y el 17% son divorciadas.

Aunque la violencia conyugal está tipificada en el art. 404 CPM la realidad es que los tribunales sólo la persiguen cuando está asociada a otros tipos delictivos. Así, si se consigue implicar al marido como autor de los malos tratos las sentencias pronuncian la suspensión de la pena de prisión cuando no absuelven por falta de pruebas, lo que es

¹³⁸Art.291 CPPM:”Los atestados verbales y los informes redactados por la policía judicial y los militares de la gendarmería para constatar los delitos y las contravenciones dan fe salvo prueba en contra”.

¹³⁹ Khadija El Filali Alach:»*La violence envers la femme au Maroc quelle protection, la violence conjugale comme exemple*», mémoire de DESA, Université Mohamed ben Abdellah, Faculté de droit, Fés, 2005-2006, p. 95.

muy frecuente como se puede apreciar en la jurisprudencia de los Tribunales de Primera Instancia¹⁴⁰. Estos pronunciamientos judiciales van en contra de la voluntad del legislador que ha optado por la criminalización de la violencia conyugal y la imposición de penas graves para mientas contra esta lacra social.

Se puede concluir que la interpretación de la regla de la libre apreciación de la prueba y su aplicación, sin tener en cuenta las particularidades de la violencia cometida contra la mujer, su naturaleza, su espacio, en definitiva, la dificultad de prueba causa una discriminación real. Esto es, la libertad en la apreciación de la prueba se convierte en una limitación de prueba con la consecuente elusión del castigo por parte del agresor.

La ausencia de una ley que castigue y regule las condenas a los maltratadores, fomenta y agudiza el problema. A pesar de los esfuerzos que están haciendo por parte de la sociedad civil y de las asociaciones feministas que apoyan a la mujer, falta mucho por hacer para concienciar a la sociedad sobre las consecuencias tan negativas del maltrato a la mitad de la población.

Aunque sin duda falta mucho por hacer en el espinoso tema de violencia de género en el Marruecos de hoy, el hecho de que el tema ocupe la escena de la vida pública y de los medios de comunicación es un avance en sí. Se intenta una apertura hacia el mundo occidental poniendo de manifiesto la vulneración de los derechos de la mujer. Así, a modo de conclusión, las reformas en materia de derechos de la mujer que incorporó el código de familia marroquí se encontraron con numerosos obstáculos, como los estereotipos sexistas, y la fragilidad de las estructuras sociales, que han hecho de su aplicación una difícil tarea.

¹⁴⁰ Sentencia Tribunal de Primera Instancia de Fes, de 14 de abril de 2005: condena a un mes de prisión que se suspende una multa de 500 dirhams. Sentencia Tribunal de Primera Instancia de Beni Mellal, de 9 de diciembre de 2005, en la que se condena a dos meses de prisión que suspende y una multa de 500 dirhams.

1.9.- REALIDAD DE LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN LA PRÁCTICA JUDICIAL MARROQUÍ

Todos los esfuerzos que se han hecho hasta el momento no han logrado la igualdad entre el hombre y la mujer. La discriminación de la mujer sigue siendo una realidad que se refleja claramente en la falta de un marco legal que penalice la violencia de género, en la discriminación salarial, en las actividades femeninas no remuneradas, en el diferencial de los niveles de paro, siempre más elevado entre las mujeres, y en que muchas mujeres no disfrutan de asistencia sanitaria a pesar de tener un puesto de trabajo.

La Constitución marroquí nacional reformada en 2011, garantiza la igualdad de las mujeres, esto es, en el preámbulo se establece la obligación de eliminar y combatir todas las formas de discriminación, incluyendo la discriminación por género¹⁴¹.

A pesar de estas disposiciones se denuncian numerosas violaciones por discriminación en contra de la mujer, inclusive a nivel de la legislación vigente, y la reticencia a modificar normas discriminatorias. En el sentido indicado, la CNDH concluye la aplicación de la *“Constitución se ha caracterizado por una evaporación gradual de las promesas constitucionales”*, entre otras cosas denuncian retrasos en el establecimiento de la Autoridad para la paridad y la lucha contra todas las formas de discriminación (APALD) y el Consejo Consultivo para la Familia y la infancia (CCFE)¹⁴².

Se puede afirmar que con el nuevo código de familia Marruecos ha progresado bastante en la promoción de los derechos de la mujer, aunque falta mucho trabajo tanto

¹⁴¹ UK Home Office: Country Policy and Information Note Morocco: Sexual Orientation and Gender Identity, Julio 2017. Pp.10.

¹⁴² Comisión Nacional de Derechos Humanos de Marruecos. Balance sobre la igualdad y de la paridad en Marruecos. Preservar y hacer más efectivos las finalidades y los objetivos constitucionales. Resumen ejecutivo de julio de 2015.

para la aplicación de las reformas aprobadas como para llenar los vacíos legales que sigue teniendo el nuevo Código, como, por ejemplo:

- Erradicar el analfabetismo, que va aumentando sobre todo entre las mujeres rurales.
- Reformar el código penal, para poder perseguir a los maltratadores.
- Luchar contra todos los tipos de discriminación, y penalizarlos.
- Fomentar y facilitar el acceso de las mujeres a puestos de trabajo que tengan mayor remuneración.
- Facilitar el acceso de las mujeres a la atención sanitaria y a los servicios básicos, como el agua, la electricidad, la educación y los créditos.
- Fomentar y dar más consideración a la participación de la mujer en la vida pública y política.
- Derogar la ley que exime de sanción a los violadores si acceden a casarse con sus víctimas, sobre todo si éstas son menores de edad.

En efecto, a pesar de los progresos realizados desde la independencia, la situación de la mujer en Marruecos está lejos de poder ser considerada igualitaria¹⁴³. Así, se observan ciertos puntos a analizar desde el punto de vista de la desigualdad,

- la escolarización está en vías de generalización, pero sigue siendo incompleta, especialmente en el caso de la mujer rural;
- la edad del matrimonio se retrasa y el tamaño de la familia se ha reducido, pero el rol reproductivo de la mujer sigue estando altamente valorado;

¹⁴³ Datos procedentes del Informe Marruecos/Sáhara Occidental Eventos de 2017.

- la mujer se ha incorporado al mercado laboral, pero lo ha hecho en condiciones de desigualdad y en un contexto socio-económico adverso, a lo que cabría añadir, la escasa valoración que la sociedad marroquí otorga al empleo femenino;
- la reforma del código de la familia supone una de las legislaciones más avanzadas del mundo árabe, pero una parte importante de la población desconoce su existencia.

De acuerdo a lo antes mencionado, si bien el Código familiar del año 2004 ha mejorado los derechos de la mujer en relación con el divorcio y la custodia de los hijos, continúa discriminando a las mujeres con respecto a la herencia y los procedimientos para obtener el divorcio. El mismo Código elevó la edad para contraer matrimonio de 15 a 18 años, sin embargo, en la práctica los jueces rutinariamente permiten que las niñas se casen por debajo de esta edad¹⁴⁴.

Se creó el Ministerio de la Solidaridad, la Mujer, la Familia y el Desarrollo Social, el cual implementa políticas públicas para protección de menores, y establecer centros de apoyo a víctimas de violaciones y ejerce labores para continuar la protección a menores y la eliminación de todas las formas de explotación infantil y promover el acceso a la educación¹⁴⁵.

Los casos de abusos sexuales en el ambiente de trabajo son penalizados sólo cuando el autor sea un superior, y la pena va desde 2 años de prisión hasta una fianza de entre 500 y 5.000 dólares EE.UU.; pero en la práctica son muy pocas las víctimas que denuncian a

¹⁴⁴ Informe Marruecos/Sáhara Occidental Eventos de 2017.

¹⁴⁵ USDOL – US Department of Labor: 2016 Findings on the Worst Forms of Child Labor - Morocco, 30-de febrero de 2017. Pp. 5. Sobre el particular, vid: https://www.ecoi.net/en/file/local/1418001/5734_1510842560_2016morocco.pdf

sus empleadores por miedo a perder sus empleos. El gobierno sólo reconoció 36 casos de abuso sexual durante 2015, lo que según muchas organizaciones civiles no representa una cifra real, debido al número tan bajo de denuncias¹⁴⁶.

El Comité de Derechos Humanos en 2016 manifestó preocupación por lo siguiente a pesar de los avances legales recientes ante lo siguiente:

“[...]a) la prevalencia de la violencia contra la mujer; b) el bajo porcentaje de denuncias y enjuiciamientos de autores de actos de violencia, debido sobre todo a la falta de medidas de protección y de estructuras de acogida, y al hecho de que las víctimas que denuncian una violación corren el riesgo de ser enjuiciadas, por la tipificación como delito de las relaciones sexuales extramatrimoniales consentidas entre adultos; c) el alcance limitado de la disposición penal que tipifica como delito el acoso sexual; y d) el hecho de que las reformas legislativas que se están efectuando mantengan ciertas disposiciones discriminatorias, como la previsión de circunstancias atenuantes en casos de “delitos de honor” (arts. 3, 6, 7 y 17)[...]”¹⁴⁷.

Y frente a esto le exigió a Marruecos,

“a) enmendar rápidamente su legislación nacional para garantizar una protección adecuada de las mujeres contra la violencia y el acoso sexual; b) facilitar la presentación de denuncias por violencia, asegurándose de que los casos de violencia contra la mujer sean investigados a fondo, de que los autores sean enjuiciados y condenados y de que las víctimas tengan acceso a recursos útiles y no

¹⁴⁶ USDOS – US Department of State: Country Report on Human Rights Practices 2016 Morocco, 3 de marzo de 2015.

Ver: <https://www.ecoi.net/en/document/1395047.html>.

¹⁴⁷ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Marruecos. Comité de Derechos Humanos de ONU. Documento Nro. CCPR/C/MAR/CO/6. 1 diciembre 2016. Pp. 4.

sean enjuiciadas por mantener relaciones sexuales extramatrimoniales; y c) garantizar la atención jurídica, médica y psicológica a las víctimas de violencia doméstica¹⁴⁸ y sexual, y mejorar los servicios de las estructuras de acogida y los mecanismos de atención a las víctimas”¹⁴⁹.

Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la realidad de la población femenina está muy lejos de los estándares establecidos por los convenios internacionales sobre derechos humanos y de la mujer.

¹⁴⁸ Almendros, M.A., “La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género”, en AA.VV., Monereo, J.L. (Dir.), “Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros”. Comares, Granada 2010. pp. 425-458.

¹⁴⁹ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Marruecos. Comité de Derechos Humanos de ONU. Documento Nro. CCPR/C/MAR/CO/6. 1 diciembre 2016. Pp. 4.

CAPITULO II. EL REPUDIO

1.- EL REPUDIO. DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

En este capítulo se analizará primeramente la figura del repudio y sus consideraciones generales, para posteriormente estudiar la figura del repudio ante la excepción del orden público internacional, empezando por observar lo dispuesto en el ordenamiento jurídico islámico.

El término *Talaq* es empleado en la *sharia* haciendo referencia a todos los capítulos por los que se puede disolver el matrimonio islámico¹⁵⁰, mientras que el repudio no es más que una causa específica de *Talaq* que consiste en «la disolución del matrimonio islámico por un acto de la voluntad del marido con o sin el consentimiento de su esposa o a petición suya».

En Derecho español, éste es el significado adoptado en la práctica jurisprudencial mayoritaria del TS sobre el exequátur en España de actos o decisiones dictadas por autoridades extranjeras sobre disolución del matrimonio islámico¹⁵¹.

¹⁵⁰ Mohamed, C., “Islam, Historia y Liberalismo en Sayyid Amir Ali”, *HMiC*, núm. X, 2012, pp. 207-208. En un Estado islámico todas las leyes han de ajustarse estrictamente a la *sharia*.

¹⁵¹ Quiñones Escámez, A., “Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa”, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 70.

El Tribunal ha utilizado el término repudio para referirse a las causas de disolución matrimonial que dependen de la voluntad del marido o de ambos cónyuges de mutuo acuerdo. Sentadas las anteriores aclaraciones, vamos a analizar a continuación las distintas clases de repudio islámico distinguiendo, a tal efecto, entre las categorías genéricas de repudio unilateral y de repudio bilateral.

De conformidad con la *sharia*, el varón sólo puede emitir un acto de repudio unilateral en los términos y con las condiciones previstas en el Corán¹⁵² y en la Sunna¹⁵³. Estos mandatos de origen divino tenían por finalidad primordial garantizar un mínimo de seguridad jurídica a la mujer, frente a los abusos cometidos por sus maridos en las sociedades islámicas primitivas y restringir la costumbre de los fieles musulmanes¹⁵⁴ preislámicos de repudiar discrecionalmente a sus respectivas esposas.

Los creyentes musulmanes posteriores a Mahoma continuaron repudiando a sus mujeres sin observar los preceptos fijados en los versículos coránicos, por lo que estas costumbres consuetudinarias fueron de nuevo legalizadas por obra de la exégesis interpretativa llevada a cabo por las cuatro Escuelas Jurídicas sunitas¹⁵⁵.

El repudio es el modo usual de disolución del matrimonio en la vida de los esposos en el mundo árabe¹⁵⁶. Sólo en Turquía y Túnez han abolido el repudio marital. Por ejemplo

¹⁵² El Corán dice (114:1-4): “Di: ¡Él es Alá, Uno!; Di: ¡Él es Alá, Uno, Dios, el Eterno! No ha engendrado, ni ha sido engendrado. Y no tiene par”. La religión islámica se inspira en la creencia de que *Allah* es el único Dios y que *Muhammad* fue su Profeta (<http://www.webislam.com/coran/>).

¹⁵³ El análisis de los sistemas de fuentes de Derecho islámico se ha realizado según el trabajo de S. Pérez Álvarez, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. pp. 183-193.

¹⁵⁴ Samia Aldeeb Abu-Salieh, “*Les musulmans face aux Droits de l’homme*”, Bochum, 1994.

¹⁵⁵ Carrascosa González, J., “Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado”, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 75-81 detalla la evolución del Derecho internacional privado de Familia y del Derecho internacional privado matrimonial en Occidente.

¹⁵⁶ Rehman, J., “*The sharia, islamic family laws and international human rights law: Examining the*

en Marruecos se proyectó ya en el año 2002 por Mohamed VI una reforma del Código de estatuto personal, mediante el *PLAN NACIONAL DE ACCIÓN EN VISTAS A LA INTEGRACIÓN DE LA MUJER EN EL DESARROLLO*, en el sentido de remplazar el repudio por el divorcio judicial, ampliar el concepto de pensión alimenticia a fin de que comprenda el domicilio conyugal como componente esencial cuando la madre a consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial, tiene atribuido el derecho de guarda de sus hijos, y acordar a la mujer divorciada la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio¹⁵⁷.

2.- ACTO DE REPUDIO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EXTRANJERO. ALUSIÓN AL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

En este apartado se analizará el matrimonio islámico¹⁵⁸ y su relación con lo dispuesto en el artículo 107 de Código Civil español, atendiendo a las sucesivas redacciones que ha tenido este relevante precepto como norma de conflicto en materia de crisis matrimoniales.

El matrimonio tiene naturaleza contractual en la religión islámica¹⁵⁹, esto es, se necesita el consentimiento de ambos cónyuges, teniendo en cuenta que la mujer tiene tutor

theory and practice of polygamy and talaq. International Journal of Law, Policy and the Family, 2007, vol. 21, p. 108-127.

¹⁵⁷ Quiñones Escamez, A.M., “La disolución del matrimonio: Especial Referencia al Repudio Islámico” en Rodríguez Benot, A., (coord.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, p.p. 259-362.

¹⁵⁸ Wilken, J. A., “*Über das Matriarchat bei den alten Arabern*”, Leipzig, 1984

¹⁵⁹ García Rodríguez, J., “La celebración del matrimonio religioso no católico”, Madrid, Tecnos, 1999, p. 60.

y presentará consentimiento mediante él. Las cláusulas que puede haber en un matrimonio son las siguientes:

- A) el divorcio en caso de poligamia.
- B) el repudio = *khol*. A cambio del repudio pronunciado por el hombre, éste tendrá que dar dinero a la mujer.

En los códigos de familia de los países musulmanes¹⁶⁰, existen dos modos de disolución de matrimonio; por una parte, el divorcio, modo que tiene la mujer y por otro lado el repudio. El repudio es un privilegio masculino que ha de ser registrado en el acta de matrimonio por dos notarios y se ha de notificar a la mujer por el juez.

Los efectos a estudiar del repudio son, entre otros:

- 1.- la pensión alimenticia de la mujer.
- 2.- lugar para vivir de la mujer.
- 3.- pago de pensión a los hijos, pago de la dote y derecho de guarda.

¹⁶⁰ Pearl, A., “*Textbook on Muslim Law*”, London, 1979 y 1987; Pearl, D. y Menski, W., “*Muslim Family law*”, 3ª Edición, London, 1998.

Ante este escenario, observaremos la aplicación del artículo 107 del Código Civil. Este precepto, en su redacción anterior, vigente hasta el 30 de septiembre de 2003, era aplicable al ámbito del divorcio y favorecía la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges, pero “desconocía cláusulas especiales de orden público”. En este sentido, inicialmente, se rechazó enmienda al proyecto de ley de divorcio que proponía una cláusula especial de orden público en la que se proponía aplicar el Derecho español si la ley designada por el artículo 107 del Código Civil la desconocía.

No obstante, tras diversos intentos fallidos y discusiones varias, el 30 de septiembre de 2003, el Boletín Oficial del Estado, publicó la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que, además de modificó el artículo 107 del Código Civil.

Así, ya en la exposición de motivos de la precitada ley, en el punto cuarto recogía la necesidad de la adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país y añadía que “...con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración”.

En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio. El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que

supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España”.

La redacción vigente del actual artículo 107 del Código Civil conforme a lo previsto en la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («B.O.E.» 3 julio) queda como sigue,

“Artículo 107

1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

Para proceder a un análisis concreto del mencionado precepto cabe recordar que la redacción del citado artículo hasta el año 2003 era la siguiente,

“[...]la separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la Ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes. Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil[...]”¹⁶¹.

¹⁶¹ Rúbrica del Capítulo XI del Título IV del Libro I redactada por el número uno del artículo tercero

Si se aplicara lo establecido en el artículo 107 del Código Civil, anterior a la reforma, al no referirse en el artículo a la excepción de orden público, todas las peticiones de separación y divorcio se regirían por la ley nacional común de los cónyuges, sin tener en cuenta que la aplicación de la misma fuera contraria al orden público o discriminatoria para alguna de las partes.

Resulta interesante en este punto traer a colación el caso de una mujer marroquí acogida que residía en Jaén con su pareja. Denunció a su marido por malos tratos en ámbito familiar e ingresó posteriormente en la Casa de acogida de otra provincia andaluza. El marido, ante la imposibilidad de visitar a los hijos, decidió interponer la demanda de divorcio en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Jaén en 2006, eligiendo para la regulación de su divorcio la ley marroquí, acogiéndose a lo preceptuado por el artículo 107.2 del Código Civil, anterior a la reforma, que establecía que la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial es la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda que en este caso sería la ley marroquí ya que, la legislación marroquí es más beneficiosa para los hombres que para las mujeres.

La mujer contesta la demanda solicitando que sea la ley española la que rijan su divorcio argumentando que la Ley marroquí es discriminatoria para la mujer apoyando su razón en el art. 107, párrafo, apartado c que estima que se aplicará la ley española si la ley nacional común no contemplara el divorcio o la separación, o lo hiciere de una forma discriminatoria o contraria al orden público.

de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros («B.O.E.» 30 septiembre). *Vigencia: 1 octubre 2003.*

La aplicación de la ley de nacionalidad común supone un efecto bloqueante según Adam Muñoz, sobre la ley aplicable que tiene una proximidad común con la actual relación de los cónyuges¹⁶². Por el contrario, el criterio de la aplicación de la ley de la residencia habitual, donde el matrimonio tiene su centro de vida común, supone un criterio de regulación neutral al no preferir la ley personal de uno u otro cónyuge y, por tanto, evitar cualquier discriminación por razón de sexo¹⁶³ ya que, la ley española confiere igualdad de derechos entre hombres y mujeres y no permite discriminación alguna¹⁶⁴.

La intención del legislador en el establecimiento de este criterio es la de aplicar una ley con la que el matrimonio haya estado vinculado. Ante esta situación, la mujer tendrá que demostrar que el Código de familia marroquí es discriminatorio para ella y que obtener el divorcio según su ley supondrá una situación de desventaja con respecto al marido. Todo ello a tenor del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que indica que “*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia*”, añadiendo que el juzgador podrá valerse de “*cuantos medios de averiguación estime necesario*”.

Pues bien, el apartado 2 del artículo 107, modificado por Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria¹⁶⁵ dispone que “[...]La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado [...]”. De este modo el art. 107 CC nos remite al Derecho de la UE, y en particular al Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre¹⁶⁶, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

¹⁶² Adam Muñoz, M.D., “*La modificación del artículo 107 del Código Civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo*”. *Ámbitos*. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades, núm. 11 (2004) pp. 79-88.

¹⁶³ Art. 14 Constitución Española de 1978.

¹⁶⁴ Gálvez Montes, F.J., “Artículo 32”, en F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución española*, 3ªed., Madrid 2001, p.p. 767-779.

¹⁶⁵ Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria (B.O.E. núm. 158 de 3 de julio).

¹⁶⁶ Publicado el D.O. de diciembre de 2003, Serie L 338.

responsabilidad parental (en vigor en España desde el 1 de marzo de 2005), o subsidiariamente a las normas españolas de Derecho internacional privado en su vertiente del nuevo apartado c) del artículo 22 introducido por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶⁷.

Dicho precepto establece que en defecto de otros criterios los Tribunales españoles serán competentes:

“[...]En materia de ...divorcio..., siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española[...]”.

Pero las normas anteriores nos sitúan sólo en el marco de la competencia judicial, de tal manera que para conocer cuál será la ley aplicable al divorcio tendremos que acudir al Reglamento UE nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de

¹⁶⁷ Publicado en el BOE. núm. 174 de 22 de julio de 2015.

diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, Código Civil y Ley Procesal¹⁶⁸.

En el presente caso, los medios de prueba con los que cuenta la mujer marroquí para determinar que la misma es discriminatoria son fundamentalmente los siguientes:

1. Prueba pericial: informe de dos jurisconsultos entre los que podemos destacar abogados, expertos y profesores.
2. Prueba documental: Informe del Cónsul español en Marruecos o también del Cónsul Marroquí en España.

Con estas pruebas se presentó la contestación a la demanda ante el juzgado de violencia de Jaén argumentando la mujer que se acogía a la ley española porque, en primer lugar, no tenía intención de volver a su país de origen, en segundo lugar, porque ella iba a solicitar la guarda y custodia de sus hijos, y tiene conocimiento de que la ley marroquí sólo concede la guarda de los hijos, manteniendo el padre, la patria potestad en exclusividad. En tercer lugar, solicitó el domicilio conyugal el cual había sido comprado durante el matrimonio y estaba ubicado en España donde había residido durante varios años.

En el sentido indicado, según la opinión de la Profesora Adam Muñoz¹⁶⁹, y al hilo del análisis de la precitada sentencia, señala que:

¹⁶⁸ El aumento del número de litigios internacionales en materia de separación y de divorcio sirvió de argumento a la Comisión para presentar en el año 2005 un *Libro Verde* sobre la unificación de normas de conflicto en materia de disolución del vínculo matrimonial hasta la publicación en el *Diario Oficial* del texto sobre cooperación reforzada recurrieron al mecanismo de la cooperación reforzada⁴ *Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*. DO de 29-12-2010 Serie L 343 (en adelante R 1259/2010).

¹⁶⁹ Adam Muñoz, M.D., “La modificación del artículo 107 del Código Civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo”. *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades. Género: Evolución, contexto y sociedad* 2004, p. 80.

“[...]no se puede negar la serie de inconvenientes que esta situación va a conllevar, pero sin embargo tenemos que argumentar en su favor que cuando una mujer musulmana decide divorciarse según la ley española y recurrir ante nuestros tribunales es porque implícitamente está dispuesta a asumir este riesgo y, porque entre otras cosas, desea que su marido cumpla con las obligaciones que el ordenamiento jurídico español le impone como consecuencia del divorcio, (pensión por alimentos, asignación de la vivienda, guarda y custodia de los hijos, pensión compensatoria) aparte de la posibilidad que entraña ser actora de una separación o divorcio cuando la convivencia se hace insostenible como consecuencia del trato de primacía del que goza el hombre, malos tratos, etc.[...]”.

Continúa la profesora Adam señalando que:

“[...]la mujer musulmana que decide divorciarse de acuerdo con la ley española, por lo general, no tiene un proyecto de regreso a su país de origen, muy al contrario, en la mayoría de los casos, su intención es permanecer en España, reanudar aquí su vida; por lo tanto, poco le importa, que este divorcio no se reconozca en su país de origen”[...].

No obstante, sí que ocurre en ciertas ocasiones que la mayor preocupación de las mujeres marroquíes acogidas es el temor a la falta de reconocimiento de la sentencia española en su país de origen ya que, se encuentran desprotegidas a la hora de viajar a Marruecos y no poder hacer valer su nueva situación jurídica si no es mediante el reconocimiento de las medidas de su divorcio, que en muchos casos no se consigue.

Asimismo, si la mencionada mujer quiere obtener el reconocimiento de su sentencia de divorcio en Marruecos tendrá que iniciar un procedimiento *de exequatur*¹⁷⁰ y dirigir su solicitud de reconocimiento ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se casó.

En el caso que nos ocupa, se podrá instar el reconocimiento, ya que España firmó con Marruecos un Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa el 30 de mayo de 1997¹⁷¹. Dicho Convenio establece que se ha de facilitar inicialmente el reconocimiento de las decisiones españolas de divorcio, pero siempre que reúnan las condiciones previstas en el Código marroquí.

Una de estas condiciones es que las resoluciones de los países contratantes no contradigan el Orden Público, el cual, en el caso de Marruecos, está integrado por las disposiciones contenidas en el Código de familia¹⁷² (en adelante CF). Por tanto, no se reconocerán en Marruecos, las decisiones españolas de divorcio pronunciadas de conformidad con la legislación española cuando las causas del mismo no coincidan con las previstas por el CF.

El artículo 128 del CF facilita sin duda, el reconocimiento de las decisiones extranjeras de extinción del matrimonio pronunciadas de conformidad con una ley que no sea la marroquí, siempre que las causas de divorcio sean compatibles con las previstas por el CF¹⁷³. Por este motivo no se homologarán en Marruecos las decisiones (españolas) de

¹⁷⁰ Fernández Rozas, J. C., "La primacía de los Tratados internacionales en el *exequatur* de sentencias arbitrales extranjeras". *RCEA*, 1991, pp. 9 y ss.

¹⁷¹ Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997).

¹⁷² Código de Estatuto Personal y de las Sucesiones (*Mudawwana*). Vid. comentario al mismo en Esteban de la Rosa, G. *Nuevo Código de Familia Marroquí y su aplicación en España* (Coord.), Madrid 2009.

¹⁷³ Puede aportarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo marroquí, de 2 de marzo de 2005 (número 576/2004 publicada en, *majalatu ad qadau al majlisi alaala* volumen 36, p. 103) que

divorcio que se hayan pronunciado a instancia de la exclusiva voluntad de uno de los cónyuges salvo cuando concurra alguna de las condiciones que prevé el CF¹⁷⁴.

No obstante, el CF también contempla dos causas para que se pueda instar unilateralmente el divorcio (posibilidad en el caso que nos ocupa) las cuales son: el divorcio de mutuo acuerdo (*Atalq bilitifaq*)¹⁷⁵ y el divorcio por desacuerdo (*Achikaq*) que permite a cualquier cónyuge dirigirse al juez solicitando el divorcio como consecuencia de la existencia de grandes conflictos, graves y duraderos (por ejemplo insultos, malos tratos, etc.), que hacen insoportable la vida matrimonial.

Como consecuencia de esta regulación en el CF, podríamos afirmar que, una decisión española de divorcio entre dos marroquíes, basada en el maltrato ejercida por el marido sobre la esposa, es susceptible de reconocimiento en Marruecos si cumple los demás requisitos exigidos en el artículo 23 del Convenio¹⁷⁶; y ello con independencia de que aquélla se haya dictado en aplicación de la ley marroquí o de la ley española.

homologa la decisión extranjera, tras verificar que en la causa del divorcio obtenido en el extranjero, se han cumplido los requisitos que prevé el Código de Familia para esta modalidad de divorcio (en particular la conciliación previa) y que la decisión no es contraria al orden público ni incompatible con lo dispuesto en el código.

¹⁷⁴ Dichas causas son las siguientes (art. 98 CF): incumplimiento del esposo de algunas de las condiciones estipuladas en el acta del matrimonio, causación de un perjuicio, incumplimiento de la obligación de manutención (que incumbe el marido), ausencia, existencia de un vicio resolutorio y juramento de continencia realizado por el esposo.

¹⁷⁵ Art. 94 y 95 del CF marroquí. El juez de familia, tras intentar sin éxito la reconciliación, declarará el divorcio y determinará la cuantía económica correspondiente en concepto de indemnización al cónyuge perjudicado.

¹⁷⁶ Art. 23 del Convenio entre España y Marruecos del 1997: "Las resoluciones judiciales en materia, civil y administrativa, dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes en España y Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio de otro Estado , reúnen las condiciones siguientes: 1.- La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas en el país en que hubiera sido dictada; 2.- Las partes han sido legalmente citadas, representada so declaradas rebeldes; 3.-La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada; 4.- La resolución no contiene disposiciones contrarias al *orden público* del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios de derecho internacional que sean aplicables al mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada; 5.- Que no se encuentre pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo

En el sentido indicado, el requisito del respeto del orden público marroquí previsto en el Convenio bilateral ha de ser interpretado a la luz de las nuevas reformas de la ley interna marroquí en este ámbito.

Ello implica que el juez español puede basarse en el Derecho español para decidir la ruptura del vínculo conyugal entre dos marroquíes residentes en España y su decisión ha de ser reconocida por el juez marroquí, siempre y cuando los demás requisitos de firmeza, competencia judicial y respeto de los derechos de defensa se hayan observado. El juez del *exequátur* sólo debe averiguar que la causa de divorcio invocada en la resolución española es compatible con alguna de las causas enumeradas en el CFM.

También se ha de señalar que la sentencia española tendrá que ser reconocida en su conjunto; es decir, sin distinguir entre las medidas que contempla el divorcio, como por ejemplo la pensión por alimentos, el uso de la vivienda o el régimen de visitas, etc. ya que, solo será imprescindible, como anteriormente hemos indicado, que dicha sentencia no inflija el orden público marroquí.

Si concurre el caso, en que una mujer marroquí desea que su sentencia de divorcio produzca efectos en otro país de la Unión Europea distinto a España, donde su ex cónyuge tiene la residencia habitual, tendrá que solicitar que mediante la aplicación del procedimiento establecido en el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre del 2003, su sentencia de divorcio tenga el reconocimiento y produzca el efecto de cosa juzgada para poder ejecutarla directamente en el país europeo donde reside su ex pareja.

objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse".

Inicialmente, se observa por la jurisprudencia española una especie de reticencia a la alegación de orden público, calificándola quizá como contraria al antiguo artículo 107 del Código Civil¹⁷⁷, que supuso una internacionalización del derecho civil español.

En el sentido indicado, se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 17 de enero de 2012¹⁷⁸ en la que se recoge que:

“[...]el artículo 107 del CC remite para la nulidad a la Ley Marroquí conforme a la cual no procedería anular el segundo matrimonio en tanto no reconocería el primero celebrado entre musulmana y no musulmán. El primer matrimonio celebrado en España en 1998 conforme a la ley española es válido en España. El impedimento de la Ley Marroquí de religión o culto - matrimonio de musulmán con no musulmán (art.39.4 *La Mudawwana*) es excluido en España por razones de orden público[...]

La Dirección General de Registros y Notariado en Resolución de 10 de junio de 1999 argumenta que si bien la capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal del interesado (artículo 9.1 CC.), dicha ley no deberá ser aplicada y en su lugar se aplicará la ley española cuando la norma extranjera, aplicable como regla, sea considerada contraria al orden público. La DGRN concluye que "no cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (artículo 32, CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (artículo 14, CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (artículo 16, CE)".

¹⁷⁷Campuzano Díaz, N., "Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil" en *El derecho de familia ante el siglo A.L.* Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid. 2004, p.p. 189-190.

¹⁷⁸ Vid. Jurisprudencia del C.G.P.J, nº recurso 1061/2014, número resolución 7/2012.

Ante tal razonamiento se estima que, al ser la norma indicada manifiestamente contraria al orden público español, es válido dicho matrimonio civil en España. Concluyendo, el matrimonio ante autoridad española entre una marroquí musulmana y un no musulmán, puede ser válidamente celebrado, aunque no es reconocido en Marruecos (matrimonio claudicante) [...]”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1996¹⁷⁹, (criterio ratificado posteriormente en la de 31 de diciembre de 1979) ante una excepción de orden público alegada por una de las partes, establece que:

“[...]la excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástico y flexible, puesto que, si según la jurisprudencia, el orden público está constituido por “aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”, es indudable su carácter relativo ligado a la concepción social y política de cada momento histórico aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente[...]”.

En este sentido, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de abril de 2019¹⁸⁰ ante la alegación de orden público del recurrente para la inaplicación del derecho español ante el marroquí, señalaba que:

¹⁷⁹ Cfr. Aranzadi, Repertorio número 1684 del año 1966.

¹⁸⁰ Vid. Jurisprudencia del C.G.P.J, nº recurso 94/2014, número Resolución 271/2014.

“[...]Conforme al artículo 107.2, apartado c), del Código Civil, será de aplicación la ley española, aun cuando ambos cónyuges tengan ley nacional común, siempre que al menos uno de los cónyuges, resida habitualmente en España, si las leyes indicadas en el párrafo primero de dicho apartado, ley nacional común, no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público, lo que es de apreciar en el caso, ya que, ciertamente ambos litigantes ostentan la nacionalidad marroquí, pero la esposa, junto con sus cinco hijos, y el propio marido, consta que desde el cuatro de diciembre del año dos mil seis está empadronada en la localidad de Benalmádena (Málaga), en el número NUM000 de la AVENIDA000 , portal NUM001, planta NUM002 - documento número siete de la demanda- (folio 26), y por un lado, la ley marroquí, el Código de Familia Marroquí, el denominado "*Al Mudawana*", vigente desde el año dos mil cuatro, documento aportado como número quince a la demanda (folios 48 a 126), resulta discriminatorio, por razón de sexo, para la (ex) esposa demandante, ya que aunque dicha normativa legal reconoce el divorcio ("*tatliq*"), sin embargo, establece notas diferenciales según quién sea el ejercitante de la acción, de manera que, así como el hombre puede hacer uso del repudio, donde no tiene que acreditar justificación alguna para su decisión, si como en el caso, en cambio cuando es la mujer quien insta la disolución del vínculo matrimonial, se dispone imperativo intento de reconciliación, bien realizado por juez y/o por dos árbitros nombrados al efecto, lo que se justifica por el concepto que al matrimonio dan los textos sagrados como un deber de todo musulmán y la necesidad de evitar la ruptura [...]”.

En conclusión, la aplicación de la excepción de orden público, si se estima procedente, debería de ser restrictiva. Se observa, como ya lo apuntábamos, que existe cierto resquemor por parte de los tribunales españoles a quebrar esa moderna concepción de “comunidad jurídica universal”.

No obstante, y en el devenir de la aplicación del artículo 107 del Código Civil¹⁸¹, y ante los numerosos problemas de ejecución de la ley nacional de los cónyuges en materia de divorcio, sobre todo, en derecho originario de países musulmanes, por situaciones de posibles discriminaciones de la mujer, la jurisprudencia española vuelve a realizar un giro, señalando la vulneración de los derechos fundamentales.

En el sentido apuntado, el Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de octubre de 1984¹⁸² y posteriormente en sentencia de 15 de abril de 1986¹⁸³ recoge que el mencionado tribunal no puede entrar en el examen de los requisitos establecidos por el ordenamiento del foro para la ejecución de una resolución judicial extranjera puesto que la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria y función jurisdiccional en sentido estricto perteneciente en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, salvo en el supuesto de vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional.

Así, señala el Tribunal Constitucional que “[...] Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas,

¹⁸¹ Art. 107.1 CC: “La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. 2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

¹⁸² Vid. Sentencia 98/1984 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, recurso de amparo 142/1984 y publicada en el BOE núm. 285 de 28 de noviembre.

¹⁸³ Vid. Sentencia 43/1986 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, recurso de amparo 325/1985 y publicada en el BOE núm. 102 de 29 de abril.

incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución [...]”.

Prosiguiendo con la misma línea señalada, la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 30 de abril de 2002 incluso va más allá señalando que “no se desestima la separación” a pesar de que, desoyendo a lo previsto en el artículo 107 del Código Civil, no se aplica la ley nacional de los cónyuges por el Juzgado de Primera Instancia; ¿Por qué?

La esposa marroquí insta una separación en la que solicita:

- Guarda custodia del hijo.
- Alimentos.
- Restricción de un derecho de visitas a favor del cónyuge.

El juzgado de primera instancia falla a favor de la separación bajo las reglas del derecho español, olvidando que se ha de aplicar la marroquí por la aplicación del artículo 107 del Código Civil.

Posteriormente, la Audiencia Provincial, a pesar de que reconoce que no hay buena aplicación de derecho internacional privado, apela a lo establecido por el Tribunal Constitucional que afirma que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al derecho español, respetando el artículo 24.1 de la Constitución (tutela judicial efectiva) antes de la solución de tener por decaída la demanda, esto es, se debería aplicar el derecho español con carácter sustitutorio a fin de proteger el interés superior, fundamental y básico del menor, por ello procede mantener la separación decretada.

En conclusión, se puede deducir que se posibilita a que las mujeres de religión musulmana se puedan divorciar o separar de acuerdo con la ley española, pero el problema estaría en que la resolución dictada por los tribunales españoles no va a gozar de reconocimiento o eficacia en el país de origen de la mujer ya que en los estados musulmanes el estatuto personal se rige por la ley nacional de la persona, la cual es irrenunciable, considerándose que el no acatamiento de esta ley supone como una especie de apostasía, lo que desemboca en la negación de la personalidad jurídica del individuo, o lo que es lo mismo, en una especie de muerte civil.

La nacionalidad en los países del Magreb no se pierde nunca y sus ciudadanos han de actuar conforme a la misma. De esta forma nos vamos a encontrar con situaciones en las que una mujer musulmana va a estar divorciada desde la óptica de nuestro sistema jurídico, pero va a permanecer casada desde el punto de vista del Estado de su nacionalidad.

Pero lo que parece evidente es que si una mujer musulmana decide divorciarse según la ley española y recurrir ante tribunales españoles es porque está dispuesta a asumir este riesgo y porque quiere que su marido cumpla con las obligaciones que el ordenamiento jurídico español le impone como consecuencia del divorcio. Asimismo, la mujer musulmana que decide divorciarse de acuerdo con la ley española, en general no tiene intención de regresar a su país de origen¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Roig M., “la mujer y el poder”, en CGT, Rojo y Negro, Cuarta Época, año X, 1999.

3.- EL REPUDIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍCO ESPAÑOL

Se ha de iniciar este análisis desde la premisa de que el derecho islámico tiene cabida en España a través del art. 59 Código Civil¹⁸⁵ que abre la vía del multiculturalismo en la celebración del matrimonio, al afirmar que el consentimiento matrimonial puede prestarse en la forma prevista por una Confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado, sobre cuya base se promulgó la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España¹⁸⁶.

Conforme a su art. 7 establece la regulación de la celebración del matrimonio en forma coránica con efectos civiles. A través de dicho Acuerdo de cooperación, el legislador español confiere cierta validez a las normas del Derecho islámico relativas a la celebración del matrimonio, que se aplicaran simultáneamente o en conjunción con las normas civiles. En la práctica, esto supone que se aplicará el Derecho musulmán¹⁸⁷ para regular la forma coránica de celebración del matrimonio, y que en todo lo no regulado por dicho ordenamiento se aplicará la legislación civil española.

Pero, admitiendo como principio intangible que si tales normas de celebración fueran contrarias a la Constitución no se aplicarían. El Estado aconfesional que se genera en la Constitución Española de 1978¹⁸⁸ apoya su hacer jurídico en la tutela y promoción de los derechos fundamentales de la persona humana digna en condiciones de igual libertad. Esta premisa le permite atribuir cierta relevancia jurídica como derecho estatutario a

¹⁸⁵ Artículo 59. “El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”.

¹⁸⁶ Publicado en el BOE nº 272, de 12 de noviembre, p. 38214.

¹⁸⁷ Sourer, D., “*Droit musulman et Codificación*”, en *Droits*, (1992-2), Tomo 26.

¹⁸⁸ BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

normas confesionales, cuando ello sea preciso para facilitar la plena realización del derecho de libertad de conciencia individual.

En el ámbito matrimonial el Derecho español ha hecho uso de esta facultad, otorgando eficacia jurídica a las normas de celebración del matrimonio de las confesiones religiosas con Acuerdo, dentro los dos parámetros fundamentales que establece el artículo 32 CE: la plena igualdad jurídica de los cónyuges y la competencia de la ley estatal para decidir sobre los requisitos de fondo del matrimonio¹⁸⁹. La normativa de celebración del matrimonio islámico deberá, en consecuencia, cumplir los requisitos básicos señalados en el Código civil: autoridad competente, presencia de los cónyuges y dos testigos mayores de edad.

Este contenido mínimo no es contrario a la esencia del propio derecho islámico y es compatible con la introducción de otros elementos, siempre que no afecten a la sustancia de la eficacia civil. No obstante, esta normativa formal no se puede imponer. Los ciudadanos musulmanes son libres para regirse por una interpretación matrimonial más rígida. Pero no pueden pretender que esa interpretación tenga aplicación jurídica en el marco estatal, ni alegar con fundamento una posible objeción de conciencia a la forma de celebración acordada con el Estado.

A este respecto, hay, en concreto, dos figuras vinculadas al matrimonio islámico, cuáles son la poligamia y en el repudio, cuya naturaleza pudiera ser discriminatoria para la dignidad y los derechos de uno de los cónyuges y siendo en este caso incompatible con el orden público constitucional¹⁹⁰. Sin embargo, ambas figuras son de inclusión facultativa en

¹⁸⁹ Garberí Llobregat J., “Procesos matrimoniales (arts. 769-778)”, en J. Garberí (dir.), *Los procesos civiles*. Ed. Bosch, Barcelona 2001, vol. V, pp. 654-668.

¹⁹⁰ Fernández-Coronado González, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, nº

el matrimonio islámico. En consecuencia, no son requisitos *ad validitatem* para el nacimiento y eficacia del vínculo, que es jurídicamente perfecto sin su concurrencia.

La naturaleza de uno y otro es muy diferente. La poligamia se inserta en el momento de la constitución del vínculo y lo desvirtúa en su misma esencia, al hacerlo simultáneo con otro vínculo válido ya establecido, haciendo patente la presencia de una voluntad matrimonial. El repudio, por el contrario, incide en el momento de la disolución del vínculo, deshaciéndolo. Es una especie de divorcio de hecho, de abandono conyugal con intención dolosa, que pone de relieve la ausencia de una voluntad de continuar con el matrimonio.

Esta distinta naturaleza repercute en la consideración jurídica en el Derecho español de los propios elementos o de situaciones de hecho surgidas al amparo de los mismos, que son consecuencia de su admisión en la ley nacional de los cónyuges. Así, la poligamia es una institución ilegal en Derecho español. No es posible, entonces, la admisión de efectos jurídicos en su contenido sustancial, ni siquiera sobre la base de la mejor realización del derecho de libertad de conciencia individual, pues impide el correcto desarrollo de los derechos inherentes a la dignidad humana y lesiona la moralidad pública, chocando, en uno y otro caso, con el límite del orden público constitucional.

Sin embargo, los parámetros del Estado social y democrático de derecho permiten, una flexibilidad en la aplicación de ese límite, en algunos aspectos que cuelgan de la figura legal en sí misma ilegítima, y que se producen una vez desaparecida ésta.

Esta aplicación flexible o atenuada se ampara en la posible repercusión de estos aspectos en derechos fundamentales de uno de los cónyuges y permite adoptar algunas

29, nº 85, 2009, p.p. 125-156.

soluciones jurídicas para proteger situaciones de indefensión que afectan a personas, y que son cada vez más frecuentes en una sociedad globalizada como la actual, donde la inmigración y el multiculturalismo van en aumento.

De este modo, se podría evitar la lesión del derecho de igualdad y no discriminación para una de las partes, que se produce como consecuencia del no reconocimiento en Derecho español de esta figura contraria al propio ordenamiento, sin que ello suponga una variación en la consideración ilegal de su naturaleza.

El repudio, por el contrario, aunque como norma general pueda entenderse como un acto enraizado en la desigualdad de la mujer y atentatorio de su dignidad, pero que puede superar en algunos supuestos el límite de control del orden público, produciendo ciertos efectos jurídicos de la figura en sí misma considerada. La razón hay que encontrarla en la consideración de la realidad social, como criterio de contraste para la aplicación de las normas y su influencia en la consideración de los derechos fundamentales de la persona.

Sobre esta base, la reforma del Código civil español, admitiendo el divorcio sin causa y por voluntad unilateral de uno de los cónyuges aunque el otro se oponga, abrió una vía para la posibilidad de admisión de efectos legales al repudio unilateral, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos inexcusables establecidos para el divorcio en Derecho español en esta materia, concretados en la intervención de la autoridad competente para disolver el vínculo y la absoluta igualdad entre los cónyuges en el matrimonio, como señala el propio texto constitucional. Pero lograr esto no es tarea fácil.

4. LA JURIDIFICACIÓN DEL REPUDIO UNILATERAL A TRAVÉS DEL EXEQUÁTUR

La primera cuestión se puede solventar mediante la llamada *juridificación* del repudio unilateral en el ordenamiento de origen, ante el órgano o autoridad competente para dar fe de la disolución, que, además, ha de ser irrevocable. Esto faculta su posible reconocimiento en España a través del *exequátur*, pero siempre que, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la Ley 29/2015 de 30 de julio¹⁹¹, no sea contraria al orden público y el repudio, aunque sea unilateral e irrevocable en origen, no es lícito en Derecho español, pues atenta contra la igual dignidad de los cónyuges.

No obstante, la aplicación rígida del orden público puede, paradójicamente, resultar lesiva para la tutela judicial efectiva de la mujer, que puede preferir que se prescinda de la protección que estrictamente se merece, y que se concreta en la denegación de la consolidación de su situación discriminatoria en el derecho interno, para obtener un mejor derecho.

De este modo, la mujer repudiada, al solicitar la ejecución de la decisión de repudio legalizada en el ordenamiento de origen, está manifestando la ausencia de una voluntad matrimonial y la presencia de una voluntad de obtener la ratificación del repudio en aras a la consecución de un mejor derecho, que se superpone al lesionado. No hay que olvidar a este respecto que la propia lesión del derecho anterior ya no tiene valor para ella, según se trasluce de su propia actuación.

La cuestión es, entonces, ponderar derechos fundamentales. Y es aquí donde el ordenamiento español puede proyectar su influencia, pues el conjunto de los principios y

¹⁹¹ BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

valores que componen el contenido del orden público como límite se basan en la persona como eje del sistema y amparan unos derechos inherentes a ella que se deben de proteger. Se trataría, en definitiva, de realizar una interpretación atenuada del orden público, amparando una decisión judicial conflictiva en la función promocional de los derechos fundamentales del artículo 9. 2 CE.

El Código civil español establece los requisitos mínimos necesarios para la eficacia jurídica del matrimonio religioso¹⁹². El matrimonio islámico, regulado en el artículo 7 del Acuerdo del Estado con la Comisión Islámica de España de 1992, requiere la presencia de esos requisitos mínimos, que no afectan a la esencia de la norma confesional y pueden concurrir perfectamente con otros exigidos por ésta, siempre que respeten ese mínimo legal establecido en la normativa estatal.

En orden a lograr esa eficacia civil, es importante señalar que hay dos elementos que pueden formar parte del matrimonio islámico, que lesionan el orden público interno e internacional al ser contrarios a la dignidad y los derechos de uno de los cónyuges como pudieran ser el repudio y la poligamia. Sin embargo, determinadas situaciones derivadas de esos dos elementos podrían tener ciertos reflejos jurídicos en un Estado, como el español, en que la dignidad y los derechos de la persona son ejes esenciales del sistema establecido.

Esto sería posible mediante una interpretación atenuada del orden público, sobre la base de la función promocional de los derechos fundamentales del artículo 9.2 CE.

¹⁹² Diago Diago, M.P. “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista española de Derecho internacional*, 2014, vol. 66, nº 2, p.p. 49-79.

5. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO MODULADOR EN LA INTERVENCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ANTE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS.

Tal como ha puesto de relieve el profesor S. Álvarez González¹⁹³, el Derecho Internacional privado ha de respetar el derecho a la diferencia, siempre y cuando la misma no resulte intolerable. El DIPr no ha de partir ni de una aceptación generalizada e incondicionada de las instituciones jurídicas extranjeras basadas en valores opuestos a los occidentales ni de un rechazo automático a las mismas. En el sentido indicado se ha de intentar por medio de dicho derecho la consecución de un equilibrio entre los valores en conflicto, esto es, entre el derecho al respeto de la identidad cultural del inmigrante y su integración en la sociedad de acogida.

Para ello, el DIPr cuenta con un conjunto de técnicas diversas, entre las que está la modulación en la intervención de la cláusula de orden público internacional. El problema estriba en determinar dónde se encuentran los límites del proclamado derecho a la diferencia¹⁹⁴.

En cualquier caso, el fenómeno de la multiculturalidad es un fenómeno complejo, que exige un estudio detallado de cada caso, de cada institución jurídica¹⁹⁵.

Un análisis de la jurisprudencia comparada deja patente que las respuestas de los sistemas estatales de DIPr, ante los problemas relativos a la multiculturalidad, varían a lo

¹⁹³ Álvarez González, S., "Adopción internacional y sociedad multicultural", Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz, 1998, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 175-211.

¹⁹⁴ Borrás, A., "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", Icaria, Barcelona, 1998, pp. 163-243.

¹⁹⁵ Calvo Caravaca, J.C. y Iriarte Ángel, J.L., "Estatuto personal y multiculturalidad de la familia", Colex, Madrid, 2000, p.p. 75-89.

largo del tiempo. De hecho, la jurisprudencia dictada en esta materia en los años sesenta del último siglo es mucho más abierta al fenómeno de la multiculturalidad que la jurisprudencia que ha sido dictada desde los años noventa por lo que a Francia se refiere¹⁹⁶.

Dicho aspecto pudiera estar relacionado con el auge, en las sociedades europeas actuales, de tendencias políticas ultraconservadoras, las cuales, bajo la apariencia de motivaciones económicas o laborales y de seguridad ciudadana, parten de una desconfianza hacia lo ajeno, hacia lo diferente por el hecho de ser diferente, hacia el inmigrante por el hecho de ser inmigrante. Dichas tendencias han propiciado, sin lugar a dudas, las actuales políticas de inmigración de los países europeos, las cuales se caracterizan, por lo general, por su carácter marcadamente restrictivo¹⁹⁷.

Para una visión general de la actual política de inmigración española, además de suponer un retroceso con respecto a la L. O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece una política de inmigración que tiende más al control de la inmigración que a la integración de los inmigrantes.

Para una visión rigurosa de la problemática planteada por los movimientos migratorios masivos por motivos económicos y su integración en la sociedad de acogida, desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales¹⁹⁸.

Las tendencias del DIPr a la especialización, a la flexibilización y a la materialización han traído consigo una nueva caracterización del orden público

¹⁹⁶ *vid.* F. Monéger, "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?", *JD.I.*, 1992, vol. 119, núm. 2, pp. 347-355; así como R. ElHusseini, "Le droit international privé français et la répudiation islamique", *R.C.DIPRDIPR*, 1999, vol. 88, núm. 3, pp. 427-468).

¹⁹⁷ Martín María, B., "La reforma de la Ley de extranjería", *luris*, Marzo 2001, p.p. 32-38.

¹⁹⁸ AA VV, *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, bajo la dirección de A. Marzal, Barcelona, 2002, p.p. 43-54.

internacional. Dicha nueva caracterización se adecua perfectamente a las exigencias del nuevo contexto social, esto es, del complejo y fenómeno de la multiculturalidad.

La cláusula de orden público internacional se caracteriza hoy en día fundamentalmente por su flexibilidad. Dicha flexibilización del orden público internacional, que tiene lugar tanto en el sector del Derecho aplicable como en el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, consiste en otorgar a los órganos jurisdiccionales nacionales un gran margen de apreciación, no de discrecionalidad, de cada situación privada internacional, esto es, del conjunto de circunstancias concurrentes y de los intereses en presencia en cada caso.

La flexibilización de los expedientes normativos es beneficiosa siempre y cuando no conlleve a actuaciones arbitrarias por parte de los órganos jurisdiccionales, ya que las mismas supondrían un grave atentado al principio de la seguridad jurídica. De este modo, en aras de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y a los intereses concretos en presencia, del automatismo o rigidez que tradicionalmente caracterizaba a la cláusula de orden público internacional, se ha pasado a la flexibilización de la misma¹⁹⁹.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española, la jurisprudencia española estimaba que la cláusula de orden público estaba integrada, no sólo por principios jurídicos, sino también por principios morales y religiosos. A estos efectos, la sentencia del T.S. de 12 de mayo de 1944²⁰⁰; así como la sentencia del T.S. de 5 de abril de 1966²⁰¹. Dicho carácter "moralista", que tradicionalmente caracterizaba al orden público internacional, quedaba claramente patente en el principio de la indisolubilidad del

¹⁹⁹ Bucher, A., *"L'ordre public et le but social des lois en droit international privé"*, R. des C., 1993, p.p. 9-116.

²⁰⁰ Aranzadi Repertorio nº 669 de 1944.

²⁰¹ Aranzadi Repertorio nº 1684 de 1966.

matrimonio, el cual formó parte integrante del contenido del orden público internacional español hasta el momento de admitir nuestro ordenamiento jurídico la institución del divorcio por Ley 30/1981, de 7 de julio²⁰².

De este modo, la flexibilización de la cláusula de orden público internacional, en particular, no tendría por qué suponer una merma de la seguridad jurídica. Dicho cambio de rumbo de la práctica española se aprecia claramente en la ya citada Resolución DGRN, la cláusula de orden público internacional en el ordenamiento jurídico español, tanto en el sector del Derecho aplicable (art. 12.3 del Código Civil)²⁰³, como en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (art. 44 de la Ley 15/2015 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, celebrado el 30 de mayo de 1997, entre España y Marruecos), propicia este modo de proceder, esto es, permite que pueda tener lugar la flexibilización mencionada.

La tendencia a la flexibilización del Derecho parece apta para afrontar los problemas de las actuales sociedades multiculturales. Tal como ha puesto de manifiesto un prestigioso filósofo del Derecho y de la Política, como consecuencia de la "aparente incapacidad" de los legisladores estatales para adecuar los sistemas jurídicos a las exigencias derivadas de la multiculturalidad los órganos jurisdiccionales constituyen la "pieza clave" en la respuesta del mundo jurídico a las actuales y complejas sociedades multiculturales.

²⁰² BOE núm. 172 de 20 de julio de 1981, pp. 16457 a 16462.

²⁰³ Ortiz Arce, A., "Comentario al art. 12.3 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Barcelona, 2000, p.p. 37 y ss.

En opinión del referido autor, la "multiculturalidad es una de las características que parecen reforzar la visión de los jueces como 'señores del Derecho' en un mundo en el que la norma parece abocada a perder su "papel imperial".

En cualquier caso, es preciso tener muy presente que la flexibilización de la cláusula de orden público internacional, y el consiguiente margen de apreciación concedido a los órganos jurisdiccionales, no ha de llevar aparejado el pragmatismo de la misma²⁰⁴.

Parece criticable la actitud de los órganos jurisdiccionales consistente en resolver la problemática relativa a la multiculturalidad bajo un prisma o motivación económica, ya que, dicho modo de actuar pone en jaque la seguridad jurídica, haciendo imposible la aplicación de la justicia material al caso concreto. En definitiva, la operatividad de la cláusula de orden público internacional no debe hacerse depender de criterios económicos, sino que tan sólo debe depender de criterios de justicia material.

Por otro lado, la cláusula de orden público internacional ha perdido su tradicional automatismo, lo cual redundará en una modulación de su intervención. En efecto, actualmente existe una clara tendencia a limitar la operatividad, es decir, la intervención de la cláusula de orden público internacional. De este modo, se logra respetar una característica inherente a la cláusula de orden público internacional, que es su excepcionalidad.

Con carácter general, la cláusula de orden público internacional actuará con mayor intensidad cuando se trate de crear en el foro una situación o relación jurídica, que cuando se trate de reconocer en el foro ciertos efectos a una situación o relación jurídica

²⁰⁴Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S., "Derecho Internacional Privado", Civitas, 10ª ed., Navarra 2018, p.p. 24 y ss.

válidamente constituida al amparo de un ordenamiento extranjero. Por medio de la flexibilización de la cláusula de orden público internacional se trata de conseguir la justicia material del caso concreto, esto es, un resultado materialmente justo que tenga en cuenta el conjunto de los intereses en presencia, así como de las circunstancias concurrentes del caso de que se trate.

De este modo, en la actualidad, la cláusula de orden público internacional no tiene por finalidad valorar la adecuación de la institución jurídica extranjera en cuestión a los principios y valores fundamentales del foro, sino valorar la adecuación del resultado o respuesta jurídica material obtenida, en cada caso, a los susodichos principios y valores.

Es decir, es preciso sustituir valoraciones abstractas por valoraciones concretas de cada caso, lo cual, indudablemente, otorga un mayor protagonismo a los órganos jurisdiccionales. Ello es así tanto en el sector del Derecho aplicable como en el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Tal modo de actuar va a exigir una mayor actividad por parte de los órganos jurisdiccionales que se enfrenten a dichos supuestos. En efecto, actualmente existe una clara tendencia a limitar la operatividad, es decir, la intervención de la cláusula de orden público internacional.

De este modo, se logra respetar una característica inherente a la cláusula de orden público internacional, que es su excepcionalidad. Con carácter general, la cláusula de orden público internacional actuará con mayor intensidad cuando se trate de crear en el foro una situación o relación jurídica (esto es, en el sector del Derecho aplicable), que cuando se trate de reconocer en el foro ciertos efectos a una situación o relación jurídica válidamente constituida al amparo de un ordenamiento extranjero (es decir, que en el sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras).

De hecho, existen principios y valores fundamentales del foro, que en cuanto tales forman parte del contenido de la cláusula de orden público internacional, que se hallan consagrados en otros textos legales. Tal es el caso, por ejemplo, de las causas de privación de la patria potestad contenidas en el Código Civil; las cuales, por cierto, se basan en unos principios y valores que no se respetan por los ordenamientos jurídicos islámicos en cuanto otorgan en exclusiva la patria potestad al padre, privando, de este modo, a la mujer repudiada de la misma sin necesidad de concurrir causa justificativa alguna que ponga en entredicho su capacidad para ejercerla²⁰⁵.

Por todo ello, se puede decir que la cláusula del orden público constituye un mecanismo de defensa para evitar que una norma extranjera altere nuestro sistema. Pero estos valores y su regulación no deberían de ser estáticos, evolucionan con la sociedad, e implican cambios en los criterios que llevarán a los jueces a determinar si una ley extranjera es acorde o no con el orden público.

6. CONFIGURACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA COHESIÓN SOCIAL.

El orden público se configura como el conjunto de principios y valores imperativos que inspiran un ordenamiento jurídico nacional cuyo objetivo principal es la protección de la cohesión social de dicha nación. No obstante, el concepto de orden público internacional todavía es un concepto “en construcción”.

²⁰⁵Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S., “Derecho Internacional Privado”, Civitas, 10ªed., Navarra, 2018, p.p. 38 y ss.

Ello puede ser debido a que cada Estado tiene su propio elenco de principios imperativos, que pueden diferir de los principios imperativos que inspiran otro ordenamiento. Un ejemplo de lo mencionado se observa en la interesante sentencia de 22 de marzo de 2000 de la Sala Primera del Tribunal Supremo²⁰⁶, que consideró vulnerado el orden público internacional español por el Derecho francés en materia de filiación.

Según el Tribunal, tanto la legislación española como la francesa regulan la filiación de una manera similar, no obstante, ofrecen soluciones diferentes a determinadas situaciones, dentro de las cuales se veía vulnerado el orden público internacional español. En la mencionada sentencia de nuestro más Alto Tribunal se recoge como justificación de negar la petición de la aplicación de la legislación francesa por ser contraria al orden público español la siguiente,

“[...] Así, si resultase aplicable la normativa francesa, se iría frontalmente contra los intereses de la menor, toda vez que el artículo 340.4 del *Code Civil* de Francia, que es el que rige (anterior a la reforma llevada a cabo por ley de 8 de enero de 1993, Ley 93/22), exige que la acción se ejercite dentro de los dos años que siguen al nacimiento "so pena de prescripción", plazo que ha transcurrido con exceso. El artículo 11.2 de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, aunque se trata de normativa posterior, pero es orientativa, señala como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos: "La supremacía del interés del menor [...]".

Los contornos de aplicación de la institución del orden público en la dimensión conflictual exigen atender a las previsiones del artículo 12.3 del Código Civil. Dicho precepto establece que en ningún caso se hará aplicación de la ley extranjera cuando resulte

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000 (núm. 2485/2000).

contraria al orden público, pero éste por su propia naturaleza se presenta flexible y variable, tal y como se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995²⁰⁷, “[...]al conformarse básicamente por principios jurídicos públicos y privados, sin perjuicio de los económicos, políticos, morales y hasta supranacionales, preservándolos para mantener el orden y paz social en toda su amplitud[...]”.

Parece que inicialmente y de forma tímida, el Tribunal Supremo se acoge a la flexibilización de la cláusula recogida en el artículo 12.3 del Código Civil, tachándolo de no sumisión inevitable. Pero a pesar de ello, finalmente la sentencia cierra filas a la aplicación de la ley francesa por atentar contra el orden público español, señalando que,

“[...]El orden público del foro ha de ser observado y protegido por los Tribunales españoles. La no aplicación de la ley española y el empleo que se pretende de la francesa determinaría, en primer lugar, que el reconocimiento judicial de la paternidad invocada difícilmente procedería, teniendo en cuenta los supuestos que contempla el artículo 340 del Código Civil francés aplicable y, a su vez, se restaría la posibilidad de examinar y decidir si la hija de los litigantes ostenta y ha poseído desde su nacimiento la nacionalidad española, conculcándose el mandato del artículo 11 de la Constitución que otorga a la nacionalidad rango de derecho fundamental, al proclamar que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General 183ª de las Naciones Unidas de 16-12- 1948), declara que a nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar la misma, lo que, en proyección final, aquí ocurriría si no se posibilita, por aplicación

²⁰⁷ ES:TC:1995:174.

del derecho español, ostentar la nacionalidad que le concede el artículo 17 del Código Civil [...]”.

Al enfrentarnos al estudio de esta figura percibimos claramente el mismo problema de base que al estudiar el concepto de “interés general”. Su grado de indeterminación puede generar cierto quebranto en el disfrute de los derechos y libertades que establece en ordenamiento jurídico. Lo que pueda entenderse por orden público depende en cada momento de las concepciones dominantes acerca de los fines del Estado²⁰⁸ .

7. EL LLAMADO ORDEN PÚBLICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES U ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

De ahí que, actualmente, este concepto de orden público en sentido formal se haga a menudo coincidir con la idea del llamado orden público de los derechos fundamentales o incluso del orden público constitucional.

Así, la libertad ideológica y religiosa se garantiza en el art. 16 de la Constitución sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Al igual que acontece en el caso de los restantes derechos fundamentales, el mandato contenido en el art. 10.2 de la Constitución obliga a interpretar y aplicar el derecho proclamado en el art. 16 conforme al sentido que a ese mismo derecho confieren los textos internacionales ratificados por España en la materia. Por esta vía, el constituyente se sometió al llamado estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos²⁰⁹ .

Si bien la trascendencia del orden público es notable en cualquier sociedad democrática, el ordenamiento jurídico español tan sólo hace una tímida mención en dos

²⁰⁸ Garrido Falla, F. /Palomar, A./ Losada, H., “Tratado de Derecho Administrativo” Vol. II. Parte General. 12^a edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2006. p. 65.

²⁰⁹ Brage Camazano, J., “Los límites a los derechos fundamentales”, Dykinson, Madrid, 2004.

preceptos de la Constitución Española, que por otro lado reconocen libertades especialmente protegidas:

1. Libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1. CE): sin duda, se trata de tres libertades primarias que contribuyen necesariamente al desarrollo de otros derechos y libertades. En este sentido, la Carta Magna menciona el Orden Público como eventual elemento limitador de estas libertades constitucionalmente reconocidas.
2. Derecho de reunión (art. 21.2 CE) constituye un derecho instrumental para la consecución y realización de otros derechos y libertades. De igual forma, y pese a tratarse de un derecho fundamental, el orden público podría erigirse como eventual limitador.

La trascendencia práctica de tales limitaciones parece ser que no ha gustado a buena parte de la doctrina constitucional, que considera que el orden público debe ser considerado actualmente como un límite impreciso, mermando las libertades públicas en particular. En opinión de algunos autores, la situación generada es lo suficientemente grave como para dejar a un margen los propios derechos y libertades limitados y llegar a la conclusión de que lo realmente trascendente aquí ya es el propio orden constitucional y democrático.

La negativa de buena parte de la doctrina a los efectos de las limitaciones de derechos y libertades públicas, en beneficio de la prevalencia del orden público se fundamenta en lo siguiente:

1. Las libertades públicas se hallan vinculadas a la propia libertad de la persona, siendo expresión del orden democrático siempre que su ejercicio se encuentre amparado constitucionalmente.

2. El intento de otorgar una delimitación clara a derechos y libertades se ha confundido con excesiva frecuencia con las limitaciones constitucionales, sacrificando el sistema de garantías constitucionales.
3. Es evidente que el reconocimiento en el ordenamiento constitucional de derechos y libertades públicas sería papel mojado si no estuviera acompañado de otra regulación paralela o garantías formales que velaran por su protección²¹⁰. Pero este esquema queda incomprensiblemente alterado cuando los derechos y libertades públicas reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución ceden a favor de conceptos relativos y no definidos del todo, encajando en la dicotomía que N. Bobbio anunciaba: “el contraste entre la grandiosidad de las propuestas y la miseria de los cumplimientos”.

8. LA FLEXIBILIZACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

La cláusula de orden público internacional se caracteriza hoy día fundamentalmente por su flexibilidad²¹¹. Dicha flexibilización tiene lugar tanto en el sector del Derecho aplicable como en el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y consiste en otorgar a los órganos jurisdiccionales nacionales un notable margen de apreciación, no de discrecionalidad de cada situación privada internacional,

²¹⁰ De Bartolomé Cenzano, J.C. op. cit., p.37, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas” RJUAM, nº 22, 2010.

²¹¹ Aguilar Benítez De Lugo, M. loc. cit., 2001, pp. 333; así como Guzmán Zapater, M., loc. cit., 1999, pp. 28-29.

esto es, del conjunto de circunstancias concurrentes y de los intereses en presencia en cada caso.

La flexibilización de los expedientes normativos es beneficiosa siempre y cuando no conlleve a actuaciones arbitrarias por parte de los órganos jurisdiccionales, ya que las mismas supondrían un grave atentado al principio de la seguridad jurídica. En definitiva, la operatividad de la cláusula de orden público internacional no debe hacerse depender de criterios económicos, sino que tan sólo debe depender de criterios de justicia material.

La cláusula de orden público internacional ha pasado de tener un carácter defensivo de los principios y valores fundamentales, a tener, en la actualidad, un carácter protector de las personas que resulten afectadas por la vulneración de dichos principios y valores²¹². Ello, sin lugar a dudas, lleva implícito un mayor grado de tolerancia o apertura hacia valores culturales diferentes a los que presiden las concepciones jurídicas occidentales y, más en concreto, hacia instituciones jurídicas extranjeras basadas en principios radicalmente opuestos a los occidentales (entre las que se encuentran el repudio y la poligamia).

Se puede observar que la atenuación en la intervención de la cláusula de orden público internacional se adecua perfectamente a las exigencias de las actuales sociedades multiculturales, ya que contribuye a garantizar una convivencia pacífica entre personas procedentes de culturas distintas. Esta "liberalización" del orden

²¹²López Pina, A., "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia" 1ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

público internacional lleva implícito un mayor grado de tolerancia con las opciones individuales que no perjudiquen a terceras personas.

De este modo, el orden público internacional ha perdido su tradicional carácter "moralista"²¹³, y ha pasado a tener un carácter marcadamente constitucional. Dicho cambio se corresponde con el carácter laico, y no confesional, de los ordenamientos jurídicos occidentales.

El carácter constitucional que hoy día caracteriza a la cláusula de orden público internacional ha llevado consigo una cierta limitación de la relatividad espacial de la cláusula de orden público internacional, ya que las Constituciones de los Estados europeos, entre las que se encuentra la española, tienden a garantizar unas mismas libertades y derechos humanos fundamentales y, además, a interpretarlos con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948²¹⁴ (en adelante, D.U.D.H.) y a la restante normativa internacional sobre derechos humanos que ha sido ratificada por todos los países europeos.

9. LA ESPECIALIZACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO

Por otro lado, la cláusula de orden público internacional se caracteriza actualmente también por su especialización. En efecto, la persecución de la justicia material del caso concreto por la cláusula de orden público internacional, unido a su flexibilización, ha llevado a la especialización de ésta por vía, no normativa, sino interpretativa.

²¹³ Lacruz, "Elementos de Derecho civil, II-2, Barcelona, 1987.

²¹⁴ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en París, Resolución 217-A.

En el sentido indicado, la especialización del DIPr (y, consiguientemente, de sus técnicas normativas y de sus expedientes técnicos) por la vía interpretativa constituye el modo más adecuado de enfrentarse al nuevo y complejo contexto social y, más en concreto, al fenómeno de la multiculturalidad²¹⁵.

En definitiva, para afrontar los problemas de multiculturalidad no es suficiente con una mera especialización de la cláusula de orden público internacional por razón de la materia, ni siquiera con una especialización de la misma por razón del tipo concreto de situación jurídica, sino que es precisa, por así decirlo, una especialización de la cláusula de orden público internacional "por razón de cada caso concreto".

Esto es, el grado de especialización de la mencionada cláusula requerido, para abordar la problemática de la multiculturalidad, no puede llevarse a cabo por la vía normativa (por medio de cláusulas especiales de orden público internacional), sino que ha de hacerse por la vía interpretativa, es decir, por los órganos jurisdiccionales en lugar de por los órganos legislativos (ello en modo alguno ha de llevar a una actuación arbitraria por parte de los órganos jurisdiccionales).

Y lo mencionado no puede tener lugar sin la flexibilización de la cláusula de orden público internacional. De este modo, se puede concluir que las notas características de la actual cláusula de orden público internacional (flexibilización y especialización) se encuentran íntimamente interrelacionadas entre sí.

A estos efectos, es preciso tener en cuenta que no todos los derechos humanos fundamentales, reconocidos en la Constitución española (y en las Constituciones de otros

²¹⁵ Borrás, A., "La sociedad europea multicultural: la integración el mundo árabe", en el Islam jurídico y Europa" (A. BORRÁS / S. MERNISSI –ed.–), Barcelona, 1998, págs. 163 y siguientes.

países europeos) así como en la normativa internacional sobre derechos humanos, se encuentran situados en un mismo plano jerárquico.

De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al respeto a la identidad cultural del individuo, así como el derecho a la libertad religiosa, van a quedar limitados, en mayor o menor medida, por los restantes derechos humanos fundamentales que se encuentran reconocidos en las Constituciones estatales y en la normativa internacional sobre derechos humanos.

Es decir, el derecho al respeto de la identidad cultural de la persona y el derecho a la libertad religiosa son derechos humanos fundamentales de obligado respeto por los órganos jurisdiccionales en la medida en que los mismos no conlleven un perjuicio a terceros, esto es, en la medida en que su aplicación, en el caso concreto de que se trate, no produzca un resultado que cause un perjuicio a otras personas.

10 “EUROPEIZACIÓN” U “OCCIDENTALIZACIÓN” DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. EL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO.

Ello ha supuesto, desde nuestro punto de vista, una cierta "europeización" u "occidentalización" de la cláusula de orden público internacional.

La distinción a la cual acabamos de referimos tiene importantes repercusiones en el plano de la operatividad de la cláusula de orden público internacional. En efecto, tanto la clásica teoría francesa de los "efectos atenuados" del orden público²¹⁶, como la más moderna doctrina alemana de la

²¹⁶ En este sentido, resulta ilustrativo traer a colación el asunto Baaziz, resuelto por *la Cour de Cassation* francesa y ampliamente comentado por la doctrina. La controversia versaba, al igual que

"*Inlandsbeziehung*"²¹⁷ (o la doctrina suiza de la "*Binnenbeziehung*"²¹⁸, la cual es muy similar a la anterior), han condicionado la intervención de la cláusula de orden público internacional a la existencia de una vinculación del supuesto en cuestión con el Estado.

La doctrina de la "*Inlandsbeziehung*" y la de la "*Binnenbeziehung*" llevan aparejadas una flexibilización de la cláusula de orden público internacional. En cualquier caso, de conformidad con un sector doctrinal mayoritario, en los supuestos en los cuales resulten implicados derechos y principios humanos fundamentales (los cuales se hallan consagrados tanto en las Constituciones estatales como en la normativa internacional sobre derechos humanos), los órganos jurisdiccionales no exigirán, para la aplicación de la cláusula de orden público internacional, que el supuesto litigioso en cuestión esté vinculado al ordenamiento jurídico del foro.

Mientras que en los supuestos en los cuales no resulte afectado ningún principio o derecho humano fundamental (entre los que se encuentra el derecho a la dignidad de

en el caso sometido al Juzgado de lo Social, sobre la atribución de la pensión de viudedad a dos esposas de un ciudadano argelino (originariamente francés pero que con posterioridad perdió la nacionalidad francesa). Sin embargo, en el caso en concreto, la primera de las esposas tenía la nacionalidad francesa. Un primer contencioso se planteó en relación con el acta defunción, declarándose en sentencia firme que aun siendo válido el segundo matrimonio según la ley personal sólo debía de figurar en el acta de defunción el primer matrimonio. Sin embargo, cuando en el segundo contencioso se discutió la atribución de la pensión de viudedad, el mismo tribunal declaró que la pensión debía dividirse entre las dos esposas por igual, en virtud de un Convenio entre Francia y Argelia (de 1965) que establecía dicho sistema de reparto. Recurrida la sentencia, *la Cour de Cassation* declaró que la concepción del orden público francés "se opone a que produzca efectos contra la primera esposa el matrimonio poligámico contraído en el extranjero por quien todavía es esposo de una francesa", "*La conception de l'ordre public français s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci*". *Rev.crit.dr.internat.privé*, 1989, pág. 78.

²¹⁷ Quiñones, A., "Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa", Barcelona, 2000.

²¹⁸ Othenin-Girard, S., "*La réserve d'ordre public en droit international privé Suisse*", vol. 110, Zurich, 1999, pág. 32, esp. págs. 381-430 (*Ordre public et mariage polygamique*).

la persona, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por razón de sexos), la operatividad de la dicha cláusula quedará condicionada a la existencia de una determinada conexión de la situación litigiosa de que se trate con el ordenamiento jurídico del foro, de tal modo que, en este último caso, las oportunidades de aplicación de la cláusula de orden público internacional del foro aumentarán a medida que la conexión del supuesto litigioso con el ordenamiento jurídico del foro sea mayor.

Así, el modo de actuar mencionado resulta completamente lógico, ya que los órganos jurisdiccionales han de proteger las libertades y los derechos humanos fundamentales, no sólo de sus nacionales, sino de cualquier persona.

11 EL ORDEN PÚBLICO ATENUADO COMO MECANISMO ANTE INSTITUCIONES EXTRANJERAS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

En el derecho de familia, se observan como determinadas instituciones extranjeras pueden vulnerar principios como los de la igualdad o discriminación. Así, el orden público atenuado se configura como el mecanismo apropiado para dotar de fórmulas a la hora de adaptarse a los nuevos modelos de familia. Las resoluciones de la DGRN se han adelantado a la existencia de una legislación sobre nuevas figuras jurídicas de nuestro ordenamiento²¹⁹.

La cláusula de orden público internacional ha de estar encaminada a la consecución de la justicia material en el caso concreto. Dicho objetivo lleva implícito la flexibilización y la especialización del orden público internacional.

²¹⁹Aguilar Benítez De Lugo, M., "Ius nubendi y orden público matrimonial", *B.L.M.J.*, año LIV, 1 Febrero 2000, p.p. 425-447.

En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, dicha flexibilización y especialización de la cláusula de orden público internacional debiera de venir acompañada de un sistema eficaz de información del Derecho extranjero, ya que, de este modo, se evitaría que la justicia material del caso concreto pudiera resultar frustrada por la mayor o menor diligencia de la parte que insta el exequátur (como ocurrió, por ejemplo, en el auto del T.S. de 23 de julio de 1998²²⁰).

Observando estas resoluciones del Tribunal Supremo, parece que lo que le preocupa al Tribunal Supremo no es tanto que el Derecho matrimonial se asiente sobre bases religiosas o sociales diversas al nuestro, sino sobre todo que, efectivamente lo obtenido en el Estado musulmán sea una resolución que pone fin de manera definitiva e irrevocable al vínculo, pues hay ciertas modalidades de divorcio que, según nuestros parámetros, no lo serían (AATS de 8 de junio de 1999²²¹, 17 de septiembre de 1996²²²; 23 de julio de 1996²²³); y que se respete la igualdad de trato que merecen ambos cónyuges (ATS de 21 de abril de 1998²²⁴).

En este sentido y cuando se dan los mencionados requisitos, el TS otorga el exequatur (incluso aunque sea un “repudio”: cfr. AATS de 8 de junio de 1999²²⁵, y de 27 de enero de 1998²²⁶, respecto del divorcio o repudio “*Khole*”, mediante compensación; 21 de abril de 1998²²⁷, para un divorcio revocable egipcio, una vez ha expirado el plazo para la revocación sin que haya tenido lugar).

²²⁰ ECLI:ES:TS: 1998:234.

²²¹ ECLI:ES:TS:1999:4346.

²²² ECLI:ES:TS:1996:2908.

²²³ ECLI:ES:TS:1996: 2907.

²²⁴ ECLI:ES:TS: 1998:229.

²²⁵ ECLI: ES:TS: 1998: 4346.

²²⁶ ECLI:ES:TS:1998:2924.

²²⁷ ECLI:ES:TS:1998:3563.

Los órganos jurisdiccionales del Estado de recepción de la decisión, para decidir si reconocen o no la misma, habrán de tener en cuenta, no sólo cuál es la materia afectada y, más en concreto, cuál es la institución jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero cuyo reconocimiento en el foro se insta, sino también todo el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso de que se trate.

En cualquier caso, los Tribunales, que hayan de decidir si aceptar o denegar en el foro el reconocimiento de un determinado efecto de cualquier institución jurídica controvertida, habrán de analizar y valorar muy detenidamente, no cuáles son en genérico los derechos humanos fundamentales afectados por la institución jurídica foránea en cuestión, sino cuáles son en concreto, en su caso, los derechos humanos fundamentales susceptibles de resultar vulnerados con el reconocimiento del efecto que se pretende.

A estos efectos, es preciso tener en cuenta que no todos los derechos humanos fundamentales, reconocidos en la Constitución española (y en las Constituciones de otros países europeos) así como en la normativa internacional sobre derechos humanos, se encuentran situados en un mismo plano jerárquico.

Si el reconocimiento de la resolución extranjera fuera contraria al orden público del Estado requerido sería motivo de denegación y por lo tanto, rechazar la eficacia de la resolución cuando de ello se derive una conculcación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado requerido.

Su aplicación debe ser excepcional y de hecho el Reglamento II de Bruselas excluye algunos supuestos de la intervención del orden público ya que éste no puede aplicarse, de un lado, para controlar la competencia del juez de origen conforme a las reglas de los

artículos 29 a 89 (art. 17), ni, de otro lado, para controlar la ley aplicada por el órgano jurisdiccional de origen (art. 18).

Por su parte, el artículo 19 afirma que "en ningún caso la resolución podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo". La interpretación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha realizado del orden público en el ámbito del Convenio de Bruselas²²⁸ puede servir de guía para interpretar esta disposición. En concreto, el TJCE ha afirmado que debe retenerse una concepción restrictiva del orden público," considerando que incluye el orden público procesal ("la aplicación de la cláusula de orden público es posible en los casos excepcionales en los que las garantías establecidas en la legislación del Estado de origen y en el propio Convenio no bastan para proteger al demandado de una violación manifiesta de su derecho a defenderse, tal como está reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos")²²⁹.

Así, la práctica española del Reglamento Bruselas II ya ha dado muestras de la aplicación de esta disposición de Derecho transitorio, en concreto a las Resoluciones DGRN de 4 de mayo de 2002 y de 2 de noviembre de 2002 en las que se reconoce la aplicabilidad de las normas de reconocimiento del Reglamento Bruselas II a dos sentencias francesas dictadas el 15 de marzo de 2001 y el 27 de abril de 2001 respectivamente, porque aunque las acciones se ejercitaron antes de su entrada en vigor, la competencia judicial

²²⁸Duinter Tebbens, H., "Possible revision of the Brussels and Lugano Conventions in the light of the case law of the Court of Justice of the European Communities", en A. Borrás (ed), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, Madrid/Bruselas 1998, pp. 41-58.

²²⁹ Sentencia de 28 de marzo de 2000, Dieter Krombach/André Bamberski, asunto C-7/98, Rec. 2000, pp. 1935 ss. Vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., "Los derechos de la defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas", *La Ley/Unión europea*, núm. 5043, 28 de abril de 2000, pp. 1 y ss.

internacional correspondía a los tribunales franceses conforme a los foros previstos en el artículo 29 del Reglamento²³⁰.

De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al respeto a la identidad cultural del individuo, así como el derecho a la libertad religiosa, van a quedar limitados, en mayor o menor medida, por los restantes derechos humanos fundamentales que se encuentran reconocidos en las Constituciones estatales y en la normativa internacional sobre derechos humanos.

Es decir, el derecho al respeto de la identidad cultural de la persona y el derecho a la libertad religiosa son derechos humanos fundamentales de obligado respeto por los órganos jurisdiccionales en la medida en que los mismos no conlleven un perjuicio a terceros, esto es, en la medida en que su aplicación, en el caso concreto de que se trate, no produzca un resultado que cause un perjuicio a otras personas.

Por lo que al reconocimiento de repudios pronunciados en el extranjero se refiere, la especialización a la cual nos hemos referido implica que los órganos jurisdiccionales del foro, a la hora de decidir sobre dicho reconocimiento, habrán de tener en cuenta, entre otros extremos, cuál es la pretensión jurídica en cuestión) cuyo reconocimiento se solicita y, en caso afirmativo, cuáles son dichos derechos), de qué tipo de repudio se trata, la obtención o no de una compensación económica por la mujer repudiada, si se han respetado o no los derechos de defensa de la mujer repudiada, si es o no la mujer repudiada la que solicita el

²³⁰ Herranz Ballesteros, M., “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002”, Revista *La ley*, 2003, año XXIV, núm. 5715, de 10 de febrero, t-I, D-33, pp. 1629-1636.

correspondiente reconocimiento y si ha transcurrido o no el tiempo de revocabilidad del repudio²³¹.

No se puede denegar el reconocimiento en el foro de un repudio pronunciado en el extranjero por el hecho de vulnerar todo repudio el derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, sino que habrá que valorar si, en el caso concreto de que se trate, el reconocimiento en el foro, del efecto jurídico del repudio solicitado por la parte que insta el reconocimiento, produce o no una vulneración del referido derecho²³².

Dicha distinción debería tenerse muy en cuenta por los jueces a la hora de decidir sobre la intervención de la cláusula de orden público internacional.

En definitiva, ya nos encontremos ante un repudio o ante cualquier otra institución jurídica extranjera controvertida, los correspondientes órganos jurisdiccionales habrán de enjuiciar, para decidir si va a ser o no operativa la cláusula de orden público internacional, sólo el resultado (obtenido en cada caso).

Y, más en concreto, si el señalado reconocimiento lleva implícito, en el caso concreto de que se trate, una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental, habrá de denegarse el reconocimiento solicitado o procederse a un reconocimiento parcial, sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de

²³¹ García-Vasco Pérez-Templado, C., “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales/coordinado por Alfonso Luis Calvo Caravaca, Esperanza Castellanos Ruiz*, 2004, ISBN 84-7879-854-4, P.P. 411-426.

²³² Strazzari, D., “Pluralismo giuridico e diritti fondamentali: il riconoscimento di atti di ripudio islamico in alcuni ordinamenti europei”, *Revista general de derecho público comparado*, ISSN 1998-5091, M° 17, 2015.

circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales. De este modo, se garantiza no sólo el respeto de los derechos humanos fundamentales, sino, además, un cierto grado de seguridad jurídica.

12. EL ORDEN PÚBLICO Y LA DOCTRINA JURÍDICA.

Si se observa lo mencionado, existen pocos pronunciamientos que mencionen el “Orden Público” y que lo definan de una manera concreta y sin ambigüedades. Lo que sí parece claro es que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del mismo.

Así, siguiendo lo propugnado por Juan Carlos Montalvo²³³, podríamos decir que existen cuatro grandes doctrinas acerca del significado real de Orden Público. La primera de ellas, llamada doctrina conciliadora en el que los principios que conforman dicha figura deben de estar configurados dentro de la Constitución. En palabras de Carreras, “la norma jurídica necesita de un ropaje exterior, pues el derecho es especialmente subjetivo y como tal necesita de una entidad emisora y de un receptor”²³⁴.

La segunda doctrina sería la francesa, que ante la imposibilidad de definir la cláusula de orden público, se ha de acudir a la jurisprudencia, así se dejaría en manos del

²³³Montalvo Albio, J.C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas” en RJUAM, núm. 22, 2010, p. 193.

²³⁴ Carreras, M., “Las fuentes efectivas del derecho español tras la Constitución de 1978”, 5ª edición, Ed. Centro de Alzira – Valencia de la U.N.E.D. Valencia, 1992, pp. 207 - 208.

juez o magistrado el sentido del mencionado concepto, ajustándolo al ordenamiento jurídico.

Pero esta teoría pudiera tener un peligro a efectos de la seguridad jurídica, al dejar en manos de los jueces y magistrados el “ajuste” al ordenamiento jurídico de dicho concepto puesto que dicho “ajuste” deberá de hacer de forma aséptica para no poner en tela de juicio la propia seguridad jurídica del ordenamiento de referencia.

La tercera postura, la doctrina tradicional, es la meta jurídica. Así se basa en que el orden público encuentra su marco en aquel conjunto de reglas no escritas que ese mantiene en consonancia con las premisas éticas y morales de la sociedad en tiempo real, beneficiando una convivencia saludable en términos generales. Este conjunto de valores conformaría así una estructura paralela a la jurídico-normativa.

Si la anterior doctrina ya ponía en peligro la seguridad jurídica, ésta pondría directamente en peligro no sólo dicha seguridad jurídica sino incluso los derechos y libertades de las personas afectadas por dicha aplicación.

La cuarta doctrina, rechazando los anteriores razonamientos metajurídicos, en base a que, si el Orden Público dependiera de la consideración de la mayoría, implicaría abandonar el concepto a la arbitrariedad con el riesgo que ello comporta.

Precisamente el calificativo de “público”, en opinión de Carro Fernández-Valmayor, “no puede referirse a que el orden se deduzca de los principios de la mayoría, sino que se ha inducido de la generalidad para constituir el presupuesto de hecho. Las

cuestiones acerca de cuál es la conciencia social o la moralidad de una población está indisolublemente unida a la variabilidad de opiniones y discusión indefinida"²³⁵.

Por todo ello, se observa que no es fácil, llegar a una concepción uniforme del orden público. En palabras de Peces-Barba²³⁶, “los valores superiores con dimensiones en todas las perspectivas de la realidad lo son del Derecho y se construyen a través del Derecho como forma de organización de la vida colectiva”.

El planteamiento utilizado por el mencionado autor es el de la superación de los cánones tradicionales y aceptar que la plenitud de la positivización se encuentra en la Carta Magna, sin que existan leyes de desarrollo, junto con otras encaminadas a la concreción, que no podrían transgredir ningún contenido esencial.

El mismo autor defendió la existencia de un determinado número de derechos inalienables de la condición humana, que les son conferidos a los humanos por el mero hecho de serlo. Pero, otorgó un esencial y simbólico valor al ordenamiento: tales derechos existirían, pero carecerían de valor jurídico sin un posterior reconocimiento legal.

Una vez planteadas las cuatro variantes más importantes para enfrentarnos al concepto de orden público, se puede intentar llegar a una conclusión. Así, parece que la variante más razonable es la denominada “doctrina jurídica”. El ordenamiento jurídico está inspirado en unos valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad que son válidos hasta que aparezcan determinadas modificaciones sociales que obliguen a un cambio necesario y es entonces, cuando el ordenamiento podrá establecer los mecanismos de adecuación a esos cambios, pero siempre mediante los procedimientos legales.

²³⁵Martín-Retortillo Baquer, L., “El Orden Público como límite impreciso y creciente del ejercicio de los derechos”, Ed. Civitas, Madrid, 1975, p.p. 19-20.

²³⁶Peces-Barba Martínez, G., “Los valores superiores”, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p.13.

No obstante, pudiera ser, y así se pronuncia la doctrina mayoritaria, que en ese período de transición mencionado, sea el poder judicial el que pueda interpretar, siempre respetando el ordenamiento jurídico, la cláusula del orden público²³⁷.

Resumiendo todo lo manifestado se puede definir el contenido del Orden Público se concreta en el respeto a los derechos fundamentales, a las leyes y a los derechos de los demás, debiéndose mantener los derechos constitucionales. No sería correcto identificar el Orden Público con el orden jurídico, pero sí tiene su fundamento en el orden jurídico en general, y en la Constitución en particular.

13. HACIA UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Esto es, aunque un mismo principio o valor superior configure el orden público de dos ordenamientos jurídicos distintos, su concreción en el caso singular puede determinar concepciones distintas del orden público. Elaborar un concepto de orden público a nivel internacional supondría un reto difícilmente alcanzable por los distintos ordenamientos jurídicos existentes en el mundo.

No obstante, las probabilidades de conseguirlo aumentan notablemente en Europa. Pero a pesar de ello, ya desde el Tratado de Ámsterdam de 1997²³⁸ se lleva desarrollando un complejo trabajo en el ámbito del derecho privado a nivel europeo, sin conseguirse aún

²³⁷ De Bartolomé Cenzano, J.C., “El Orden Público como límite al ejercicio de los derechos y libertades”, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p.39.

²³⁸ Publicado en el BOE núm. 109 de 7 de mayo de 1997 el Instrumento de Ratificación por parte de España del Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997.

un concepto de orden público unificado a nivel europeo. ¿Pero por qué la dificultad de la elaboración del llamado orden público?²³⁹

Este es un concepto liberal que aparece en el artículo décimo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁴⁰, documento fundamental de la Revolución francesa:

“[...] Nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso las religiosas, siempre y cuando su manifestación no altere el orden público establecido por la ley [...]”.

Además, el artículo cuarto del mismo documento relaciona la libertad individual con este concepto:

“[...] La libertad consiste en poder hacer todo lo que no sea perjudicial al otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otro límite que aquellos que aseguren a los otros miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos; estos límites sólo pueden estar determinados por la ley [...]”.

En este sentido, y conforme a una definición homogénea de orden público, se podría decir que el orden público se establece como garantía y límite de la libertad y consiste en que nadie puede hacer nada que sea perjudicial a los demás. El orden público ha sido calificado por la doctrina francesa como el “enfant terrible” del Derecho internacional privado²⁴¹, y por un antiguo fallo inglés de 1824 de «caballo rebelde» (Richardson v.

²³⁹ Guzmán Zapater, M., “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas) Aranzadi civil: revista doctrinal, nº 1, 2001, pp. 1945-1970.

²⁴⁰ Adoptada por la Asamblea constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789.

²⁴¹ Kahn-Freund, O., “*General Problems of Private International Law*”, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974.

Melish)²⁴², se ha dicho que, como los Himalayas, el tópico es uno cuya cumbre tiende a permanecer rodeada de nubes y cuyos perfiles pueden sólo vagamente percibirse por el observador²⁴³. La problemática del orden público se presta a ambigüedad debido a su inconcreción terminológica.

Como bien señaló Lalive²⁴⁴, la materia de por sí oscura, resulta más sombría aún debido a las imprecisiones, la diversidad y la confusión en el vocabulario utilizado. La controversia gira en cuento a la terminología y a la propia delimitación del contenido²⁴⁵. Ello debido a que el orden público ha llegado a convertirse de hecho en una noción totalizadora («catch-all» notion)²⁴⁶.

Respecto a la expresión *orden público internacional*, en la primera mitad del siglo XIX, Story, Foelix y otros internacionalistas hablaban sólo de «orden público». Más adelante, hacia 1898, Kahn propuso distinguir el orden público, en alusión al derecho internacional, de las reglas imperativas, atinentes al derecho interno. De hecho, la distinción se remontaría ya a Brocher entre los años 1882-1885²⁴⁷.

²⁴² Se dijo allí textualmente: «...a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law. It is never argued at all, but when other points fail» (International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (www.ila-hq-org), p. 35.

²⁴³Rubino-Sammartano, M. y C.G.J. Morse (General Editors), “*Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers”, Deventer, Boston, 1991.

²⁴⁴Pierre Lalive, “*Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary. Full Section*”, ICCA Congress Series, No. 3, New York, 1986.

²⁴⁵Laurence Craig, William Park y Jan Paulsson, “*International Chamber of Commerce Arbitration*” Third Edition, Oceana Publications, 2000.

²⁴⁶ Hans van Houtte, “*From a National to a European Public Policy, en Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*”, Transnational Publishers Inc., New York, 2002.

²⁴⁷ Rubino-Sammartano, M., Italy, en Mauro Rubino-Sammartano y C.G.J. Morse (General Editors), “*Public Policy in Transnational Relationships*”, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991.

Así, el orden público internacional es un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el derecho foráneo que hubiera correspondido conforme al mecanismo conflictual y, en su caso, habilita a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando considera contraria al mismo. Así, un importante estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como “Libro Verde”²⁴⁸, distingue entre orden público interno e internacional.

Así, define al orden público interno como el conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo, las destinadas a proteger una parte considerada «débil» (consumidor, trabajador, menor, etc.). Con respecto al orden público internacional, expresa el Libro Verde:

“[...]Después de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley[...].”

²⁴⁸ Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654) (<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

14. ORDEN PÚBLICO EUROPEO. ANÁLISIS DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS.

Se ha identificado en el ordenamiento comunitario la presencia del orden público como límite a libertad circulatoria y como excepción al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Pensamos que se trata de dos técnicas de protección de un determinado orden del que forman parte derechos y valores de los Estados, a la par que otros de la Unión.

Hasta ahora, estos mecanismos han actuado como instrumentos utilizados bajo supervisión europea en el ámbito comunitario. Parece verse un horizonte próximo de una verdadera Constitución Europea con catálogo propio de derechos fundamentales que debería de llevar una asunción plena de un orden público europeo, tanto en su definición como en su articulación técnico-jurídica.

El TJUE se ha manifestado en varias ocasiones sobre la operatividad del orden público y su trascendencia europea. No obstante, y aunque ha llegado a admitir que el concepto de orden público se constituye en cada Estado teniendo, en todo caso, en consideración las normas europeas, no se ha atrevido a afirmar que el concepto de orden público sea unitario para toda la Unión Europea²⁴⁹.

²⁴⁹ Según jurisprudencia comunitaria, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (véase, en particular, el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. p. 1-1759, apartado 33. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reviste un significado particular (véase, en especial, la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 18)". Sentencia del TJUE del 28 de marzo de 2000 (caso C-7/98 Dieter Krombach vs. André Bamberski).

En el sentido indicado, podemos ver cierta contradicción entre el Reglamento n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre²⁵⁰, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental con el posterior Reglamento n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre²⁵¹, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Así, el artículo 11 del Reglamento n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, dispone que,

“[...]Las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido [...]”.

Mientras que si observamos el posterior Reglamento n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre en su artículo 10:

“[...]Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro [...]”.

Se observan ciertos giros de criterio entre el propio consejo a la hora de establecer premisas sobre una unificación de criterios ante el orden público internacional. Así, se observa en el Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el

²⁵⁰ DOUE núm. 338 de 23 de diciembre de 2003, págs. 1 a 29.

²⁵¹ DOUE núm. 343 de 29 de diciembre de 2010, págs. 10 a 16.

reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, en su considerando 54 ya adelanta que:

“[...]Las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «la Carta») y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación[...].

Por su parte, el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, en su artículo 31 dispone que,

“[...]Orden público (*ordre public*) La aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del foro[...].”

Pero ante esta incertidumbre se plantea si se pueden recoger una serie de principios y valores mínimos que formen parte del orden público europeo. Y ante este planteamiento cabe afirmar que existen dos textos fundamentales en esta cuestión: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁵², y la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950 que recogen los derechos fundamentales que inspiran la Unión Europea en su totalidad, por lo que la respuesta sería afirmativa.

La solución se está logrando mediante los dictados de los jueces nacionales, cuyas sentencias van inclinándose hacia un concepto unitario europeo. Pero es necesario establecer un límite infranqueable que sirva de base para la construcción de un orden público comunitario. ¿Y cuál sería éste? Está claro que debería de ser el límite de los derechos humanos.

Pero ¿cuáles son estos derechos humanos?, ¿sólo los recogidos en la legislación de cada estado o alguno más? Parece que sería necesario que fueran también aquellos derechos recogidos en los tratados internacionales que hayan suscrito los estados. Si observamos la legislación española, resulta interesante analizar la construcción del concepto de orden público en aras a protegerlo ante instituciones desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico como pudiera ser el repudio, la poligamia o incluso la *kafala*.

La Ley 29/2015 de Cooperación jurídica Internacional en materia civil²⁵³ en el preámbulo, punto VIII señala que:

“[...]En el título V se opta por el mantenimiento del *exequatur* como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento

²⁵² DOCE C/364/1 de 18 de diciembre de 2000.

²⁵³ Publicada en el BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución. Ello contrasta con lo establecido en los reglamentos de la Unión Europea y se estima adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales [...]”.

En el artículo 46 se establecen las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras y las transacciones judiciales extranjeras. Se trata de los motivos habituales.

En materia de orden público debe precisarse que si bien no se recoge en el articulado la referencia a las peculiaridades del mismo en procesos de familia o menores, es claro que si la resolución afecta a menores de edad, el orden público deberá valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequátur que si la resolución afecta a menores de edad y se hubiere dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento de España, no cabrá el exequátur. Así el tenor literal de dicho artículo establece que:

“Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento.

1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:
 - a. Cuando fueran contrarias al orden público.
 - b. Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de

los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

- c. Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.
 - d. Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
 - e. Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.
 - f. Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.
2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público”.

Asimismo, el artículo 56 del mencionado cuerpo legal, prevé que:

“1. Los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público.

2.A efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas”.

Por un lado parece que la legislación mencionada mantiene la barrera de orden público ante las instituciones extranjeras en el sentido de recoger términos tales como “inconciliable con la resolución española” o “[...]el orden público deberá valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequátur que si la resolución afecta a menores de edad y se hubiere dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento de España[...]”²⁵⁴.

En el sentido indicado, cabe mencionar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y entre ellas la sentencia de la Sala de lo Civil de fecha 18 de abril de 2018²⁵⁵ que establece en un caso de un progenitor es de nacionalidad española y el otro de nacionalidad japonesa, los hijos habían nacido, uno en Francia y el otro en Japón, y la residencia de la familia había sido, por dos años en Francia, posteriormente Japón donde permanecieron la mayor parte del tiempo, y finalmente España por razón del Tsunami, quedando la madre en Japón.

La progenitora viaja a España y regresa a Japón con una hija, y posteriormente vuelve a viajar con intención de llevarse al otro hijo. El Auto de separación provisional atribuye, entre otras cuestiones, la guarda y custodia de los menores a la madre y fija un régimen de estancias del padre con sus hijos. La sentencia del Tribunal Supremo recuerda que,

²⁵⁴ Guzmán Zapater, M., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia de divorcio”. *REDI*, 1987, vol. XXXIX, núm. 1, pp. 196- 199.

²⁵⁵ ECLI:ES:TS: 2018:229.

“[...] la guarda y custodia compartida es el sistema normal e incluso deseable, y que son las circunstancias del caso las que a la postre van a ser determinantes para adoptarlo [...]:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”.

Sin embargo, añade que:

“[...]en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental, y este interés,[...] demanda de un lado, que lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, y descarta, de otro, que la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado.[...] la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia[...].”

Por ejemplo, la STS 953/2016, de 16 noviembre ²⁵⁶ denegó el *exequatur* por ser contrario al orden público, ya que no constaba que el hijo inscrito fuera de la demandante, sino de una madre de alquiler que fue quien debió figurar como tal en la inscripción. En esta sentencia, el TS señala que,

“[...] subyace el interés superior del menor, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que le afecte, como se desprende de los arts. 14 y 39 de la Constitución Española, que dispone que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos [...]”

Puede ser que el TS se queda en una interpretación antigua de protección del orden público, y no vela por ese interés superior del menor, como sí lo hace la DGRN el 18 febrero 2009, cuando accedió a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que constaba en una certificación registral californiana, en relación con dos menores nacidos en California, decisión que finalmente ratificó el TEDH.

Y como señaló el profesor S. Álvarez González al indicar que “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”²⁵⁷. Asimismo, en la sentencia 1442/2018, de 14 marzo²⁵⁸, el TS identifica el orden público con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE²⁵⁹, que promueve la tutela judicial efectiva. En las sentencias del TC, es evidente que “el respeto a los

²⁵⁶ STS 953/2016, de 16 noviembre, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Rec. 3146/2014.

²⁵⁷ Álvarez González, S., “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277.

²⁵⁸ STS 1442/2018, de 14 marzo 2018, sala de lo Penal.

²⁵⁹ STC 19/85, de 13 de febrero; J. C. Montalvo Abiol, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*, nº 22, 2010-II, p. 220.

derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”.

Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, la expresión del art 46.1 LCJIMC es desafortunada²⁶⁰ porque la contrariedad debe apreciarse entre el reconocimiento de la resolución y el orden público del Estado de destino, no contra el orden público de manera genérica, como señala la LCJIMC. Así, cuando el reconocimiento de una sentencia extranjera daña un interés público, el mecanismo del orden público internacional exige el rechazo del mismo de lo que se desprende que la dicción del precepto debería ser matizada por vía hermenéutica.

Así, los expresados autores manifiestan que “El orden público internacional español solo se ve perjudicado y dañado si causa un perjuicio a la estructura jurídica básica de la sociedad española”. Por ello, el orden público internacional español “debe ser la excepción, y no la regla”. En este sentido, se deben de tener en cuenta como principios pertenecientes al orden público internacional, en el sector del Derecho de menores, los principios de “interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequatur si no es así”²⁶¹.

El orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español, entre los cuales, goza de preferencia el principio del “interés del menor”, que se incorpora a la Constitución española en los arts. 39.4 y el art. 10. El principio del

²⁶⁰Calvo Caravaca, J.C. y Carrascosa González, J., “Derecho Internacional Privado, volumen I”, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, P.P. 355-359.

²⁶¹Preámbulo VIII, LCJIMC; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, Derecho Internacional Privado, volumen I, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, p. 527.

interés superior del menor aparece, también, en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 noviembre 1989, y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE²⁶².

Esto es, aun queriendo hacer un guiño a las directrices comunitarias de aplicar excepcionalmente la cláusula de orden público, sigue la legislación española anclándose en la aplicación de su ley nacional ante instituciones extranjeras o poniendo impedimentos ante la ejecución de las resoluciones extranjeras²⁶³. Pero a pesar de ello, también hay referencias en la legislación española en el sentido de afirmar que la alegación de orden público es excepcional por lo que se impone su aplicación restrictiva²⁶⁴.

De hecho, el art. 96.2. 2c) de la LRC de 2011 sí hace referencia como requisito del reconocimiento incidental registral a que la resolución extranjera no resulte «manifiestamente incompatible con el orden público español». Una formulación semejante cabe encontrar en el art. 12.3.c) de la LJV, más acertado en este aspecto puntual que el art. 46.1 LCJIC. En todo caso, las diferencias de redacción no deben implicar un distinto alcance de la excepción de orden público en esas normas.²⁶⁵

Algo muy similar ocurre con la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria²⁶⁶. El artículo 12.3.c) de dicha ley dispone que “el reconocimiento en España

²⁶² El art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que “*En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*”.

²⁶³ González Campos, J.D., “Sobre los orígenes del matrimonio consular de los españoles en el extranjero”, *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, Madrid 1976, vol. I, pp. 723-757.

²⁶⁴ Arangüena Fanego, C., “Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2011

²⁶⁵ Arroyo Montero, R., “La celebración del matrimonio de los españoles en el extranjero ante los agentes diplomáticos y funcionarios consulares”, Madrid. UCM, 1991, pp. 286-305

²⁶⁶ BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015.

de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:

“c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español”.

Asimismo, la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil²⁶⁷, en sus artículos 95, 96 y 97 manifiesta que no se inscribirán en el Registro Civil español aquellas resoluciones judiciales extranjeras, documentos extrajudiciales extranjeros o las certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeras que sean manifiestamente contrarios al orden público español.

En conclusión, parece que la legislación española quiere que la aplicación de la cláusula del orden público sea excepcional, pero sigue sin querer plasmar de forma tajante y contundente dicha excepcionalidad, recurriendo una y otra vez a su mención en los distintos artículos mencionados.

Así, en relación a la excepción de orden público internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que su aplicación ha de ser equilibrada entre el interés común y el interés particular de las personas. En supuestos, por ejemplo, como el establecido en el artículo 9.4 del Código Civil español, que recoge que,

“[...] La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento.

²⁶⁷ BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011.

Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5[...]”.

Es decir, tras la reforma del Código Civil de 2015, las cuestiones de filiación del hijo se rigen ya no por su ley nacional, sino por la ley de su residencia habitual (centro de vida). Por ello, en estos supuestos en los que concurra el interés superior de los menores junto a otros, el primero debe prevalece sobre el resto, incluso sobre el orden público internacional.

En definitiva, para hacer frente a los problemas de multiculturalidad no es sólo necesaria la concreción o la determinación conceptual de que lo que se entiende por orden público, que evidentemente si es necesario, pero se ha de apelar a la interpretación de los órganos jurisdiccionales.

Esta afirmación quizás pudiera poner en tela de juicio la seguridad jurídica del propio ordenamiento, pero no necesariamente ha de ser así. Evidentemente, no se debe llegar a un sistema judicial arbitrario que actúe de manera discrecional, pero no se debe ignorar que son ellos los que están en el grado máximo de cercanía con la nueva sociedad multicultural y de los litigios que surgen de la misma.

Para ello, ¿se tiene que llegar a una flexibilización de la cláusula del orden público internacional? ¿Y para qué?

Para lograr una justicia concreta en los problemas que surgen debido a la propia diversidad de los clientes de la justicia²⁶⁸. A dicho modo de actuar responden algunos Autos del T.S. (como, por ejemplo, el de 21 de abril de 1998²⁶⁹), pero no otros (como es, por ejemplo, el caso del Auto de 23 de julio de 1998²⁷⁰). Es de esperar que en un futuro próximo toda la jurisprudencia española, que se enfrente a conflictos interculturales, actúe en el sentido indicado²⁷¹.

Asimismo, aparte de la flexibilización es necesaria la especialización de los Tribunales en el sentido de que han de analizar exhaustivamente los derechos humanos afectados por la institución jurídica extranjera a los propios del foro en cuestión. Así, se tendrán en cuenta no sólo los derechos reconocidos en las Constituciones propias y de otros países europeos, sino también los derechos recogidos en la normativa internacional sobre los derechos humanos²⁷².

De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al respeto a la identidad cultural del individuo, así como el derecho a la libertad religiosa, van a quedar limitados, en mayor o menor medida, por los restantes derechos humanos fundamentales que se encuentran reconocidos en las Constituciones estatales y en la normativa internacional sobre derechos humanos.

²⁶⁸ Arenas García, R., “Crisis matrimoniales internacionales, Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español”. De CONFLICT LEGUM. Estudios de Derecho internacional privado. Revista núm.6. Universidad de Santiago de Compostela 2004

²⁶⁹ RJ 1998/3563.

²⁷⁰ RJ 1998/234.

²⁷¹ Arenas García, R., “Improcedencia a la aplicación del Derecho español solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España”, *AEDIPr.*, 2002, t-II, pp. 867-873.

²⁷² García Rodríguez. I., “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”. *AC*, 1999, núm. 18, pp. 447-463.

Es decir, el derecho al respeto de la identidad cultural de la persona y el derecho a la libertad religiosa son derechos humanos fundamentales de obligado respeto por los órganos jurisdiccionales en la medida en que los mismos no conlleven un perjuicio a terceros, esto es, en la medida en que su aplicación, en el caso concreto de que se trate, no produzca un resultado que cause un perjuicio a otras personas.

Por lo que, el reconocimiento de instituciones extranjeras, la especialización a la cual nos hemos referido, implica que los órganos jurisdiccionales del foro, a la hora de decidir sobre dicho reconocimiento, habrán de tener en cuenta, entre otros extremos, cuál es el efecto jurídico concreto cuyo reconocimiento se solicita y, en caso afirmativo si con ese reconocimiento se conculcan los derechos fundamentales del foro propio. En definitiva, ante cualquier otra institución jurídica extranjera controvertida, los correspondientes órganos jurisdiccionales habrán de enjuiciar, para decidir si va a ser o no operativa la cláusula de orden público internacional.

Y si el señalado reconocimiento lleva implícito una vulneración de cualquier derecho humano fundamental, se debería denegar el reconocimiento solicitado (o, al menos, procederse a un reconocimiento parcial si fuera posible), sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales.

Cierto es que el Derecho español reside en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, pero ello no debe ser obstáculo para que, en la búsqueda de la justicia, el juez pueda utilizar el correctivo del orden público internacional como un mecanismo de adaptación del Derecho extranjero, flexible, lúcido, circunstanciado, que permita escapar de una valoración abstracta, pero siendo ajena a la automaticidad.

De este modo, se garantizará no sólo el respeto de los derechos humanos fundamentales. De acuerdo con el vigente Derecho español la única posibilidad de conseguir una respuesta material adecuada para los problemas planteados por la convivencia familiar de los inmigrantes musulmanes en España es la adecuada aplicación, interpretación, calificación y adaptación de las normas españolas e islámicas que concurren en la solución del caso concreto.

La aplicación de la ley extranjera musulmana como ley personal a la que a veces nos conducen las normas de conflicto, basada en principios opuestos a la concepción matrimonial occidental, supone que dicha aplicación se vea filtrada por el juego de la cláusula de orden público internacional, institución que necesariamente ha tenido que evolucionar, adaptándose a las peculiaridades del caso concreto²⁷³.

Como mecanismo flexible permitirá descartar la aplicación del Derecho extranjero sólo en aquellos casos en que los efectos del caso en concreto, y no el Derecho musulmán en abstracto, sean contrarios a los valores y principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho. Por tanto, la dificultad de una buena aplicación del orden público internacional es depositada en el buen hacer de los jueces y tribunales españoles.²⁷⁴

En consecuencia, se propone que sea el propio legislador el que determine la solución, con la cual garantizar los principios fundamentales del foro. Y, en este sentido, la respuesta jurídica debe venir a través del reforzamiento de la autonomía de la voluntad,

²⁷³ Acuña, S. y Dominguez, R., “El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho islámico”, en A. Motilla (coord.): *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, p.p. 25-65.

²⁷⁴ González Campos, J.D., “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”, en A.P. Abarca Junco (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 4ª ed. Madrid 2003, pp.399-449.

como posible vía de solución más adecuada, en la medida en que permite la integración jurídica del emigrante que no quiere retornar a su país, mientras permite también la continuidad con el ordenamiento de origen de aquel cuyo objetivo es conseguir medios económicos para volver a establecerse en su país de procedencia

CAPITULO III. LA POLIGAMIA

Tal y como ya se ha señalado en el anterior apartado en el que se relacionaba el repudio y el orden público, la consideración de la poligamia como contraria al orden público tiene su fundamento en que pueda afirmarse su enfrentamiento a la moralidad pública, la dignidad de la mujer y, sobre todo, el principio de igualdad de trato y no discriminación que la constitución española establece en su artículo 14. Pero se debe analizar si el hecho de prohibirla puede ir en contra del derecho a la libertad religiosa, también constitucionalmente reconocido²⁷⁵.

Parece que, desde el ámbito del derecho internacional, existe cierta repulsa a la poligamia en el sentido de entenderla contraria al orden público²⁷⁶. Así se observa cómo la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se convierte en uno de los textos principales a tener en cuenta, al haber sido su contenido incorporado al Tratado de Lisboa. Aun cuando no contiene una referencia expresa a la poligamia, en ella se establece que la

²⁷⁵ Lema Tomé, M., “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España” *Migraciones Internacionales*. 2003, vol.2, n.2, pp.149-170.

²⁷⁶ Monéger, F., “La polygamie en questions”, en j. c. p. 1990, *Doctrine*, 3460, *La semaine juridique*, Ed. G. Número 37.

dignidad humana es inviolable, debiendo ser respetada y protegida, y que ello es incompatible con su admisión.

Tal y como destaca la profesora Cervilla²⁷⁷, la poligamia se coloca en un plano de igualdad con otros delitos particularmente graves, en cuanto a situaciones que merecen un particular rechazo, lo que manifiesta que, de existir un orden público a nivel comunitario, es sin duda contrario a esta situación.

Asimismo, y en cuanto al posible ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en caso de matrimonios poligámicos, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003²⁷⁸, en el artículo 4.4 sobre el derecho a la reagrupación familiar, determina que:

“En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge”

El mencionado es otro ejemplo más de que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario²⁷⁹.

A nivel internacional, diversos Pactos y Declaraciones han reafirmado el necesario posicionamiento de hombres y mujeres en situación de igualdad jurídica. En tal sentido se

²⁷⁷Cervilla Garzón, M.D., “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, Cuadernos de derecho transnacional ISSN-e 1989-4570, vol 11, nº1, 2019, p. 247.

²⁷⁸ DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003, páginas 12 a 18.

²⁷⁹ Ghassan Ascha, Mariage, “Polygamie et repudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains”, París, 1997.

manifiestan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸⁰, en su artículo 3, establece que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.4, establece que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

Y en el sentido indicado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16 establece que:

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Por ello, resulta claro el manifiesto rechazo de la desigualdad entre el hombre y la mujer y los mecanismos de protección para evitar dichas desigualdades.

²⁸⁰ BOE núm.103, de 30 de abril de 1977, páginas 9343 a 9347.

1. APROXIMACIÓN DE LA VISIÓN DE LA POLIGAMIA EN EL PARLAMENTO EUROPEO

También es de destacar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo “sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea”²⁸¹ en la cual se insta Estados Miembros a que velen porque todos los actos violentos cometidos contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzosos, la poligamia, mutilación genital femenina, entre otros, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias.

Parece que coloca la poligamia con otros delitos graves que merecen un particular rechazo, lo que manifiesta que de existir un orden público a nivel comunitario sería contrario a esta institución. Asimismo, se insta a la Comisión a estudiar la posibilidad de prohibir los matrimonios polígamos y se mira con preocupación que hayan obtenido reconocimiento en algunos Estados miembros. Sobre el contenido de esta Resolución es también significativa la respuesta dada en el Parlamento Europeo a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella²⁸², afirmándose, en relación a la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

Es de destacar, asimismo, la respuesta dada en el Parlamento Europeo a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella, afirmándose, en relación a los niños, la

²⁸¹ 2006/2010 (INI).

²⁸² E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

necesidad de tener siempre en cuenta su interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

En el sentido indicado tenemos la pregunta parlamentaria escrita de Cristiana Muscardinini (UEN) a la Comisión el 14 de mayo de 2008(E-2691/08) en la que se preguntaba sobre la elaboración de un estudio sobre la poligamia y la situación de las mujeres con una posible intervención de los Estados miembros para evitar la comisión de abusos contra las mujeres islámicas y garantizar el respeto en virtud de la legislación de nuestros países. Pues bien, la respuesta del Parlamento Europeo fue la siguiente²⁸³,

“[...] La Comisión considera que la lucha contra la violencia contra la mujer debe convertirse en una prioridad en la actividad policial en todos los países europeos. En este contexto la Comisión apoya plenamente el trabajo del Parlamento en este ámbito, del que es miembro Su Señoría. Como el objetivo más importante en este ámbito es la protección de todas las mujeres en la Unión Europea y en nuestras relaciones exteriores, la Comisión, dentro del alcance de sus poderes, continuará tomando todas las medidas apropiadas para combatir cualquier abuso sufrido por las mujeres. La Comisión no tiene jurisdicción para adoptar normas sobre los términos del matrimonio, por lo tanto, ella no tiene la intención de estudiar la poligamia [...]”.

Esto es, parece que la intención de protección de los derechos humanos, entre ellos, la discriminación de la mujer, está perfectamente identificada y avalada por la Institución Europea, pero a la hora de la puesta en práctica de normas o al menos directrices sobre medidas de adopción para paliar dicha discriminación, Europa da marcha atrás en temas de

²⁸³ La respuesta original está en francés, por lo que ésta es una traducción propia, aproximada al texto original.

“índole casera”, como pudiera ser la problemática de la poligamia, dejando la regulación en manos de los Estados miembros.

Es más, la mencionada parlamentaria, Cristiana Muscardini, vuelve nuevamente con otra pregunta parlamentaria el 20 de abril de 2009, E-2706/2009, en relación al problema que suscita la libre circulación de las personas puesto que podría conllevar la desaparición de una aserie de prohibiciones previstas en la Ley por motivos de seguridad y orden público, aludiendo al caso de que un inmigrante que obtenga la ciudadanía europea y se reúna con todas sus esposas podría posibilitar *de facto* la poligamia en Europa.

Sobre la base de dicha reflexión, la Sra. Muscardini llega a afirmar que²⁸⁴ : “[...] aceptar que la poligamia es el producto de una cultura, en vez de una elección machista cómoda e interesada, equivaldría a aceptar lo que tan hipócritamente se afirma acerca de la mutilación genital femenina, a saber, que se trata de una tradición cultural, y no de un atentado contra el derecho de las mujeres a su integridad física y psíquica[...].” Y ante dicha afirmación su pregunta es si no considera la Comisión que debería prohibirse expresamente la poligamia.

Pues bien, la Comisión, representada por el Sr. Barrot, en su respuesta de 26 de mayo de 2009²⁸⁵, vuelve a no querer entrar en el fondo del asunto respecto a la prohibición comunitaria de la poligamia, señalando que el derecho comunitario no exige que los Estados miembros reconozcan plenamente los matrimonios polígamos contraídos legalmente en un país cuando éstos puedan estar en conflicto con su ordenamiento jurídico.

²⁸⁴ Lengua original de la pregunta es el italiano. Publicado en el DOC 189 de 13 de julio de 2010.

²⁸⁵ Publicada de DOC 189 de 13 de julio de 2010.

Por ello, se observa que a nivel comunitario parece que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario, pero sin el soporte documental normativo que así lo establezca como tal, dejando nuevamente a cada Estado miembro que solucione el problema ante la poligamia.

2. LA POLIGAMIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

A nivel estatal, el ordenamiento jurídico español, lleva a concluir que la poligamia es contraria al orden público, bien desde el punto de vista constitucional porque atentaría contra el artículo 14 al llevar a una situación de desigualdad de trato entre hombres y mujeres, así como contra el artículo 9 de la Constitución que insta a los poderes públicos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva. Asimismo, el Código Civil español establece en su artículo 462 que no pueden contraer matrimonio los que están ligados con vínculo matrimonial, siendo en tal caso el matrimonio considerado como nulo (artículo 73.2 del Código Civil).

Por otra parte, la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge en territorio español, aunque su Ley personal permita esta modalidad matrimonial (artículo 17).

Y, para terminar, como exponente claro a la repulsa que esta situación produce al ordenamiento jurídico español, se tipifica como delito en el Código Penal, en su artículo 217, “[...] el que contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste el anterior [...]”. Así se ha manifestado la jurisprudencia española, en la reciente Sentencia

de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso de 4 de febrero de 2019²⁸⁶, que recoge lo establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia, Sala Tercera, Sección 6, de 19 de junio de 2008 (recurso 6358/2002),

"[...]esta Sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" del art. 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España, algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese- que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas".

No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Sin embargo la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3 CC), entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos.

Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP).

²⁸⁶ ECLI:ES:AN:2019:465.

Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un "suficiente grado de integración en la sociedad española" (En el mismo sentido, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso- administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 20 Octubre 2014, Rec. 826/2013 ; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 16 Diciembre 2014, Rec. 1103/2013 ; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 8 Mayo 2013, Rec. 136/2011) [...]"

El Código de Familia de Marruecos, permite la poligamia²⁸⁷. En efecto, el varón en este caso (porque se admite sólo la poliginia, esto es, el hombre), puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas de acuerdo con el Derecho marroquí, tal y como destacan los autores M.C. Foblets y M. Loukili²⁸⁸, la poligamia no ha desaparecido el varón, en efecto, puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas en el derecho marroquí.

Por el contrario, el derecho español no admite la poligamia e incluso está recogida como delito prohibido y castigado por el art. 217 del Código Penal español. Este artículo, dentro del capítulo de matrimonios ilegales, recoge que,

“[...]El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior” y establece una la pena de prisión de seis meses a un año [...]"

²⁸⁷El texto de la *Mudawwana*,
(<http://www.icafe.com/docs/estrangeria/documents/fmarr>).

²⁸⁸M. C. Foblets/M. Loukili, “*Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?*”, *RCDIP*, 2006-3, pp. 521-555. También M.I. Labaca Zabala, “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *noticias jurídicas* (versión on line).

Para Moretón Toquero²⁸⁹, el tipo penal de bigamia incluiría los supuestos de bigamia y poligamia. Así, tenemos que actualmente la bigamia es una auténtica reliquia del derecho penal. Ahora bien, si se tiene en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal, sería conveniente analizar si por el hecho de que existe una sanción civil de nulidad y en virtud del bien jurídico tutelado, si tiene cabida la tutela penal o bastaría con la mera tutela civil.

Así, la intervención del derecho penal ha ido descendiendo, y se ha ido avanzando en el camino de la despenalización en delitos como el adulterio. Como manifiesta el profesor Quintero Olivares²⁹⁰ que cuestiona la intervención jurídico penal y sitúa el límite en que debería estar bajo la tutela jurídico penal en situaciones en que se vulneren derechos subjetivos concretos. E incluso, cabría pensar en una despenalización completa, pese a su raigambre histórica, porque los derechos de los terceros de buena fe, estarían tutelados conforme a la legislación civil.

El ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contrario al art. 14 de la Constitución de 1978. El Derecho de Familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la mujer²⁹¹.

En esta línea, la DGRN entiende que “... *un matrimonio poligámico [...] atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer*” (RDGRN [27^a] 23 enero 2015 [matrimonio de senegalés], RDGRN [28^a] 23 enero

²⁸⁹ Moretón Toquero, A., “Matrimonios ilegales”, Bosch, 2001, p.p. 20-35.

²⁹⁰ Quintero Olivares, “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, décima edición, Aranzadi, Pamplona, 2016, p.p. 69-116.

²⁹¹ SAN CA 5 abril 2011 [JUR 2011\134086].

2015 [matrimonio de ciudadano de Gambia], RDGRN [2ª] 6 febrero 2015 [matrimonio poligámico de ciudadana de Gambia], RDGRN [33ª] 6 febrero 2015 [matrimonio poligámico en Senegal], entre otras muchas)²⁹².

Asimismo, el Derecho español no admite la celebración de un matrimonio poligámico ante autoridades españolas, puesto que la aplicación de la Ley extranjera (Ley nacional del contrayente, art. 9.1 CC) que permite en teoría la celebración de dichos matrimonios resulta frontalmente contraria al orden público internacional español.

En tercer lugar, tampoco se admite la validez en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir en España el efecto constitutivo de estos matrimonios produce, también, resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

En España aun a pesar que en la actualidad existe una gran apertura en la nueva configuración de familia, tal y como lo señala H. Muir Vain²⁹³ ciertos modelos de familia no tienen cabida, tal y como recoge el autor Campligio²⁹⁴, dado que no se ajustan a los valores que marca la Constitución.

Esos modelos de familia no ajustados a los ejes constitucionales pueden ser perfectamente válidos y legales en otros países. Sin embargo, cuando los particulares

²⁹² Vid. RDGRN [27ª] 23 enero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015]; RDGRN [33ª] 6 febrero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015]; RDGRN [2ª] 6 febrero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015].

²⁹³ Muir Watt, H., “*Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé)*”; Calvo Caravaca, I., *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 11-22.

²⁹⁴ Campligio, C., “Los conflictos normoculturales en el ámbito familiar”, *CDT*, 2012, pp. 5-21; Campligio, “*Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*”, *RDI*, 2011, pp. 1029-1064; Campligio, “*Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*”, *RDIPP*, 2008, pp. 43-76; Campiglio, “*Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo*”, *RDIPP*, 1990, pp. 853-908. También D. Cohen, “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit international privé français”, *RCDIP*, 1989, pp. 451-483.

invocan en España los efectos jurídicos de un matrimonio poligámico (= un modelo de familia «no occidental») se produce una contradicción valorativa, tal y como señala Bucher²⁹⁵.

Un matrimonio celebrado en el extranjero es válido en España si se ajusta a la Ley que regula su celebración en cuanto a la capacidad nupcial (art. 9.1 CC: Ley nacional de cada contrayente), consentimiento matrimonial (de nuevo art. 9.1 CC: Ley nacional de cada contrayente), y forma del matrimonio (arts. 49 y 50 CC). Es decir, un matrimonio celebrado en otro país es válido en España si respeta los requisitos legales establecidos por las Leyes a las que remiten las normas de conflicto españolas. Eso significa que, en principio, si el segundo matrimonio (poligámico) del ciudadano marroquí se ha ajustado a la ley a la que remite el art. 9.1 y 49- 50 CC, que es la Ley marroquí, deberá ser reconocido y tenido por válido en España.

3. LA POLIGAMIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con carácter general, la Ley 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁹⁶ reconoce a los extranjeros el disfrute de los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución, y determina que su ejercicio ha de realizarse “*en condiciones de igualdad con los españoles*” (art. 3.1).

Sin embargo, el mismo precepto inmediatamente puntualiza que su interpretación debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los

²⁹⁵Bucher, A., “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186, esp. pp. 22-29. Similares consideraciones en Bucher, *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

²⁹⁶ Publicado en el BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000.

Derechos Humanos (1948)²⁹⁷ y demás tratados internacionales vigentes para España en esta materia, y recoge que los extranjeros no podrán alegar “la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas” (art. 3.2).

En este escenario se puede analizar el problema que la poligamia suscita desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si partimos de que el matrimonio poligámico constituye una manifestación de los derechos a la libertad religiosa y a la vida familiar, su ejercicio debe respetar los límites impuestos por otros principios básicos, como es en el ordenamiento jurídico español la igualdad de los cónyuges en el ámbito matrimonial (art. 32 CE).

Así, desde un carácter general, el derecho a la igualdad sí posee la condición de derecho fundamental (art. 14 CE) y nuestros tribunales se han mostrado rotundos a la hora de aplicarlo en el ámbito matrimonial. Al respecto, hay que señalar que el TEDH os si bien admite como constitutivos de “núcleo familiar” diversos vínculos (matrimonios y parejas de hecho), deja en manos de cada Estado el reconocimiento de determinados matrimonios, como los poligámicos y los homosexuales.

El Tribunal de Estrasburgo admite como constitutivos de vida familiar diversos vínculos, tanto jurídicos como fácticos, protegiendo tanto al matrimonio como a las parejas de hecho. Sin embargo, establece que determinadas modalidades, como los matrimonios poligámicos u homosexuales, dependerán de su reconocimiento en el Estado demandado²⁹⁸. Según su razonamiento, el Convenio Europeo de Derechos

²⁹⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²⁹⁸ Soto Moya, M., “Mujer inmigrante marroquí: reagrupación familiar”, en *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, p.p. 131-154.

Humanos de 4 de noviembre de 1950²⁹⁹ (CEDH) no rechaza la poligamia, que puede entenderse incluida en el concepto de “vida familiar” (art. 8), pero el Tribunal reconoce la facultad de los Estados de preservar su cultura monógama, por considerarlo un fin legítimo incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros.

En consecuencia, los Estados no están obligados a reconocer el matrimonio poligámico, pero pueden optar por incluirla en su ámbito de protección a la familia matrimonial monógama. La regulación del matrimonio constituye una materia que entra dentro de sus competencias legislativas, por lo que puede prohibir la poligamia y no están obligados por el Convenio a reconocer los matrimonios poligámicos si los consideran contrarios a su orden jurídico³⁰⁰.

4. LA EVENTUAL LEGALIZACIÓN DE LA POLIGAMIA EN ESPAÑA. REALIDAD O MITO.

La eventual legalización de la poligamia en España podría plantearse en el marco de nuestro actual sistema matrimonial, habida cuenta de su capacidad para integrar concepciones tan divergentes como las que progresivamente ha ido incorporando (matrimonio disoluble, matrimonio homosexual). Sin embargo, existe un obstáculo

²⁹⁹Publicado en el BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 1999 la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

³⁰⁰ García Rodríguez. I., “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, en A. Rodríguez Benot (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al islam*. Cuadernos de Derecho judicial. Consejo del poder judicial. Madrid 2002-VIII.pp. 143-220.

insalvable para la admisión en nuestro ordenamiento del matrimonio poligámico reconocido por las legislaciones islámicas: su carácter profundamente discriminatorio.

No cabe plantear la consagración legislativa de una institución sólo permitida al varón, pues ello conculcaría el principio básico de igualdad de nuestro ordenamiento en general y nuestro sistema matrimonial en particular (arts. 1, 14 y 32 CE).

Desde esta óptica, es fácilmente previsible que semejante planteamiento igualitario del matrimonio poligámico no habría de ser bien recibido por los propulsores de su legalización, toda vez que sus demandas se dirigen únicamente a la modalidad de poligamia que consagran los ordenamientos islámicos, es decir, lo que estrictamente se denomina poliginia.

A la vista de lo cual, la colisión del matrimonio poligámico con nuestro orden público matrimonial quedaría estrictamente reducida a dos principios: el tan reiterado principio de la monogamia y el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad contenido en el artículo 32.1 CE³⁰¹.

Asimismo, para justificar el rechazo del matrimonio poligámico por el ordenamiento jurídico español se alegan motivos económicos y fiscales, tales como las ayudas que podrían llegar a optar las familias poligámicas ante la insuficiencia del salario laboral del esposo poligámico, las deducciones fiscales que se podría aplicar en el ámbito del IRPF, o los incrementos de gastos de educación sanidad o incluso las pensiones de viudedad que se verían abocadas a aumentar las partidas presupuestarias del gasto público.

³⁰¹ Orejudo Prieto de los Mozos, P., “La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español”, Aranzadi, 2002, p.p. 2-7.

En consecuencia, la negativa del Registro Civil a acoger los matrimonios poligámicos persiste aun cuando se acredite que el primer vínculo matrimonial haya sido ya disuelto en el momento de solicitar la inscripción, con independencia del motivo que haya producido dicha disolución.

El rechazo registral a estos matrimonios se basa, pues, en su nulidad radical, siendo indiferente a estos efectos que el primer matrimonio, válido a los ojos del ordenamiento español, esté inscrito o no en el Registro Civil. Además de coherente con los artículos 46.2 y 73.2 CC., esta postura tiene una función preventiva puesto que una inscripción del segundo matrimonio cerraría definitivamente la puerta a la inscripción del primero, único válido para el ordenamiento español. Se trata, en esencia, de la aplicación estricta del principio de legalidad que impide la inscripción de un matrimonio nulo³⁰².

En ocasiones, el rechazo registral al matrimonio poligámico va aún más allá, impidiendo la inscripción del propio polígamo como español, pese a haberle sido concedida la nacionalidad³⁰³.

Respecto a la jurisprudencia registral, parece haber cierta contradicción en la utilización del concepto de orden público. Así, a veces parece proteger el elemento esencial de la “la dignidad constitucional de la mujer”, impidiendo la inscripción registral de la poligamia. Sin embargo, a pesar de poder ser el matrimonio islámico igualmente atentatorio contra el derecho fundamental consagrado en el artículo 10 CE, sí puede

³⁰² RDGRN de 27 octubre 2006 (JUR 2008\54773).

³⁰³ RDGRN 14 septiembre 1994 (RJ 1994\8876), que confirma la negativa del juez del Registro Civil Central a practicar la inscripción de nacimiento de un marroquí que adquirió la nacionalidad española teniendo dos esposas marroquíes.

acceder al Registro Civil, sin que en este caso lo impida la dignidad constitucional de la mujer, que también a menudo se ve conculcada por esta modalidad matrimonial.

Así, otra contradicción de la práctica registral española en materia de poligamia, que tiende a aceptar el repudio como forma válida de disolución del primer matrimonio con vistas a la inscripción del segundo; y a la inversa, rechaza dicha inscripción cuando no se haya acreditado el repudio efectivo de la primera esposa³⁰⁴.

De nuevo surge aquí una institución jurídica profundamente discriminatoria hacia la mujer, el repudio por parte del marido y frente a la que no oponen la excepción de orden público, pese a notable desigualdad con que se ejercita por parte de uno de los cónyuges respecto de la otra.

5. EL ORDEN PÚBLICO ATENUADO: EFECTOS NUCLEARES DE LA POLIGAMIA

Esta aparente contradicción no es tal si tenemos en cuenta la distinción entre “efectos jurídicos nucleares y efectos jurídicos periféricos”³⁰⁵. Los primeros engloban los efectos constitutivos del matrimonio y son los que el sistema español rechaza de forma rotunda en los términos expuestos.

Los segundos se integran por 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,

³⁰⁴ RDGRN de 27 abril 1999 (RJ 1999\10147).

³⁰⁵ Carrascosa González, J., "Matrimonio y parejas de hecho" en Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa, J., González (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 6ª d., Ed.Comares, Granada, 2005, pp. 39-65.

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.

Este carácter atenuado del orden público permite modular la aplicación estricta de la excepción contenida en el artículo 12.3 CC. Los efectos periféricos se regirán por su propia ley aplicable según el juego de las normas de conflicto.

En la mayoría de las ocasiones, ello ha de llevar a aplicar un ordenamiento que les otorgue consecuencias jurídicas, y su producción efectiva no ha de verse impedida por la negativa a reconocer los efectos nucleares del matrimonio poligámico. Dicho en otras palabras, la doctrina del orden público atenuado hace compatible el rechazo a los efectos nucleares del matrimonio poligámico con el reconocimiento de ciertos efectos periféricos, en aras a la consecución de la justicia formal del caso concreto.

En el sentido indicado, observamos el Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998, dictado en solicitud del reconocimiento de un acta de repudio revocable emitida en El Cairo³⁰⁶. El Tribunal Supremo elabora una impecable teoría en torno a la verdadera función del orden público en nuestro ordenamiento, que le permite eludir su aplicación estricta.

Si bien ésta debería conducir a la denegación del reconocimiento, el Tribunal declara que hay que atender a las particulares circunstancias del caso

³⁰⁶ RJ. 1998\3563, que otorgó el reconocimiento de un acta de divorcio otorgada ante notarios de El Cairo y recaída sobre el matrimonio contraído entre nacionales egipcio y española.

en atención a un elemental principio de justicia material. En consecuencia, rechaza la opción de oponer el orden público a la pretensión de la solicitante, señalando que tal excepción ha de ser siempre objeto de una interpretación restrictiva.

Aquí el TS se muestra flexible en su interpretación, al negarse a levantar la barrera del orden público, por entender que ello supondría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material del caso planteado.

Entendió que una aplicación semejante sólo hubiera conducido a provocar un perjuicio en la persona a quien tal requisito aspiraba a proteger: la esposa discriminada. Y es que, de haberse denegado el reconocimiento por vulneración del orden público, se hubiera visto obligada a instar un nuevo juicio de divorcio en España para obtener la disolución del matrimonio, pronunciamiento que la sentencia dictada en Egipto ya contenía y que sólo requería la aquiescencia del Tribunal para desplegar dicho efecto en nuestro país.

Aplicada al matrimonio poligámico, esta doctrina permite conciliar el rechazo a su reconocimiento formal con el reconocimiento de los efectos mencionados que no deben verse perjudicados por el rigor de la negativa inicial a otorgar validez al propio matrimonio. Como veremos, así lo han entendido los tribunales del orden contencioso y social, que partiendo de un matrimonio poligámico no válido para el ordenamiento español, declaran, aunque no de forma unánime, la producción de ciertos efectos beneficiosos para el cónyuge y los hijos³⁰⁷.

³⁰⁷ Así, señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González que el rechazo judicial a dotar al matrimonio poligámico de efectos constitutivos no es incompatible con la producción de otros efectos en distintos órdenes jurídicos, que sí se reconocen “*al objeto de preservar la “seguridad jurídica internacional”* (“Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho*, nº 23, 2005.), p.7.

Así, se observa que nuestra jurisprudencia se muestra excesivamente vacilante e incierta, evidenciando notables divergencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales e incluso entre los tribunales de una misma jurisdicción, como ocurre con la social.

6. RESPUESTA JUDICIAL ESPAÑOLA A LA INSTITUCIÓN DE LA POLIGAMIA

Realizando un resumen, podría decirse que la respuesta judicial española a la institución de la poligamia puede resumirse como sigue: la jurisdicción civil niega toda validez y efecto jurídico; la penal la condena; la contenciosa la rechaza, vinculando la condición de polígamo con la denegación de la nacionalidad española; y la social la tolera de forma intermitente, concediendo ocasionalmente pensiones de viudedad que traen causa en matrimonios poligámicos cuya validez no admite, una postura que resulta contradictoria. Pero como ya señalara el profesor Bucher³⁰⁸, “se puede no querer aceptar la poligamia, pero no se puede -debe- ignorarla ni rechazarla completamente, sin atribuirle el menor efecto jurídico”.

Ante una sociedad multicultural, parece que la jurisprudencia debe dar soluciones prácticas, a situaciones que el legislador aun no las ha previsto. Se puede decir que la jurisprudencia española ha atenuado la alegación del orden público frente a instituciones como el repudio o la poligamia. Pero, dejar en manos de los tribunales la concreción de la admisibilidad o no de determinadas instituciones y

³⁰⁸ Bucher, A., “*La famille en droit international privé*”, *Rec. des Cours*, t. 283, 2000, p.p., 19-119.

sus posibles efectos puede llegar a poner en jaque el propio principio de la seguridad jurídica.

Para ello, resulta necesaria una regulación legal que establezca claramente cuáles son los límites y consecuencias de figuras mencionadas. En el sentido referido, se ha de aludir a la excepción del “orden público internacional”. El art. 12.3 CC impide la aplicación en España de una ley extranjera que “resulte” contraria al orden público internacional español. Esto es, no son válidos en España los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, aunque sean válidos con arreglo a la Ley extranjera a la que remiten los arts. 9.1 CC y 49 y 50 CC, puesto que la aplicación en España de un Derecho extranjero que admite la poligamia produce resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

Sin embargo, debe recordarse que el orden público internacional español es una excepción al funcionamiento de la norma puesto que impide la aplicación de la Ley extranjera, que es la “solución general”. Como tal excepción, el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo. El carácter restrictivo del orden público internacional significa que éste operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española, y sólo en la medida en que sea preciso para ello.

A tal efecto, el orden público internacional sólo interviene en atención al caso concreto y una vez que ha quedado probado el contenido del Derecho extranjero y el efecto negativo

que produciría su aplicación en España en el supuesto específico que se trate. El orden público internacional sólo debe activarse para defender los valores esenciales del Derecho español.³⁰⁹

La doctrina, la jurisprudencia y también la legislación han diseñado distintas estrategias jurídicas para lograr que el orden público internacional opere de modo restrictivo. Las tres técnicas más extendidas son: (a) el orden público internacional “parcial”; (b) el orden público internacional “atenuado” y (c) el orden público internacional “de proximidad”.

Pues bien, el art. 23 del Convenio hispano-marroquí acoge un orden público internacional atenuado, como expresamente admite el TS. Como norma de aplicación preferente al estar incluida en un convenio internacional en vigor para España, este precepto se impone sobre una lectura puramente literal del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril.

El conocido como “carácter atenuado” del orden público internacional español o “efecto atenuado” del mismo significa, como observa J. Mestre³¹⁰, que éste no debe operar contra la aplicación de un Derecho extranjero cuando éste regula situaciones jurídicas ya creadas legalmente en otros países con arreglo a un Derecho extranjero en lo que respecta a ciertos efectos jurídicos «periféricos» que producen dichas situaciones jurídicas.

Este orden público internacional “atenuado”, que opera frente a las situaciones legales válidamente creadas en el extranjero fue diseñado en el siglo XIX por dos grandes teóricos del Derecho internacional privado, tales como L.V. Bar y A. Pillet y que puede

³⁰⁹Carrascosa González, J., “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351- 2378.

³¹⁰Mestre, J., “Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel”, *RCDIP*, 1977, vol. LXVI, pp. 659-700.

ya observarse en la célebre sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 28 febrero 1860, *Bulkley*³¹¹. Ya en el siglo XX, esta perspectiva fue relanzada por Ph. Frabcescakis y tuvo acogida en la no menos famosa sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 abril 1953, *Rivière*³¹².

Se trata de una construcción jurídica, explican F. Niboyet y B. Bourdelois, que la doctrina ha proyectado con especial atención a los efectos legales, en Europa Occidental, de matrimonios poligámicos celebrados en países con legislaciones inspiradas en el Islam. Muy conocida es la posición del Reino Unido. En dicho país se han promulgado leyes que admiten, de modo expreso, este orden público internacional atenuado en relación con los matrimonios poligámicos celebrados en otros países³¹³.

Admitir en España un efecto jurídico meramente colateral derivado de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española, como explica la doctrina³¹⁴. Por tanto, dichos efectos jurídicos pueden y deben admitirse en España por no considerarse contrarios al orden público internacional español³¹⁵.

³¹¹Sent. Cass Francia 28 febrero 1860, *Bulkley* [Sirey, 1860, p. 210]. Sobre el origen de esta construcción y sus basamentos teóricos y valorativos, vid. a Calvo-Caravaca/Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª edición, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 628-630.

³¹²Sent. Cass. Francia de 17 abril 1953, *Rivière* [RCDIP, 1953, p. 412, nota H. Batiffol, JDI Clunet, 1953, p. 860, nota plaisante Rabelsz, 1955, p. 520, nota p H. Frabcescakis.

³¹³Saunders, I., Walter, J., “*The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*”, *ICLQ*, 1972, pp. 781-789; Wortley, B.A., “Poligamy in private international law”. *REDI*, 1972, vol. XXV, (homenaje al profesor D. José de Yanguas Messía), pp. 441-450.

³¹⁴Iriarte, J.L., “El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas», en C. Esplugues Mota / G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-641; P. Juárez Pérez, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* (www.reei.org), 2012; J. Molins García, “La pensión de viudedad en la sociedad multicultural”, *Revista del poder judicial*, 2007, núm. 85, pp. 343-380; F. di Pietro, “La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia», *CDT*, 2015, pp. 56-70.

³¹⁵ Quiñónez Escames, A., “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado- práctica española: Derecho civil internacional- Matrimonio poligámico-Denegación de la

7.-LA SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO ARMONIZADORA DE LOS EFECTOS ATENUADOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO.

Se ha de recalcar, tal y como ya lo hemos señalado, que existe miedo en la aceptación de la poligamia como efecto directo en casi todos estos países europeos. En el sentido indicado, y antes de proceder al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, podemos analizar el criterio de los tribunales ingleses en la sentencia Regina v. Sago en la que un ciudadano keniano contrae en 1959 matrimonio poligámico en Kenia. Posteriormente, Kenia promulga una ley que prohíbe la poligamia. En 1973, dicho ciudadano se establece en Inglaterra donde contrae matrimonio con una inglesa. Iniciada acción penal de bigamia dado que dicho ciudadano mantenía algunas otras esposas, el Tribunal inglés lo condena, ya que su nuevo estatuto personal, esto es el inglés, incluye como contenido esencial la monogamia, sin que pueda invocarse el anterior matrimonio poligámico como un efecto directo.

Asimismo, tal y como lo analiza el profesor Navarro³¹⁶, en julio de 2017, dos líderes religiosos (James Oler y Winston Blackmore) de Canadá fueron condenados por el delito de bigamia. Un Tribunal de la provincia de British Columbia los encontró culpables: Blackmore había contraído “matrimonios celestiales” con 25 mujeres. Oler, con 5. Ambos

nacionalidad por falta de integración- Poligamia contraria al orden público español- Crítica a la apreciación in abstracto- Apreciación in concreto de la integración – Poligamia de iure y poligamia de facto- Falta de proporcionalidad: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 de febrero de 2010”, Revista española de derecho internacional, ISSN 0034-9380, Vol. 62, nº1, 201, págs.. 245-248.

³¹⁶Navarro-Vals, R., Iustel, Diario del derecho, ISSN 2254-1438, edición de 6 de febrero de 2018

pertenecen como obispos a una secta fundamentalista, que se escindió de la Iglesia madre mormona de los Santos de Jesucristo de los Últimos Días.

En la sentencia, se señalaban fragmentos de otra antigua decisión que marcó las pautas en Occidente del tratamiento de la poligamia. En este sentido, el profesor Navarro señala y analiza igualmente el caso *Reynolds v. United States* (TS de Estados Unidos, 1879), que mantuvo la constitucionalidad de la Morrill Act, una ley por la que el Congreso penalizó la práctica de la poligamia en los territorios de la Unión. Frente al recurso planteado por varios mormones polígamos condenados por la norma, el TS entendió que la poligamia violaba los principios básicos del matrimonio occidental por oponerse “a la ley, al orden, a la decencia, y a la prosperidad del Estado”. Años más tarde (1890) los mormones prohibían la poligamia entre sus fieles, transformando el matrimonio mormón en monógamo.

Como ya lo hemos señalado, la poligamia permanece vigente en la sharía islámica, lo que suele constituir una fuente de conflictos cuando los ordenamientos jurídicos de esos países entran en relación con derechos occidentales. En efecto, todo Occidente, incluido los grandes países europeos, entre ellos España, han basado su rechazo de la poligamia en dos razones que ya se recogían en la mencionada sentencia Reynolds: la primera, la lesión que supone para los derechos de la mujer; segunda, la violación de los principios que se incluyen en la noción jurídica de “orden público”, entendido como “un conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico”. Entre los que se incluyen la monogamia.

Por ejemplo, para el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 junio 2008, se recoge que:

“La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”.

No se crea, sin embargo, que la poligamia es una institución “en euforia”, es decir, en expansión. La verdad es justamente la contraria. Como ha quedado dicho, los mormones la prohibieron para sus fieles. En los países islámicos se observa una tendencia restrictiva. Por ejemplo, Túnez la ha abolido. Marruecos admite la llamada cláusula de monogamia, por la que al celebrar matrimonio la mujer puede manifestar por escrito al esposo que no aceptará una segunda esposa. Incluso sin esa cláusula, el marido necesita el consentimiento de la mujer para contraer otro matrimonio sin disolver el primero. Algo similar ocurre en Argelia. Y en Indonesia -el país con mayor número de musulmanes- los activistas de derechos humanos señalan otros aspectos negativos más allá de la desigualdad entre el hombre y la mujer. Los matrimonios polígamos, dicen, suelen ser inestables y violentos, también sobre los hijos. En un estudio realizado sobre 136 sociedades africanas, se constató que, no obstante, la existencia de la poligamia, la mayoría de los matrimonios africanos son monógamos.

Tal vez por ello, Occidente, ante la alternativa, siempre defendió la monogamia como la fórmula matrimonial más justa. Poco a poco, su ejemplo está influyendo en los derechos poligámicos, que cada vez más han formulado mecanismos restrictivos.

Expuesto lo anterior, procederemos al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo de 24 de enero de 2018³¹⁷ que viene a armonizar las distintas soluciones jurisprudenciales que hasta entonces se han venido fallando por los tribunales españoles ante situaciones de derechos a pensión de viudedad en caso de matrimonios poligámicos³¹⁸. Así, hasta este momento, se podía distinguir tres corrientes o tesis.

Una primera tesis que sostenía que la pensión de viudedad sólo corresponde, y por entero, a la primera esposa del varón polígamo (STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre

³¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]. Esta resolución ha sido profusamente comentada en medios digitales, tanto en la prensa de corte generalista como en la prensa digital jurídica. *Vid.* Por ejemplo, *Diario Expansión* de 31 enero 2018 (<http://www.expansion.com/juridico/2018/01/30/5a70b63b468aebf9298b45dc.html>), diario 20 minutos 30 enero 2018 (<https://www.20minutos.es/noticia/3248053/0/supremo-viudas-soldado-poligamo-pension/>); diario *El Economista* de 30 enero 2018 (<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8903900/01/18/El-TS-divide-la-pension-de-un-marroqui-poligamo-entre-sus-dos-viudas.html>), *Europa Press* de 30 enero 2018 (<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-tribunal-supremo-reconoce-derecho-pension-viudedad-dos-esposas-marroqui-poligamo-20180130141725.html>), *Diario jurídico "La Ley"* de 31 enero 2018 (<http://diariolaley.laley.es/home/NE0001519040/20180131/Pension-de-viudedad-y-bigamia-Es-posible>), *Derecho news* de 30 enero 2018 (<http://www.derechonews.com/el-supremo-reconoce-el-derecho-a-pension-de-viudedad-de-dos-esposas-de-un-marroqui-poligamo/>), *Vid.* también la nota de prensa del Poder Judicial en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-dos-viudas-de-unsoldado-marroqui-poligamo-que-sirvio-al-ejercito-espanol-en-el-Sahara-a-compartir-la-pension-de-viudedad>. *Vid.* También el interesante comentario a esta sentencia en comparación con la STS, Sala de lo Social, de 25 enero 2018, que no reconoce la existencia de un matrimonio celebrado en España con arreglo al rito gitano, y debido a Eduardo Rojo en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/pension-de-viudedad-dos-diasdos-salas.html>.

Del mismo modo, sugestivo resulta el análisis de R. Navarro Valls (6 febrero 2018) publicado en http://www.iustel.com/dia-rio_del_derecho/noticia.asref_iustel=1173900. No todos los comentarios publicados sobre esta sentencia han sido positivos. *Vid.*, por ejemplo, el muy crítico texto contenido en <https://eladiofernandez.wordpress.com/2018/04/06/el-tribunal-supremo-convierte-en-negocio-la-poligamia-de-marroquies-todas-las-mujeres-de-poligamos-cobraran-pension/>.

³¹⁸ Quiñónez Escames, A., "Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado-Derecho internacional privado del trabajo y de la seguridad social- Pensión de viudedad-Causante polígamo. Matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros. Poligamia y orden público. Consideración del segundo matrimonio como mera convivencia de hecho. Denegación del reparto de la pensión de viudedad. Voto particular: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección única) de 30 de julio de 2003.

2017 [poligamia y matrimonio en Senegal]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [matrimonio celebrado en Gambia], STSJ Cataluña núm. 5255/2003, Social, 30 julio 2003 [esposas gambianas]; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [segundo matrimonio contraído en México]). Para estas resoluciones judiciales, el segundo matrimonio es nulo para en Derecho español y no produce ningún efecto jurídico³¹⁹. Alguna jurisprudencia francesa se ha apuntado a esta tesis (Sent. Cass. Francia 5 noviembre 2015 [bigamia y pensión de viudedad])³²⁰.

Estas sentencias concluyen en que los únicos casos en los que la segunda esposa tiene derecho a su pensión son los contemplados en convenios internacionales vigentes para España y que, por tanto, a falta de tales convenios, el segundo matrimonio no produce efecto legal alguno y la segunda esposa no es tal y no tiene derecho a pensión. Sin embargo, esta tesis se podría calificar de injusta, ya que ignora totalmente un segundo matrimonio perfectamente válido en el extranjero, de modo que deja sin ninguna cobertura social a una de las esposas del cotizante.

Ante esta tesis, resulta curiosa la Sentencia de 25 de abril de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³²¹, que viene a matizar el criterio de esta primera corriente.

Así, se enjuicia el caso de una pensión de viudedad de la segunda esposa de un ciudadano nacional de Gambia, en la que se desestima por inexistencia de vínculo matrimonial válido y concurrencia de vínculos matrimoniales simultáneos, debido al

³¹⁹ STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [ECLI:ES: TSJCAT:2017:9230]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [AS 2016\879]; STSJ Cataluña, Social, 30 julio 2003 [AS 2003\3049]; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [AS 2005\2454].

³²⁰ Sent. Cour Cass. Francia 5 noviembre 2015 [*JDI Clunet*, 2016, p. 554].

³²¹ Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de abril de 2016 (Aranzadi JUR/2016/879).

régimen poligámico musulmán, alegando la legislación personal contraria al orden público estatal. Pues bien, dicha sentencia, en su fundamento tercero, recoge que “en la actualidad existen dos excepciones en cuanto a la pensión de viudedad y que se derivan, no sólo del citado por la instancia, Acuerdo suscrito entre el Reino de España y el de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 que establece en su artículo 23:

“[...]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 [...]”

Asimismo, el posterior suscrito con Túnez de 26 de febrero de 2001 y según, el cual en su artículo 24:

“[...]En caso de que existan más de una viuda con derecho, la pensión de viudedad se tendrá que prorratear entre las mujeres del difunto”, ahora bien, esos son los dos únicos supuestos, en los que pese a que tal institución de la poligamia sea contraria al orden público español y a nuestro ordenamiento civil, se le otorgan efectos respecto de la pensión de viudedad, ahora bien, tal excepción no puede extenderse más allá de los dos supuestos citados y por ende no es de aplicación al supuesto de autos[...]

Esto es, sólo se aceptaría en los dos supuestos recogidos y al amparo de los Acuerdos suscritos con Marruecos y con Túnez. Por ello, en este caso se haría una salvedad, pero no en aras a la protección del orden público español, sino en función de los convenios suscritos con dos países islámicos concretos. Entonces, se podría plantear la cuestión de cuál es el verdadero objeto de protección, el orden público o distintos

intereses económico/políticos internacionales. Este sería un tema muy interesante a investigar y quizás objeto de futuras líneas de investigación.

Una segunda corriente, sostiene que debe repartirse la pensión de viudedad española entre las esposas del fallecido en proporción al tiempo que permanecieron casadas con fallecido (STSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 4672/2018 de 14 de septiembre, STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª, núm. 115/2017 de 2 de marzo)³²².

Finalmente, una tercera tesis indica que la pensión de viudedad debe repartirse, a partes iguales, entre todas las esposas del varón cónyuge polígamo fallecido que aplica el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social y concede la pensión al 50% a las dos esposas viudas STSJ Andalucía 18 junio 2015 [polígamo marroquí], STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, sentencia 139/2018 de 15 de marzo, STJS Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, sentencia núm. 125/2018 de 8 de marzo, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia núm. 1803/2019 de 17 de diciembre ³²³.

Tesis que, tal y como recoge la profesora Quiñones, es la más adecuada por no vulnera el orden público internacional “presupuestario” español, no perjudicando a las arcas públicas del Estado español, ya que pensión a pagar es única y sólo resulta repartida entre las esposas³²⁴. Volviendo a esta tercera corriente, que es la recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo precitada, solución que viene a respetar la recogida

³²² STSJ Cataluña, Social, 4672/2018 (JUR 2018/317046), STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 115/2017 (JUR 2017/120018).

³²³ STSJ Andalucía 18 junio 2015 [AS 2015\1520]. STSJ Madrid 15 de marzo RJCA 2018/677, STJS Madrid, sentencia núm. 125/2018 de 8 de marzo, JUR 2018/153175, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 1803/2019 de 17 de diciembre, RJ 2019/5471.

³²⁴ Quiñones Escámez, A., “Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa”, Barcelona, 2000; id., “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil”, Homenaje R. Arroyo, Madrid, 2003, pp. 297-304.

en los convenios internacionales firmados por España que abordan el supuesto de múltiples viudas del cotizante³²⁵.

Primeramente, sería casi imprescindible mencionar el *iter* cronológico del proceso judicial y sus respectivas resoluciones que finalmente desembocaron en la precitada sentencia. Así, se inicia con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2016, desestimatoria del derecho a pensión de viudedad de una ciudadana del Sáhara casada en régimen de bigamia, que recurre la denegación sobre la base argumental de una posible vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley.

Dicha Resolución argumenta la denegación del derecho a la pensión de viudedad en base a tres consideraciones principales. En primer lugar, que la situación de bigamia está prohibida por el Código Penal. En segundo lugar, que la Ley de Clases Pasivas, en su art. 38, sólo contempla situaciones de monogamia en el reconocimiento del derecho a pensión, al enunciar en singular a sus posibles beneficiarios. Por último, recoge la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la denegación de la nacionalidad española en caso de poligamia, en la cual se expresa la oposición de la poligamia con el orden público español, y determina que ésta supone una situación de desigualdad entre mujeres y hombres así como la sumisión de aquéllas a éstos. No se hace alusión, por lo tanto, a los precedentes existentes en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en las que sí se encontraron argumentos a favor de la concesión de la pensión. Y tampoco al contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social.

³²⁵ Juárez Pérez, P., “La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol. 11, nº 1, 2019, p.p. 801-806. Asimismo, Juárez Pérez, P., “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol. 11, nº 1, 2019, p.p. 807-813

Contra la precitada sentencia se interpone Recurso de Casación admitido a trámite por el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017³²⁶. Esta resolución de forma curiosa y sorpresiva, ante el escrito que se interpone para solicitar el Recurso de Amparo ante el Tribunal Supremo en el cual el principal argumento jurídico al que se alude es la vulneración del art. 96 Constitución Española por no haber sido aplicado, en la sentencia denegatoria, el art. 23 del Convenio hispano-marroquí, indica que existe interés casacional para precisar las siguientes tres cuestiones:

-Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado.

- Si el art. 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos resulta aplicable a efectos de extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas casadas en situación de poligamia.

-En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión.

Pues bien, la respuesta recibida por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 es la de determinar que la viuda casada en situación de bigamia tiene derecho a pensión de viudedad y que su cuantía tiene que repartirse, a partes iguales, entre las dos beneficiarias de la pensión, en línea con uno de los tres criterios jurisprudenciales ya mencionados. Tal y como lo analiza la profesora Cervilla³²⁷, para responder a las tres

³²⁶ Rec. 98/2017.

³²⁷Cervilla Garzón, M.D., “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, Cuadernos de derecho transnacional ISSN-e 1989-4570, vol 11, nº1, 2019, p. 257.

cuestiones que se plantean en el Auto de 21 de marzo de 2017 el Tribunal argumenta en base al concepto de “orden público” aplicable y a la eficacia del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, convirtiéndose ambos argumentos en los dos principales factores a tener en cuenta., sobre todo la eficacia del citado art. 23, que es el argumento que preside la mayor parte del razonamiento de la sentencia.

La sentencia inicia con el relato de hechos del sujeto causante de la pensión era un súbdito marroquí que sirvió como soldado en el Sáhara hasta el 31 de diciembre de 1959, y que generó derecho a pensión de retiro hasta la fecha de su fallecimiento, con cargo al erario público español y conforme a lo previsto en la citada norma marroquí fallecido y cotizante, cuyas dos esposas disponen de conformidad a lo fallado por dicho tribunal, un derecho a la pensión de viudedad por iguales y mitades partes. En efecto, en este caso, el sujeto marroquí cotizante estaba cubierto por el “régimen español de clases pasivas”.

Frente a ello, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 noviembre 1979 sólo es aplicable, en lo que se refiere al sistema español (*vid.* art. 2 del convenio) a las prestaciones que ofrece el “Régimen General de la Seguridad Social” española y también a las que ofrecen ciertos “Regímenes Especiales de seguridad social” españoles, y en concreto, los regímenes agrario, del mar, de la minería del carbón, de trabajadores ferroviarios, de empleados del hogar, de Trabajadores independientes o Autónomos, de representantes de comercio, de estudiantes, de artistas, de escritores de libros y de toreros.

En definitiva, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979, no cubre las prestaciones que ofrece el llamado “Régimen especial de las Clases Pasivas”, que era, precisamente, el régimen aplicable

al sujeto marroquí fallecido, que prestó servicios al Estado español como policía territorial en el entonces Sahara español. El supuesto analizado queda fuera del ámbito material del Convenio bilateral hispano-marroquí de Seguridad Social de 8 noviembre 1979³²⁸. El art. 23 del mismo, que recoge de modo expreso un orden público internacional atenuado, es inaplicable a este caso.

El Tribunal Supremo no se ha limitado a aplicar un precepto legal contenido en un convenio internacional bilateral firmado por España, en vigor para España y parte del Derecho español y cuya letra es clarísima. En esta sentencia, el Tribunal Supremo ha aplicado el contenido en el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979 y lo ha aplicado a un caso excluido del ámbito material de dicho artículo³²⁹.

Este precepto acoge la tesis del “orden público internacional atenuado” con arreglo a la cual el matrimonio poligámico no surte efectos en España ni puede ser reconocido como matrimonio en España ni inscrito en el Registro Civil, pero algunos de sus efectos colaterales, sí que pueden ser hechos valer en España³³⁰.

Con ello se garantiza el respeto a los derechos adquiridos, a la seguridad jurídica y a las expectativas de los particulares. El Tribunal supremo, afirma en la sentencia que, incluso en los casos no cubiertos por el citado Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, es justo, es equitativo, es ecuánime y es ajustado a Derecho recurrir al orden público internacional atenuado.

³²⁸Texto consolidado del Convenio en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-26519>.

³²⁹Cervilla Garzón, M.D., “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, Cuadernos de derecho transnacional ISSN-e 1989-4570, vol. 11, nº1, 2019, p.p. 235-266.

³³⁰ Lema Tomé M., “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, Migraciones internacionales, ISSN-e 1665-8906, vol. 2, nº 2, 2003, p.p. 149-170

A la segunda esposa del ciudadano marroquí que trabajó como empleado público para el Estado español, sujeto al “régimen de clases pasivas” y excluido del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 1979, le debe ser concedida la mitad de la pensión de viudedad, aunque no existe precepto legal español concreto que así lo establezca de modo expreso.

Y debe ser así porque el orden público internacional “atenuado” conduce a un resultado justo. Con otras palabras: 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.

Así, el Tribunal Supremo subraya que no aplicar a este supuesto, por analogía, el orden público internacional atenuado recogido en el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí, y no permitir, en consecuencia, que la segunda esposa pueda acceder a la mitad de la pensión de viudedad, produciría un resultado radicalmente injusto. Y tiene toda la razón el Tribunal Supremo.

Pero para un correcto análisis de dicha sentencia, no debemos olvidar el voto particular que existió por parte de los magistrados³³¹ y que, a nuestro juicio, requiere una pequeña mención y modesto examen.

Así dicho voto particular aboga por la aplicación no expansiva del Convenio hispano-marroquí sino restrictiva y limitada a los nacionales marroquíes y las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, y ello habida cuenta de que el Convenio no ha sido denunciado. Pero si ahondamos en el argumento principal

³³¹ Lo formula el magistrado José Luis Requero Ibañez, al que se adhiere el magistrado Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

de dicho voto particular, compartimos el criterio de la profesora Cervilla, en el sentido que el mismo manifiesta una repulsa hacia la poligamia y una abierta consideración de que ésta es contraria al orden público al ser una forma matrimonial que se asienta sobre la base constitutiva de delito. Se apoya abiertamente en las resoluciones judiciales precedentes que venían denegando el derecho a pensión a las segundas y sucesivas viudas, entendiendo que el orden público sólo admite una interpretación restrictiva, así recoge:

“[...] Sin embargo la llamada que hace la Abogacía del Estado y la sentencia impugnada al orden público es relevante y debería llevar, más bien, una aplicación no expansiva, no integradora, sino restrictiva de lo previsto en ese Convenio en relación al artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas. Sin entrar en las circunstancias que aconsejaron la suscripción del citado Convenio, su previsión implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico[...]”

Así, observamos cómo se refiere al matrimonio conforme a la legislación española, expresando un cierto rechazo al reconocimiento de varias uniones matrimoniales como tal, es más menciona el delito de bigamia, previsto y penado en el ordenamiento jurídico español:

“[...]Desde esta perspectiva sostengo la aplicación restrictiva del citado Convenio pues lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no

reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español [...]”.

Asimismo, en el Voto Particular se hace referencia a la fuerte inmigración que se está produciendo desde países islámicos. Así, se recoge que:

“[...]Hoy día son varios millones las personas que viven legalmente en España y que proceden de países de religión musulmana. Sin entrar ahora en disquisiciones que no son del caso, es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer [...]

Aun aceptando que es necesario posibilitar su integración, el límite que establecen los mencionados Magistrados viene por nuestra cultura y nuestro sistema de valores, que tienen su reflejo en el orden público constitucional protector de la dignidad de la mujer.

Afirman los Magistrados firmantes que con este pronunciamiento:

“[...]Con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad, y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables. [...]”

No es únicamente que los mencionados Magistrados afirmen que se están abriendo brechas que ponen en peligro las señas de identidad españolas, sino que incluso van más

allá augurando un futuro catastrofista en el caso de que se prosiguiera admitiendo resoluciones como la presente.

Puede y depende del análisis y estudio de cada caso concreto, que la poligamia pueda ser incompatible con la defensa de los derechos de la mujer que actualmente caracteriza el orden público actual, pero el hecho de la no aceptación de algunos efectos económicos/sociales derivados de la poligamia, puede llevar a verdaderas desprotecciones económicas de las mujeres, existiendo ciertamente en estos casos la vulneración de los derechos fundamentales de las mismas.

Pues a pesar del mencionado voto particular, la precitada sentencia invoca incluso el principio de igual entre los ciudadanos recogido en el artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 10, puesto que las dos mujeres casadas con el soldado marroquí son consideradas como “esposas” por la Ley marroquí, ambas deben ser tratadas por igual por parte del Derecho español de la Seguridad Social. Por ello, un orden público internacional atenuado, subraya J. Oster, debe siempre encajar con el principio de igualdad de todas las personas ante la Ley, que es realización del derecho a no ser discriminado legalmente³³².

Que las dos esposas marroquíes del soldado marroquí cobren la pensión de viudedad con cargo al erario público español a partes iguales, no daña la estructura jurídica fundamental del Derecho español.

Tal y como señala la profesora Juárez³³³, la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 24 de enero de 2018 ha marcado un punto de inflexión en la interpretación de

³³²Oster, J., “*Public policy and human rights*”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 542-567.

³³³Juárez, P., “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008813cuadernos de derecho transnacional (marzo 2019), vol. 11, nº 1,

la excepción de orden público en el ámbito de los matrimonios poligámicos. Esencialmente, por cambiar una jurisprudencia que venía defendiendo el rechazo frontal a dicha figura sobre la base de razones puramente formales, del todo ajenas al efectivo daño a la cohesión social española y con consecuencias nocivas desde la perspectiva de la justicia material³³⁴.

Esta sentencia corrigió la única decisión del TSJ de Madrid que se ha apartado de su doctrina habitual, que defiende justamente lo contrario: la admisión en España de determinados efectos legales del matrimonio poligámico, pues la concepción del orden público atenuado así lo permite. Así ha sido finalmente, y esta nueva doctrina judicial ha visto pronto sus frutos en la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2018³³⁵, que ha asumido plenamente la argumentación del Alto Tribunal siguiendo la mencionada línea interpretativa, y que ya venían siguiendo otros órganos judiciales, como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que también durante el año 2018 tuvo ocasión de resolver un supuesto de estas características³³⁶.

Desgraciadamente, la demandante en el presente litigio no llegó a ver su victoria: D^a Visitación falleció el 30 de noviembre de 2016 en Es-Smara (Sáhara occidental), extinguiéndose así su derecho a la pensión de viudedad que tanto tuvo que luchar para ver reconocido. Se atribuye a Séneca la afirmación de que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”. Sin embargo, queremos creer que hay ocasiones en que también esta lenta justicia es justicia: cuando sirve para poner fin a situaciones generalizadas de

pp. 807-813 issn 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - doi: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4654>.

³³⁴ Iriarte Angel, J.L., “El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas”, en *Nuevas fronteras del De-recho de la Unión Europea. Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues, C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-641; y J. Molins García-Atance, “La pensión de viudedad en la sociedad multicultural”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, 2007, pp. 343-380.

³³⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8^a, núm. 306/2018, de 14 de junio (JUR\2018\228794).

³³⁶ STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1^a, núm. 1589/2018 de 24 de mayo.

inseguridad jurídica y desprotección a los particulares, en este caso, las viudas de la poligamia.

La sentencia mencionada supone el abandono de una interpretación del orden público en materia de poligamia que podría considerarse formalmente equitativa, pero material y profundamente injusta. Por ello esta sentencia admite una lectura más esperanzadora en el futuro para que otras mujeres en la misma situación se vean beneficiadas y protegidas por esta concepción atenuada del orden público.

Es más, se trata de un resultado justo. Justo es que un matrimonio (poligámico) válidamente celebrado en un país no se evapore totalmente, como explica I. D. Wardle³³⁷, y quede reducido a la nada cuando la cuestión de su validez surja en otro país donde tales matrimonios no son válidos³³⁸. En efecto, aplicar en su integridad en España la Ley marroquí que admite el matrimonio poligámico produciría un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española³³⁹.

Este resultado es intolerable, pues daña intereses generales, daña a toda la sociedad. Por otro lado, descartar completamente la aplicación del Derecho marroquí designado por la norma de conflicto, y aplicar, en su lugar, el Derecho sustantivo español, conduce a resultados negativos. Pues bien: como ambas soluciones son negativas, el legislador español ha escogido “la solución menos perversa” (*the lesser of two evils ex*

³³⁷ Wardle, I.D., “*International Marriage Recognition: A World Dilemma*”, en G. Douglas (eds.), *Families Across Frontiers, The Hague*, 1996, p.p. 75-88.

³³⁸ Morris, J. H., “The recognition of polygamous marriages in English law”, *Harvard Law Review*, 1953, vol. 66, nº 6, p.p. 961-1012.

³³⁹ Castellanos Ruíz, M.J., “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de derecho transnacional*, ISSN-E 1989-4570, Vol. 10, nº 1, 218, p.p. 94-126.

malis eligere minima). Es el orden público internacional atenuado. El orden público sólo interviene en la medida necesaria para proteger a la sociedad española.

En el sentido indicado, tal y como lo señala la profesora Cervilla³⁴⁰, la argumentación de las resoluciones judiciales que deniegan el derecho a pensión de todas las viudas por razones de orden público puede ser refutada, aun cuando, efectivamente, la poligamia es contraria al orden público por discriminatoria. Y ello porque, también lo es el hecho de que las mujeres no puedan percibir viudedad y, de esta forma, quedar en situación de desamparo. En el caso de la poligamia, además, con el agravante de que es el varón el que puede decidir, en caso de reagrupamiento familiar, a cuál de las cónyuges le causaría este perjuicio, lo cual también supone un gravísimo atentado contra el principio de igualdad de trato y no discriminación constitucionalmente reconocido y que, por lo tanto, forma parte del orden público español.

Sin embargo, hay autores como Pérez Vaquero³⁴¹ que argumentan únicamente a favor de la protección frente a la no discriminación negando efectos a la poligamia.

Lo que resulta claro es que la sentencia del Tribunal Supremo ha provocado que sea imprescindible la necesidad de dar una solución legislativa a la cuestión analizada, sin provocar diferencias de trato en función del país de origen de las beneficiarias y protegiendo, tanto su ley personal, como su derecho a la dignidad y la igualdad.

³⁴⁰Cervilla Garzón, M.D., “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social” op. cit., p. 261.

³⁴¹ Pérez Vaquero, C., “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2015, p. 6.

A mayor abundamiento, se puede mencionar de forma muy breve el tratamiento de la cuestión precitada. Algunos autores, como Pérez Vaquero³⁴², ya han apuntado que en Francia, Portugal, Alemania y Bélgica se ha seguido un criterio similar al que se propone el Tribunal Supremo, por lo que parece que cuenta con cierto respaldo dentro de la Unión Europea que podría haber servido como aval al propio Tribunal Supremo para llegar a sus conclusiones.

8.-ANALISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE MADRID DE 4 DE FEBRERO DE 2019 RESPECTO A LA DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD POR MOTIVO DE LA POLIGAMIA

A pesar de las conclusiones recogidas en la anterior sentencia del Tribunal Supremo y la aceptación de la teoría de los efectos atenuados derivados de la poligamia como tal, no se puede terminar este trabajo de investigación sin hacer un breve apunte sobre la reciente sentencia de la Audiencia Nacional rechazando de pleno el efecto nuclear y no periférico de la poligamia, en este sentido la nacionalidad española por motivo de la poligamia.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 4 de febrero de 2019, fue dictada como respuesta al

³⁴² Pérez Vaquero, C., “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea”, op.cit., pp. 4 y ss indica que en Francia hay dos situaciones en las que la segunda viuda tiene derecho a pensión: marido extranjero que se casa válidamente con dos compatriotas de su misma nacionalidad en su país de origen, y marido extranjero que se casa en Francia con una compatriota de su misma nacionalidad y con otra en su país de origen. En Portugal existe un Convenio bilateral con el mismo criterio que en España, así como en Alemania y Bélgica. En este último, el autor señala la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2009 en el que se declara la constitucionalidad de su Convenio bilateral de Seguridad Social con Marruecos en lo referente al reparto de la pensión de viudedad en casos de poligamia, que también se establece con Argelia y Túnez (sobre el particular, también e. López Terrada y a. Martínez Pozuelo, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, op.cit., p. 308). Como excepción, en Italia se ha establecido de forma taxativa la limitación del cobro de la pensión de viudedad a un único cónyuge, vid. su Convenio de Seguridad Social con Túnez, de 7 de diciembre de 1984, art. 24.

recurso contencioso-administrativo, núm.1099/2017³⁴³, presentado por un ciudadano nacional de la República de Senegal, contra la Resolución del Ministerio de Justicia, de fecha 15 de junio de 2017, sobre denegación de la nacionalidad por residencia. En la fecha de 16 de diciembre de 2010 el ciudadano José Ramón presentó su solicitud de nacionalidad española por residencia. No obstante, en la fecha de 15/07/2015, la DGRN por delegación del Ministro de Justicia, no admitió la solicitud de nacionalidad por residencia.

El motivo de la denegación fue que el interesado presentó entre los documentos de la solicitud de la nacionalidad un certificado de matrimonio de la República de Senegal, en el que se consignaba que contrajo matrimonio en la ciudad de Diourbel en la fecha de 13/02/1993, declarando las dos esposas, "poligamia".

Contra la resolución denegatoria de la nacionalidad del Director General de los Registros y del Notariado, el interesado interpuso recurso de reposición en el 03/12/2015, aportando un nuevo certificado matrimonial, actualizado, legalizado y traducido, donde se hace constar que ha optado, junto a su esposa, por acogerse al régimen matrimonial de comunidad de bienes, realizando una declaración expresa por acogerse a la monogamia y renunciando a la poligamia.

Sin embargo, la DGRN desestimó el recurso de reposición con fecha 15 de junio de 2017, confirmando la resolución denegatoria de la nacionalidad. 29. Ante la confirmación de la denegación de la nacionalidad por la DGRN, el interesado presentó recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional, en la sentencia de 4 de febrero de 2019, desestimó el recurso contencioso-administrativo

³⁴³ ECLI: ES:AN:2019:465.

interpuesto contra la Resolución del Ministro de Justicia, confirmando la resolución de la DGRN.

El motivo principal de desestimar el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la Resolución denegatoria de la nacionalidad de la DGRN, es que el recurrente no cumple efectivamente el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española". Si bien, la Audiencia Nacional alude a otros fundamentos importantes, sustanciales y formales, que refutan las alegaciones del recurrente.

Según la Audiencia Nacional el requisito de suficiente grado de integración social

“[...]exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos [...]”.

En este punto, el recurrente no respeta el principio de "unidad del vínculo matrimonial" previsto en el Derecho español (art.46.2.CC), pues, el matrimonio monogámico es la única forma reconocida legalmente. Por lo tanto, si la administración pública detectase que el interesado está ligado por un vínculo matrimonial poligámico, aunque el solicitante de la nacionalidad cumpla con el resto de los requisitos administrativos y legales, su petición será denegada.

En el sentido indicado, la Audiencia Nacional confirma que la poligamia es una institución contraria al orden público español, tal como confirma diversas sentencias del Tribunal Supremo que declaran que «la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3.CC)».

Por eso, es ajustado a derecho que «la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no acredita un suficiente grado de integración en la sociedad española».

En conclusión, la Audiencia Nacional subraya que existen anteriores sentencias (Ss de 12 de junio de 2001, Rec.1105/2000 y 11 de junio de 2002, Rec.574/2001) que confirman «la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico». En este sentido, la SAN de 16/03/2018 (Sala de la contencioso-Administrativo, Sección 3ª) declara que: "...no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monógama, y además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal" .

En conclusión, el recurrente en el presente caso está ligado por un vínculo matrimonial poligámico y esto no demuestra una integración efectiva en la sociedad española. En consecuencia, la carencia de este requisito exigido por el art.22.4.CC imposibilita obtener la nacionalidad.

Por último, el ciudadano que obtiene la nacionalidad se convierte de un Estado miembro a ser Ciudadano de la Unión Europea «con los derechos reconocidos en las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía de la Unión, artículos 9 a

12 del Tratado de la Unión Europea (TUE), artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y capítulo V de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». En resumen, el solicitante polígamo no podrá obtener la nacionalidad española, dado que la nacionalidad constituye la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, y el polígamo no satisface el nivel de integración exigido para los solicitantes de la nacionalidad.

En el sentido señalado, el prof. Hani Al Rached³⁴⁴, realiza un estudio exhaustivo e indica que la mencionada sentencia coincide con otras sentencias anteriores dictadas por el Tribunal Supremo en las que se deniega la concesión de la nacionalidad por residencia a los sujetos que están ligados por un matrimonio poligámico, (y aún sin estarlo, cuando no conste la renuncia a la opción por la poligamia).

El motivo de la denegación es el mismo, esto es, "insuficiente grado de integración en la sociedad española". El polígamo no satisface el nivel mínimo exigido de integración para los solicitantes de la nacionalidad, y por lo tanto su solicitud será denegada. El concepto de "suficiente grado de integración en la sociedad española" no deriva sólo del idioma y el desarrollo de actividades laborales por el solicitante, sino exige del solicitante una convivencia con los principios y valores sociales y culturales, y así, respetar las normas y leyes del Estado que solicita su nacionalidad, entre sí, el principio de la unidad del vínculo matrimonial.

³⁴⁴ Al Rached, H., Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 841-858 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5636>.

La nacionalidad constituye la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, tal como deciden los tribunales españoles en diversas sentencias³⁴⁵. Por eso, si el ciudadano extranjero no renuncia a la poligamia antes de presentar su solicitud, esto puede entenderse como un elemento indicador de la ausencia de voluntad de integración en la sociedad. En este ámbito, la adquisición de la nacionalidad no se puede comparar con la concesión de los derechos sociales y económicos confirmados por los tribunales en diversas sentencias, como la pensión de la viudedad. La adquisición de la nacionalidad tiene el carácter político de la soberanía del Estado, la cual implica una serie de derechos y responsabilidades relevantes, como por ejemplo acceder a los cargos públicos y la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente.

Un análisis de las sentencias de los tribunales destaca que adoptan respecto a los efectos generados del matrimonio poligámico una doctrina selectiva y estricta. Es decir, en los juicios vinculados con efectos producidos del matrimonio poligámico y solicitados por la esposa, como ocurre en caso de la pensión de la viudedad, la tendencia jurisdiccional es tolerante y respalda a los derechos de la mujer y los hijos del polígamo. Mientras que, en caso del esposo polígamo, la perspectiva administrativa y jurisdiccional es estricta y sancionadora.

Dado que, el marido polígamo viola las normas del orden público y por ende comete un delito castigado por el Código penal. Por lo tanto, no puede beneficiar en cualquier caso de un sistema contraria al orden público internacional español, sino al contrario, debería

³⁴⁵ Valverde Martínez; M.J., Carrascosa González.J, "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España, El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.10, nº2, 2018, p.720.

asumir todas las consecuencias negativas de su acto ilícito, esto es, la denegación de su solicitud de la nacionalidad. 58. Ciertamente la poligamia constituye un reto y una carga ante los ordenamientos occidentales, con el aumento de las reclamaciones judiciales de derechos vinculados con el matrimonio poligámico.

Ahora bien, la tendencia hacia una interpretación más flexible y razonable del orden público representa una necesidad que los ordenamientos europeos no pueden ignorar, siempre que el caso se vincula con la viuda, la esposa y los hijos del polígamo, sujetos de una institución que, aun siendo efectivamente contraria al orden público, no siempre genera efectos que contravengan los principios fundamentales del foro. En esta materia las autoridades judiciales podrían acudir a los Convenios de Derecho Humanos y los Tratados internacionales, ratificados por todos los Estados europeos, para garantizar la protección jurídica y económica de la mujer del polígamo.

A pesar de lo mencionado, la posición de los tribunales europeos, incluidos los españoles, respecto a los efectos derivados del casamiento poligámico aún no está clara y determinante, no hay unanimidad judicial en las cuestiones relacionadas con el matrimonio poligámico. Habrá que esperar las futuras decisiones de los tribunales, esto es, para conocer criterios comunes de aplicación.

Por ello, la cohesión de la multiculturalidad sólo podrá fundarse en un esfuerzo permanente contra las más diversas formas de exclusión social y en el reconocimiento del pluralismo de los individuos que caracteriza a nuestras sociedades³⁴⁶, aceptando no sólo su derecho a construir sus identidades en el ámbito privado, sino también en el espacio. No

³⁴⁶ Van Loon, H., "The accommodation of religious laws in corr-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law, Cuadernos de derecho Transnacionak , ISS-e 1989-4570, Vol. 2, nº 1, 2010, p.p-. 261-267.

querer ver lo mencionado puede acabar generando políticas de homogeneización forzada que provoque formas de radicalización de los grupos a los que se deniega el reconocimiento de su identidad particular³⁴⁷.

CAPITULO IV.

TRIBUNALES ARBITRALES DE LA SHARIA

En este apartado se analizará la figura de los Tribunales Arbitrales de la *sharia* como sistema de resolución de conflictos de tipo islámico principalmente en materia de familia. Así, se puede plantear los siguientes interrogantes: ¿Es posible que la *sharia* se aplique en los Estados occidentales en virtud de la libertad religiosa que se concede a las personas físicas en los ordenamientos jurídicos occidentales? Partimos, por tanto, de conceptos, de categorías como ordenamiento jurídico y libertad religiosa, tal como son entendidas en Occidente, y que tal vez desde la perspectiva islámica sean impropias.

La creación en Amberes (Bélgica) de un tribunal islámico por iniciativa parte del grupo musulmán *Sharia4Belgium* llevó incluso a las pregunta escrita parlamentaria europea E009450/2011 de 20 de octubre de 2011 sobre la institución de un tribunal islámico en Amberes basado en la ley de la *sharia* para litigios en materia de derecho de familia y su posible violación de la Carta de los derechos fundamentales³⁴⁸.

Dicha pregunta tuvo su respuesta el 5 de diciembre de 2011 por la representante de la Comisión, la Comisaria V. Reding³⁴⁹, afirmando la Comisión que en este caso esta

³⁴⁷Belloso Martín, N. y De Julios Campuzano, A., “Hacia un paradigma cosmopolita del derecho. Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos”, Dykinson, Madrid, 2008, p.p. 15-131.

³⁴⁸ DOC 168 E DE 14/6/2012.

³⁴⁹Traducción propia de la respuesta parlamentaria puesto que el idioma origen de la respuesta es inglés: “Tanto la libertad de religión como la igualdad entre mujeres y hombres son derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según

situación no implica actos de un Estado miembro en el curso de la aplicación de la legislación de la Unión Europea. Así la Comisión evita pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones consultadas.

Supuestamente, la creación de este tipo de tribunales tendría, como objetivo último trazado con ello, generar un sistema de resolución de controversias de tipo islámico para resolver los litigios, precisamente, en materia de familia: matrimonio, divorcio, custodia y manutención de los hijos, así como, cuestiones hereditarias. Su funcionamiento no depende de la nacionalidad de los particulares, sino de su confesión religiosa. Ésta es la realidad del S.XXI en la que ya no es correcto hablar del islam y Europa sino del islam en Europa.

Esta realidad constituye el caldo de cultivo para el planteamiento de los ya denominados, por la Profesora Borrás, conflictos ocultos³⁵⁰. Las relaciones privadas que se desarrollan en el ámbito familiar y más en especial, en el ámbito matrimonial no presentan, en principio, un carácter internacional.

Sus protagonistas ya han adquirido la nacionalidad del país de recepción, incluso ya han nacido con ella e incluso su residencia habitual está fijada en el país del cual son

el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros solo cuando aplican la legislación de la Unión. Sin embargo, la situación concreta a la que se refieren Sus Señorías no parece implicar actos de un Estado miembro en el curso de la aplicación de la legislación de la Unión Europea. La Comisión ha expresado reiteradamente su preocupación por todo tipo de abusos y violencia contra niños y mujeres. La Comisión también ha financiado una docena de proyectos bajo el "Programa Daphne" desde su creación en 1997, con el objetivo de prevenir la violencia y el abuso de niños y mujeres en la Unión Europea. Con respecto al tema general de la *sharia*, la Comisión recuerda que la *sharia* es un concepto general que abarca varios aspectos legales y es objeto de diversas interpretaciones tanto en los países donde se aplica como entre los especialistas. La Comisión remite a Su Señoría a sus respuestas a las preguntas escritas E - 1463/2011 (2), E - 7763/2011 (3) y E - 8433/2011 (4). Además, como ya se indicó en su respuesta a la pregunta escrita E - 5271/2011 (5), la Comisión advierte enérgicamente contra la estigmatización de las comunidades religiosas o étnicas".

³⁵⁰Borrás, A., "*Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*" en *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V, pp. 145 a 368; ID., "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en VV.AA., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, p. 163 a 198; ID. "Europa entre la integración la multiculturalidad" en Combalía Z., Diago Diago M^a.P. y González-Varas A. (Coord.) *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid 2011 p.p. 23 -43.

nacionales, sin embargo, su identidad religiosa y su voluntaria sumisión a normas propias de Derecho islámico, pone en jaque el sistema jurídico estatal. Como indica A. Borrás³⁵¹, en estos conflictos la heterogeneidad no se deriva de la presencia de elementos de extranjería, de ahí que sean invisibles. En los casos objeto de análisis en este estudio, la heterogeneidad se filtra a través de la pertenencia, a una determinada confesión religiosa.

1. SISTEMA MUSULMAN EN MATERIA DE MATRIMONIO EN EL SAHARA. LEY DE 19 DE ABRIL DE 1961 SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROVINCIA DEL SAHARA.

Respecto de ellos, la justicia puramente formal de Derecho Internacional Privado clásico no ofrece soluciones. El respeto al sistema musulmán en materia de matrimonio y divorcio alcanzó, hace escasamente cincuenta años, su máxima expresión jurídica cuando el Sahara era una provincia española y sus habitantes eran nacionales españoles. Entonces tuvo lugar un acontecimiento jurídico que no resulta muy conocido en la actualidad pero que afectó directamente al Derecho Internacional Privado español y también a su dimensión interna y que en una valoración prospectiva puede calificarse de “revolucionario”.

Esto es, la incorporación del Derecho musulmán al ordenamiento jurídico español mediante la Ley de 19 de abril de 1961 sobre la organización del régimen jurídico de la provincia del Sahara³⁵² reconocía con sorprendente “modernidad” la incuestionable singularidad de los diversos factores físicos y humanos que presentaba la provincia española del Sahara y que determinaban un “especial modo de vivir” de sus habitantes.

³⁵¹Borrás, A., “*Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*” en *Recueil des Cours*, vol. 249, 1994, p. 45.

³⁵² BOE nº 287 de 21 de abril de 1961.

Desde estos postulados se proyecta una administración que, como literalmente señala la Ley, no puede perder de vista ninguno de estos factores y que ha de tener como objetivo principal una singularidad de trato de los problemas específicos que la Provincia plantea. Como consecuencia de todo ello, el artículo séptimo de la Ley reconoce a los musulmanes su derecho a practicar su religión islámica, así como sus usos y costumbres tradicionales. El artículo quinto, por su parte, preceptúa el mantenimiento de la tradicional justicia coránica. Así pues, los Tribunales Cheránicos aplicaban el Derecho musulmán y los Tribunales de Costumbres aplicaban el Derecho consuetudinario.

El procedimiento que se seguía para sustanciar los asuntos ante cada uno de los Tribunales, era el establecido por el Derecho musulmán en los Tribunales Cheránicos y el establecido por el Derecho consuetudinario en los Tribunales de Costumbres, tal y como establecía el artículo vigésimo noveno del Decreto 3160/1963 sobre organización y régimen jurídico de la provincia del Sahara³⁵³. Todo ello con la prescripción de la ley de 1961 de que la organización judicial se adaptaba a la general española (artículo quinto).

El modo de proceder para lograr dicha adaptación venía dado por un sistema de homologación. Las resoluciones de los Tribunales Cheránicos y de los Tribunales de Costumbres debían ser homologadas por el Juez Territorial que podría suspender la ejecución de las contrarias al orden y la convivencia humana. Con la normativa creada se continuaba la política española seguida respecto de la justicia indígena en la época del protectorado español en Marruecos.

Esto es, durante esa etapa convivieron, legalmente reconocidos, dos estatutos personales diferentes de españoles: el estatuto personal canónico y el estatuto personal

³⁵³ Decreto 3160/1963 *BOE* nº 287, de 30 de noviembre de 1963.

coránico reservado a los saharauis que profesaban la religión islámica. Por tanto, figuras que hoy describimos e identificamos sin mayor reflexión, como ajenas a nuestra cultura occidental, tales como el repudio o la poligamia, fueron reconocidas en España y practicadas legalmente en suelo español.

Es más, como ya se acaba de ver el Derecho musulmán formó parte del ordenamiento jurídico español. Como bien señaló Ortiz de la Torre³⁵⁴ durante este tiempo el ordenamiento español se nutría de preceptos emanados del legislador en materia no religiosa, de normas de fuente canónica y, tras la mencionada ley de 19 de abril de 1961, de preceptos procedentes del Derecho musulmán.

Pues bien, el sistema no estaba preparado para los problemas que pudieran surgir de esta pluralidad legislativa, en concreto, en materia de matrimonio y divorcio y en seguida saldría a la luz problemas de orden público y de disparidad de trato, no sólo entre españoles sino entre españoles y extranjeros. La solución de los conflictos interpersonales debía ajustarse a las propias soluciones de Derecho Internacional Privado, y el desajuste ocasionó una importante perturbación del sistema que, como se va a mostrar, contribuyó a la evolución del propio Derecho matrimonial que ya, por entonces, entraba en crisis.

La postura de los ordenamientos jurídicos europeos hacia la denominada adecuación procesal de raíz islámica está siendo objeto de atención por los medios de comunicación europeos que se hacen eco de los intentos formales y *de facto* de implementación de la *sharia* como ley personal aplicable tanto de forma sustantiva como

³⁵⁴ Ortiz de la Torre, “Derecho internacional privado, parte general” Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM, 1990. p.p. 3-48.

procesal en la solución de conflictos de comunidades musulmanas en creciente expansión que reclaman la autonomía plena en la resolución de sus controversias arguyendo que su identidad religiosa propia es base suficiente para ello en un contexto cada vez más multicultural de Europa occidental.

Ante la presión de esta demanda confesional, cuya naturaleza es fundamentalmente musulmana, los estados europeos de las democracias más avanzadas han tratado de buscar cauces legales para acomodar la legitimidad de dicha pretensión en el contexto jurídico general de mantenimiento de los principios y valores que fundamentan el orden público tal y como lo entendemos en Occidente.

Sin embargo, los cauces utilizados, aun siendo expedientes de utilidad, realmente no han satisfecho plenamente las pretensiones de un importante sector de población de credo musulmán que continúa reclamando la plena vigencia de la *sharia* como ley personal e interpersonal en aquellos espacios donde haya suficientes fieles convencidos de la necesidad de implementar esta pretensión³⁵⁵.

Buena prueba de ello es la articulación legal de políticas de mediación intercultural y el aliento público, sobre todo en el ámbito municipal de la figura de los mediadores interculturales cuya actividad se encuentra a caballo entre el ámbito de actuación de los graduados sociales y los mediadores civiles *stricto sensu*.

Ciertamente, la mediación intercultural puede ser un instrumento de integración, pero no deja de plantear serios inconvenientes precisamente porque su naturaleza convencional evidencia el profundo escepticismo que domina esta institución en cuanto a

³⁵⁵ Urruela Arnal, I. y Bolaños Cartujo, I., “Mediación en una comunidad intercultural” en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22. 2012, pp.119-126.

la posibilidad intercultural, tal y como se está haciendo en países de nuestro entorno inmediato, genera una profunda inquietud tanto desde una perspectiva estrictamente procesal como desde un enfoque amplio centrado en preservar el orden público y la seguridad nacional.

2. LA LLAMADA “INTERLEGALIDAD PROCESAL” COMO SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS LEYES PERSONALES DE CARÁCTER CONFESIONAL.

La preocupante privatización de la justicia sobre bases distintas a las que hemos conocido hasta ahora ha conducido, entre otros aspectos, a promocionar procesos de la llamada “interlegalidad procesal” con pretensión de encajar sistemas de solución de controversias basados en la aplicación de leyes personales de carácter confesional. Esto es lo que sucede en aquellos estados europeos que han abierto las puertas a la aplicación de la *sharia* por la vía del arbitraje privado. Al mismo tiempo, el recurso a intentos como la mediación intercultural parece que tampoco ha servido de mucho para fomentar la integración social y preservar la seguridad y el orden público de aquellos territorios donde se ha implementado.

A todas luces se hace necesario reflexionar urgentemente sobre la conveniencia de seguir explotando estas vías alternativas de solución de controversias en lugar de dirigir el foco de atención al fortalecimiento de aquellos elementos de derecho público, como las Fuerzas Armadas, las instituciones policiales y el proceso jurisdiccional, que contribuyen a garantizar el acervo de derechos y libertades que, junto al elemental deber de sujeción al ordenamiento jurídico vigente, constituyen elementos irrenunciables del orden público.

Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, dictada el 13 de febrero de 2003:

“[...]sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, since principles such as pluralism in the political sphere and the constant evolution of public freedoms have no place in it and a regime based on sharia clearly diverges from Convention values[...]”³⁵⁶.

Por lo tanto, cualquier Estado que trate de promover una especie de “interlegalidad procesal” en la cual se autorice que parte de sus ciudadanos queden legalmente constreñidos por decisiones que supongan la efectiva aplicación de la *sharia* cuando sus disposiciones entren en contradicción con el orden público protegido por la ley se desliza por una peligrosa pendiente resbaladiza, que corroe el orden público existente y abre un margen de inseguridad jurídica de consecuencias imprevisibles. En el sentido indicado, se analizarán dos sentencias, una del TEDH y otra del TJUE en relación a la aplicación de la *sharia* islámica en Europa.

3.BREVE REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LA SHARIA ISLÁMICA EN EUROPA: ANÁLISIS DEL ASUNTO MOLLA SALI, TEDH DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018 Y ASUNTO SOHA SAHYOUNI CONTRA RAJA MAMISCH, TJUE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017

3.1. ASUNTO MOLLA SALI, TEDH DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018

La primera de las sentencias a analizar es la que se dictó por el TEDH referente al asunto *Molla Salli* y en relación a la aplicación de la *sharia* islámica en Europa. Realizando

³⁵⁶ Sentencia TEDH, *Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98*), RI §400629).

una aproximación histórica al asunto a analizar, la recepción en Grecia del sistema de millet del Imperio Otomano, (el Imperio Otomano se sirvió del denominado “sistema del millet” para organizar y gobernar a los súbditos no musulmanes que vivían en sus vastos territorios.

De acuerdo con este sistema, cada una de las comunidades religiosas con reconocimiento oficial dentro del estado otomano recibía el nombre de millet, y de este modo se le otorgaba cierta autonomía, se le garantizaba la continuidad religiosa y cultural y se le permitía incorporarse al sistema político y económico)³⁵⁷ a través de una serie de Tratados internacionales de finales del siglo XIX y principios del XX explica la subsistencia en la región de Tracia de tribunales islámicos cuyas decisiones, que recaen en materias de matrimonio y familia, son reconocidas y ejecutadas por los tribunales griegos.

A su jurisdicción se someten los musulmanes que residan en esa zona del oeste de Grecia. Tal situación constituye el único caso de aplicación directa de la *sharia* islámica en Europa³⁵⁸. En este sentido se va a analizar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia *Molla Sali* de 19 de diciembre de 2018³⁵⁹, teniendo especialmente en cuenta cómo afecta a los derechos fundamentales de la mujer y de los hijos menores de edad, y en el marco de la compatibilidad del estatuto personal con la Constitución griega y las convenciones internacionales suscritas por este país.

³⁵⁷ Karpat, K., “*Millet and Nationality: The Root of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era*”, en *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society*, ed. Benjamin Braude y Bernard Lewis, 2 vols. (Nueva York-Londres: Holmes & Meier, 1982), I, p. 142.

³⁵⁸ Sezgin, Y., “*Reforming Muslim Family Laws in Non-Muslim Democracies*” en: “Islam, Gender and Democracy in Comparative Perspective” (eds. J. Cesary-J. Casanova), Oxford U. P., Oxford, 2017, p.p. 160-187.

³⁵⁹ STEDH *Molla Sali vs Grecia*, 19 de diciembre de 2008, 20452/14.

Los razonamientos jurídicos del Tribunal de Estrasburgo son un instrumento de relevancia a fin de enjuiciar la posible recepción del Derecho islámico en el marco de los principios y valores de los ordenamientos europeos.

El caso de la Gran sala *Molla Sali* c. Grecia, dictada por el TEDH el 19 de diciembre de 2018 en el que se dilucida la aplicación de la normativa religiosa en la resolución de conflictos familiares y de sucesiones. En este caso, la demandante alega una vulneración del art. 6 (derecho a un proceso equitativo) 1 del Convenio, tomado en sí mismo y en conexión con el art. 14 (prohibición de discriminación) y el art. 1 (protección de la propiedad) del Protocolo nº 1, en un contexto de derechos sucesorios sobre los bienes de su marido fallecido.

El causante era miembro de la comunidad musulmana de Tracia y su disposición testamentaria atribuía el entero caudal hereditario en favor de la mujer (Código Civil griego), Chatitze *Molla Sali*³⁶⁰. Pero esta atribución fue impugnada por las hermanas del finado, que pretendían su sumisión a la jurisdicción específica de la minoría musulmana, la sharia, y al muftí (un funcionario, en Derecho griego).

El Tribunal de Casación, primero, y luego el de Apelación (en un segundo examen) determinaron que el testamento no tenía valor y que la sucesión debía someterse al derecho

³⁶⁰ Téngase en cuenta que “en Derecho islámico los herederos se dividen en dos grupos: los que tienen una cuota o parte fija de la herencia establecida por la ley, variando según concurran o no con otros herederos -herederos *fard-*, y los herederos *asab*, que tiene derecho a la sucesión si resta algo de la herencia después del reparto de las cuotas fijas a los *fard*. (...). Son herederos *fard* o con derecho a cuota fija el padre y la madre del difunto, el cónyuge supérstite, la hija, la hermana y el hermano uterino, la prima carnal y la hermana consanguínea. Pero su derecho, así como el porcentaje que le corresponde, varía en función de la presencia de otros herederos. Esto da lugar a una ingente casuística, en cuya resolución de los casos prácticos no siempre coinciden las distintas escuelas”. Motilla, A., *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*.

estatutario del nacional musulmán. *Molla Sali* consideraba que había sido discriminada, por razón de su religión (art. 9, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

La Gran Sala enfoca el problema en torno a la discriminación, en la aplicación del Derecho sucesorio, de este modo:

“[...]whether there was a difference in treatment potentially amounting to discrimination as compared with the application of the law of succession, as laid down in the Civil Code, to those seeking to benefit from a will as drawn up by a testator who was not of Muslim faith» (§ 86, además ver § 122)[...]”.

Esto es, lo que el Tribunal tiene que dilucidar es si se ha producido discriminación, a partir de la interpretación del artículo 14 del Convenio, en relación con el art. 1 del Protocolo n.º 1. La sentencia señaló que constituye una discriminación la diferencia de trato sufrido por la demandante como beneficiaria de un testamento realizado según el Código Civil por un otorgante de confesión musulmana comparado con un otorgante no musulmán, lo que no tiene justificación objetiva ni razonable.

Recuerda la sentencia que Grecia es el único país en Europa que aplicaba la *sharia* a una parte de sus ciudadanos contra su voluntad y avala a la demandante que se ha encontrado con una situación que no querían ni ella ni su marido. El fallo destacó que desde enero de 2018 Grecia abolió el régimen que imponía la *sharia* para solucionar asuntos familiares de su minoría musulmana. Tras la pertinente depuración del problema y de los elementos que permiten juzgarlo, la conclusión del Tribunal es que ha habido discriminación, por causa de la religión del testador:

“[...] the applicant, as the beneficiary of a will made in accordance with the Civil Code by a testator of Muslim faith, was in a relevantly similar situation to that of a

beneficiary of a will made in accordance with the Civil Code by a non-Muslim testator, and was treated differently on the basis of «other status», namely the testator's religion [...]”.

Ahora bien, ¿esta diferencia de trato, con base religiosa, está justificada? La respuesta del Tribunal es la de que no existe una justificación objetiva y razonable para esta diferencia de trato de la testadora (§ 161), y sentencia de modo unánime la violación del art. 14 del Convenio, en relación con el art. 1 del Protocolo nº 1 del Convenio.

El TEDH al final acepta la aplicación de la *sharia* en Europa en ciertas condiciones, aprobando que el recurso a la *sharia* fuera opcional³⁶¹. El tribunal estima que un Estado puede, si así lo desea, “crear un cuadro jurídico determinado para acordar a las minorías religiosas un estatuto especial que implique privilegios particulares. Esto es, que un Estado europeo puede conceder a su comunidad musulmana la libertad de regirse por las leyes de la *sharia* sin que esto contravenga la Convención Europea de Derechos Humanos.

Pero, ¿qué condiciones establece dicha sentencia? El respeto a la voluntad de los interesados y los intereses públicos importantes. En relación a la primera condición, el Tribunal habla del derecho a la libre identificación, esto es, nadie puede obligarme a ser considerado miembro de una comunidad determinada.

Esto significa que la *sharia* sólo puede aplicarse sobre alguien que previamente lo ha aceptado. Asimismo, el Tribunal recoge que cualquiera puede renunciar a ciertos derechos por motivos religiosos con el único límite de aquel impreciso “interés público importante” que el tribunal ni lo define ni lo aclara. Por ello, pudiera ser previsible la

³⁶¹ Motilla, A., “La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico”. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino, Comares, Granada, 2018, p. 31.

creciente aplicación de la *sharia* entre los musulmanes que viven en Europa y que así lo deseen, en detrimento de la aplicación del Derecho común³⁶² .

Esto pone sobre la mesa la cuestión de armonizar la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, en asuntos, por ejemplo, de sacrificio ritual de animales, vestimentas de connotación religiosa respecto a la eficacia en países europeos de normas de Derecho de familia de origen religioso, o no discriminación religiosa en el ámbito laboral. De hecho, los pronunciamientos de una y otra procedencia tienen reflejo y acogida expresa, por parte del otro órgano jurisdiccional supranacional.

3.2.-ASUNTO SOHA SAHYOUNI CONTRA RAJA MAMISCH, TJUE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017

En el sentido mencionado se va a realizar una comparativa entre la mencionada sentencia del TEDH (Gran sala), Molla Sali c. Grecia, 19 de diciembre de 2018 y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera), 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Soha Sahyouni contra Raja Mamisch³⁶³. Mencionada sentencia versa sobre los llamados divorcios privados y la aplicación del Derecho europeo en materia de reconocimiento sustantivo (*révision au fond*) y su interrelación con el sector de la ley aplicable.

En esta sentencia el TJUE, en relación a la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados declarados por autoridades públicas de otros Estados (ya sean

³⁶² Valero Estarellas, M.J., “Autonomía de las confesiones religiosas, neutralidad del Estado y prohibición de arbitrariedad, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, n.º 49, enero 2019, p. 55.

³⁶³ EU:C:2017:988.

autoridades religiosas o no), los ha relegado a los regímenes internos de los Estados Miembros con el alto riesgo de divergencia de soluciones que ello puede acarrear.

Por otra parte, la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados europeos dependerá de si la actuación de la autoridad competente se puede considerar constitutiva o declarativa. La distinción entre una y otra categoría queda, sin embargo, sin dilucidar. El caso planteado en la resolución viene como consecuencia de una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania (*Oberlandesgericht München*), sobre la interpretación del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹ (en adelante, Reglamento Roma III).

Los hechos que dieron lugar al litigio se remontan al 27 de mayo de 1999, fecha en la que el Sr. Mamisch y la Sra. Sahyouni contrajeron matrimonio en Siria. Tras varios años de convivencia en común en varios países (Alemania, Siria, Kuwait y el Líbano), el Sr. Mamisch decidió divorciarse de su esposa, a través de un representante que pronunció la fórmula de divorcio ante un tribunal religioso de la *sharia* en Siria en mayo de 2013.

Dicho proceso culminó en la declaración del divorcio por parte de dicho tribunal. Tras ello, la Sra. Sahyouni firmó una declaración relativa a la compensación que le correspondía recibir del Sr. Mamisch. En octubre del mismo año, el Sr. Mamisch solicitó en Alemania el reconocimiento de la decisión dictada por el tribunal religioso sirio, en la que se daba fe del divorcio privado.

El órgano competente en este asunto, el *Oberlandesgericht* de Múnich estimó la solicitud. Sin embargo, la Sra. Sahyouni pidió que se anulara la resolución del Presidente

del *Oberlandesgericht* de Múnich, por entender que no se cumplían los requisitos para reconocer la resolución del tribunal religioso sirio.

En abril de 2014, el mismo órgano, esto es, el *Oberlandesgericht* de Múnich desestimó la solicitud de la Sra. Sahyouni, indicando que para pronunciarse sobre el reconocimiento de la resolución dictada por el tribunal religioso sirio era necesario comprobar si la ley aplicable al divorcio había sido respetada, de ahí que aplicara el Reglamento Roma III.

Dicho reconocimiento se otorgó tras la aplicación del mencionado Reglamento y la determinación de que la ley aplicable era la siria, así como la falta de oposición de las consideraciones de orden público de dicho instrumento (el Reglamento Roma III) con los divorcios privados.

La Sra. Sahyouni volvió a recurrir. Conforme al Derecho procesal alemán, el órgano que debe decidir en este tipo de asuntos sobre un recurso contra la resolución del Presidente del *Oberlandesgericht* de Múnich es el propio *Oberlandesgericht* de Múnich, sin su Presidente. Así pues, este órgano decidió suspender el procedimiento y dirigirse al TJUE. Respecto al contenido de las cuestiones y la respuesta del TJUE, las mismas versaban, en resumen, sobre la aplicabilidad del Reglamento Roma III al asunto descrito.

El TJUE respondió mediante un auto declarándose incompetente, señalando que el asunto no planteaba un problema de ley aplicable, sino de reconocimiento de una resolución proveniente de un tercer Estado, para el cual no existe normativa procedente de la Unión Europea. Vista la respuesta por parte del TJUE, el *Oberlandesgericht* de Múnich volvió a plantear sus cuestiones prejudiciales, con una motivación más clara esta vez.

Dicho procedimiento prejudicial es el que culminó con la Sentencia objeto del presente comentario. El *Oberlandesgericht* de Múnich pregunta al TJUE si el Reglamento Roma III se puede utilizar para determinar la ley aplicable a un divorcio privado pronunciado ante un tribunal religioso de la *sharia* en Siria, en el marco de un proceso de reconocimiento “sustantivo”. El órgano alemán remitente, además de preguntar por el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma III prosigue con la cuestión de si el art. 10 de dicho Reglamento es aplicable en el contexto del examen de los requisitos para otorgar un reconocimiento “sustantivo”.

Asimismo, prosigue el *Oberlandesgericht* de Múnich preguntando si la discriminación a la que se refiere el art. 10 del Reglamento Roma III ha de ser considerada en abstracto o si la discriminación debe materializarse en el caso concreto. Y pone como ejemplo de no discriminación en concreto el hecho de que el cónyuge discriminado haya aprobado el divorcio a través de la aceptación de una compensación económica.

Este supuesto es el que se plantea en el asunto presentado ante el TJUE los divorcios privados meramente visados por autoridades públicas extranjeras. Mediante la Sentencia dictada en el asunto *Sahyouni II*, el TJUE finalmente dio respuesta a la cuestión prejudicial que desde un principio (*Sahyouni I*) planteó el órgano remitente (el *Oberlandesgericht* de Múnich): si el Reglamento Roma III determina la ley aplicable para el reconocimiento sustantivo (‘révision au fond’) de un divorcio privado meramente visado por una autoridad de un país tercero.

El TJUE, en la Sentencia del asunto *Sahyouni II* indicó que el Reglamento Roma III no se aplica a los divorcios privados sin participación constitutiva de una autoridad pública, independientemente de si el divorcio aconteció en un Estado Miembro de la Unión Europea o no.

Así, el TJUE señala que el tenor literal del art. 112 del Reglamento Roma III (sobre el ámbito de aplicación del Reglamento) no proporciona ninguna guía para dilucidar la cuestión. Asimismo, el TJUE se refiere al contexto en el que se inscribe el mencionado precepto. En este sentido, alude a las referencias en el Reglamento sobre la intervención de un “órgano jurisdiccional” y a la existencia de un “procedimiento”; referencias que pondrían de manifiesto que el Reglamento tiene por objeto exclusivamente los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta.

Prosigue el Tribunal señalando la necesidad de que el ámbito de aplicación material y el articulado del Reglamento Roma III sean coherentes con los del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental³⁶⁴ (Reglamento Bruselas II bis).

Los argumentos aducidos por el TJUE en la Sentencia objeto del presente comentario no parecen contundentes cuando se refiere a expresiones “órgano jurisdiccional” o “procedimiento” en el Reglamento examinado llevan al Tribunal a concluir que el objeto del Reglamento son los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal, o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta para excluir la aplicación del Reglamento, pero también impregna un grado de seguridad jurídica a la hora de establecer requisitos mínimos a la hora de su aplicación.

Visto el procedimiento, se podría entender que el asunto versa sobre los divorcios islámicos dictados en terceros países, pero pudiera poner en tela de juicio los divorcios

³⁶⁴ DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

privados que algunos estados miembros están introduciendo en sus ordenamientos jurídicos (por ejemplo, España, Francia, Grecia).

Así, de los párrafos 45 y 47 de la Sentencia se desprende que los divorcios privados con efecto constitutivo (aquellos en los que las autoridades públicas comprueban la legalidad del acto de divorcio de la misma manera en que lo haría un juez) quedan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III; mientras que los divorcios con efecto declarativo (aquellos en los que las autoridades públicas se limitan a dar fe de la voluntad de los cónyuges) quedarían fuera del ámbito de aplicación de dicho instrumento.

Nótese que en el Considerando 47, al aludir a los divorcios privados que se están introduciendo en los ordenamientos de ciertos países de la Unión, el TJUE señala que la incorporación de estos divorcios al ámbito de aplicación del Reglamento Roma III exigiría ciertas adaptaciones. Al mismo tiempo, en el párrafo 45 de la Sentencia el TJUE entiende incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento aquellos divorcios en que la intervención de la autoridad pública se equipara a las funciones de los órganos jurisdiccionales estatales.

Por ende, el TJUE parece excluir los divorcios privados con efecto declarativo del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III. Pero todo ello suscita una importante cuestión que el TJUE no ha aclarado en su Sentencia: ¿cómo diferenciar en la práctica un divorcio privado con efecto constitutivo de un divorcio privado con efecto declarativo?

En concreto, ¿se podría considerar que existe efecto constitutivo si concurre la obligación de registrar el divorcio por parte de la autoridad competente para dicho registro, si dicha autoridad no efectúa un control sustantivo? ¿Sería suficiente para establecer el

efecto constitutivo llevar a cabo un control del acuerdo entre las partes o también se requiere analizar que el contenido de los términos del divorcio sea justo para ambas partes?

A la vista de la respuesta del TJUE el Reglamento Roma III era la de aplicar la ley de la nacionalidad común efectiva, que en el presente asunto era la siria, esas normas nacionales “reactivadas” también apuntaban a la ley de la nacionalidad común, pero dando prevalencia a la alemana en caso de que ésta concurra con cualquier otra en ambos cónyuges (como es el caso en este asunto). En consecuencia, el órgano judicial decisor aplicó la ley alemana como ley rectora del divorcio (recuérdese que Alemania se rige por un reconocimiento sustantivo). Dado que las normas alemanas que regulan el divorcio no contemplan los divorcios privados, el *Oberlandesgericht* de Múnich no reconoció el divorcio dictado.

Sobre este aspecto, el profesor Santiago Álvarez³⁶⁵ analizando dicha sentencia señala que el Tribunal comienza recordando que Reglamento Roma III no se aplica al reconocimiento de una resolución de divorcio dictada en un Estado tercero.

Pero también señala que es una verdad con matices, manifestando que según la doctrina del propio Tribunal, existe un interés manifiesto de la UE en que toda disposición de Derecho de la Unión reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse; incluso cuando el Derecho nacional de un EM se remite a una norma de Derecho de la Unión para su aplicación «a una situación *puramente interna*»; incluso cuando los hechos de un procedimiento principal estén fuera del ámbito

³⁶⁵Alvarez, S., “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017”, REDI, 2018, núm. 35.

de aplicación de tal norma que sólo es aplicable por remisión (libre) de las disposiciones del Derecho nacional.

En especial, se impone también la interpretación del Derecho de la UE incluso en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho Derecho, cuando aquél haya sido llamado «*directa e incondicionalmente*» por el Derecho nacional.

Así, es el legislador alemán el que se ata (libremente) a Roma III con todas sus consecuencias, mediante su decisión de sustituir sus normas de conflicto autónomas por una remisión al Reglamento. Como consecuencia de ello renuncia a su exclusividad sobre el alcance e interpretación de su Derecho internacional privado autónomo vinculándose a lo que diga el Tribunal, siendo el Tribunal el que afirma que el Reglamento en sí mismo considerado no se aplicaría al reconocimiento de divorcios pronunciados en terceros Estados, los divorcios privados no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de Roma III.

Según opinión del citado autor, en materias que no están comprendidas por el Derecho de la Unión, aquellas sobre las que sigue siendo competente el legislador nacional, no hay ninguna obligación eventual de sujeción al Derecho de la Unión por razón de la «técnica» empleada: si los legisladores nacionales tienen competencia para decidir el régimen de reconocimiento de divorcios privados pronunciados en terceros Estados, la existencia o inexistencia de Roma III no puede condicionar qué soluciones otorgan aquellos legisladores.

Ante el escenario descrito y tal y como señala el profesor Velázquez Gardeta, pudiera surgir la duda sobre los criterios que en un futuro mantenga el TEDH a la hora de equilibrar la noción de orden público y qué sistemas estatales quedarán afectados en unas

concepciones tan arraigadas. En el sentido indicado, prosigue el profesor Velázquez, el margen de apreciación por parte de las autoridades nacionales seguirá siendo difícil de mensurar por parte de tribunales supranacionales y el derecho al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras seguirá encontrando eventual freno en la excepción de orden público³⁶⁶.

CONCLUSIONES

1.-La multiculturalidad y su respuesta jurídica.

La progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas privadas ha aumentado los supuestos de DIPr. En el ámbito del Derecho de familia internacional, se han creado nuevas situaciones no contempladas hasta la fecha por los diferentes ordenamientos jurídicos (repudio, poligamia, kafala...) a las que hay que dar una respuesta jurídica.

A la vista de la sociedad multicultural, se ha producido mayor circulación de derechos, de libertades públicas y de estatus familiares, pero también han aumentado las dificultades prácticas a las que dichas personas tienen que hacer frente porque los Estados les deniegan el reconocimiento de la situación constituida en el extranjero. El pleno ejercicio de la libertad de circulación, tiene como consecuencia o derivada la circulación

³⁶⁶ Velázquez Gardeta, J.M., “Algunas reflexiones en torno a la sentencia Negrepontis-Giannisis contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, ISSN 0211-9560, n° 99-100, 2014 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), págs. 2989-3004.

de derechos, libertades públicas y estatus personales y familiares. Por ello, el hecho de que haya Estados que denieguen el reconocimiento genera una gran inseguridad jurídica.

2.- Sobre la *sharia* como fuente de la disolución del matrimonio islámico.

La *sharia* islámica es un ordenamiento jurídico confesional que se fundamenta en los mandatos de origen divino revelados en el Corán y la Sunna y en las tradiciones ideológicas insaturadas por las cuatro Escuelas Jurídicas Sunnitas principales y por la Escuela Jurídica *Shiíta*.

Las discrepancias existentes entre todas ellas sobre el alcance y significado de los versículos coránicos y de los hechos y dichos de Mahoma han dado lugar a un Derecho religioso plurilegislativo.

Lo mencionado ha provocado una confusión entre los fines estatales y los fines de cada una de estas comunidades. En este aspecto se observa la regulación jurídica de la disolución del matrimonio islámico. En la mayoría de los países musulmanes el término *Talaq* es identificado habitualmente con el instituto jurídico del repudio que debería ser entendido en: “El acto de voluntad de poner fin a la convivencia conyugal, sin que haya tenido lugar la intervención de una autoridad pública estatal investida de la potestad jurisdiccional”.

3.- Los actos de repudio y su juridificación.

El Estado español no ha acordado con la confesión religiosa islámica la concesión de eficacia civil a este tipo de decisiones eclesiásticas como el repudio. Pero los actos de repudio realizados en el extranjero pueden ser homologados en nuestro sistema jurídico a través del trámite del exequátur.

Ahora bien, mediante el mencionado mecanismo, sólo pueden adquirir efectos civiles aquellos actos de repudio que han sido legalizadas por una autoridad pública extranjera a través de un acto de jurisdicción voluntaria. Este fenómeno es conocido con el nombre de *juridificación* del repudio y constituye un presupuesto imprescindible para que estos capítulos de disolución matrimonial puedan ser homologados en el Derecho del Estado español.

Se trata, en conclusión, de una exigencia derivada del contenido orden público constitucional español que debe operar como un factor corrector de las discriminaciones que ha padecido la mujer en la regulación jurídica de esta causa específica de *Talaq* en cada Derecho islámico de origen estatal.

4.- Respuesta jurídica al repudio en el ordenamiento jurídico español.

Es cierto que existe falta de homogeneidad y coherencia de las distintas disciplinas del derecho a la hora de dar una misma respuesta jurídica a la convalidación y reconocimiento del repudio en el estado español. El repudio islámico es una institución ajena a nuestra tradición jurídica y contraria a principios fundamentales, protegidos en nuestro orden constitucional, como es la dignidad de las personas o el principio de igualdad.

Así, el repudio no puede equipararse a un divorcio, pues no cumple ninguna de las exigencias debidas en el ordenamiento jurídico español, entre ellas, la intervención de una autoridad judicial o una autoridad que cumpla funciones similares. Mientras que el repudio equivaldría a una simple separación de hecho, y necesitaría de la declaración judicial de divorcio. De lo contrario, se podría producir indefensión de la mujer o inseguridad jurídica, ya que, al no haber necesidad de testigos o pruebas, podría suceder que la mujer se viera abandonada, sin que el varón la hubiera repudiado, en efecto.

5.- La poligamia y su reconocimiento en el Estado español.

En el caso de los matrimonios poligámicos que han sido celebrados legalmente conforme a las leyes de su país y se solicita su reconocimiento ante el Estado español, el hecho de que por este se alegara, en aras a la salvaguarda del orden público internacional, que no se reconoce ningún efecto a este tipo de matrimonios, se podría generar una situación injusta.

Por ello, si se acepta la aplicación plena de la excepción de orden público internacional, lleva a la inaplicación de la Ley determinada por las normas de conflicto españolas, provocando de esta manera situaciones injustas, concretamente cuando dicha institución sea válida a efectos del ordenamiento jurídico extranjero.

A pesar de ello los tribunales españoles han ido más allá, por ejemplo, en casos de reconocimiento de pensión de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de un trabajador polígamo que residía en forma legal en nuestro país. Además, es de destacar que, existe un criterio definido por parte del Instituto Nacional de la

Seguridad Social a través del que se reconoce la pensión de viudedad a las esposas simultáneas de polígamos marroquíes.

De todo ello se concluye que, en ocasiones, los tribunales y demás órganos de nuestro país sí son sensibles al reconocimiento de ciertos efectos a los matrimonios polígamos celebrados en forma legal en base a la ley personal de sus integrantes.

6. Efectos del matrimonio poligámico y el orden público internacional.

Dentro de los efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos, hay que distinguir entre los efectos nucleares, que son claramente contrarios al orden público español, y los efectos denominados como periféricos, cuya práctica no vulnera los principios jurídicos amparados por el orden público internacional español.

Hay ciertos efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos que no son contrarios al orden público internacional, y el no aceptar su validez en determinados casos, produciría ciertos perjuicios a los intereses de los particulares, que se hayan casado legalmente en sus países a través de este tipo de matrimonios.

El reconocimiento de estos derechos se hace a través del "orden público internacional atenuado". Este sería necesario para permitir que ciertos efectos jurídicos derivados del matrimonio poligámico se hagan valer en España. En el sentido indicado, existen ciertos efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos que no serían contrarios al ordenamiento jurídico del Estado español, entre otros, los ya mencionados: a) La reagrupación familiar del segundo o posteriores cónyuges, b) los derechos sucesorios de la segunda o ulterior esposa c) el derecho de alimentos y pensión compensatoria post-

divorcio para el segundo y sucesivos cónyuges d) la filiación de los hijos comunes e) el régimen económico del matrimonio poligámico y f) el derecho a la pensión de viudedad por las distintas esposas.

7.- La excepción del orden público ante el repudio islámico.

La alegación del orden público se ha interpretado de manera distinta según el momento histórico. Es una institución que resulta vaga e imprecisa. Desde el momento en que nuestra legislación matrimonial ha evolucionado, van desapareciendo los impedimentos legales que se pudieran plantear a situaciones como la del repudio islámico que, aun respondiendo a una figura que atenta contra la moral pública y a la dignidad de la mujer, se asemeja formalmente a las figuras jurídicas que se han ido introduciendo en el sistema civil.

En consecuencia, si civilmente van desapareciendo los impedimentos, se puede poner en tela de juicio su castigo dentro del Código Penal. De hecho, acudiendo al Código Penal, la pena del delito de bigamia es prácticamente testimonial, entendiéndose que es porque no existe justificación de la naturaleza del delito. Así, se observa que es prácticamente inexistente la jurisprudencia por delito de bigamia dictada por los tribunales españoles.

8.- Fórmulas de adaptación de modelos familiares extranjeros ante la alegación del orden público.

Se puede afirmar que la alegación del orden público, interpretada a la luz de los principios constitucionales, permite hoy día adoptar fórmulas de adaptación de los modelos familiares que proceden de otras culturas distintas a las propias, sin que con ello se

produzcan graves quebrantos constitucionales. El negar esa fórmula de adaptación sería vulnerar la protección que el propio ordenamiento jurídico concede a la familia en sentido amplio de la palabra. Desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal la institución del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva y no debe servir para impedir la convalidación de ninguna institución ajena a nuestra tradición. En este sentido, únicamente jugará un rol cuando la institución objeto de convalidación, atente gravemente el orden constitucional, es decir, los principios y valores fundamentales.

9.-Sobre el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a nivel europeo.

Uno de los principales problemas en el ámbito del Derecho de Familia es que no hay un consenso estatal común o unas instituciones comunes en las diversas materias que forman parte del mismo.

El reconocimiento automático de las relaciones jurídicas creadas en el extranjero o de las resoluciones extranjeras es algo que la mayoría de los Estados no han aceptado hasta la fecha, pero, tímidamente a nivel europeo, mediante los Reglamentos aprobados durante los últimos quince años, está cambiando esta realidad. Está claro y resulta patente que necesariamente se tienen que delimitar las condiciones mínimas y los límites que deben ser cumplidos para dicho reconocimiento, siempre teniendo en cuenta que ello no suponga una vulneración de derechos fundamentales. La denegación del exequatur de una resolución extranjera que constituye válidamente una situación jurídica ha sido considerada por los jueces europeos vulneradora de derechos fundamentale

s.

10. Sobre la interpretación de la excepción de orden público internacional por el TEDH.

En relación a la excepción de orden público internacional, el TEDH ha puesto de manifiesto que no se puede utilizar de forma sistemática y automática justificando con ello la adición de cualquier medida.

En gran medida, su operatividad ha versado en la defensa ciega de los intereses estatales, no obstante, y debido a los avances en la sociedad y las mezclas culturales, se ha observado un avance en su ámbito de aplicación. Se sigue manteniendo su vigencia, pero a su vez, el poder legislativo ya ha comenzado a hablar de “contrariedad manifiesta” en la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional o en el Reglamento Roma II. Así, se observa como los tribunales españoles tienden a flexibilizar sus efectos en determinadas ocasiones como es en el caso de otorgar la pensión de viudedad a las viudas de un hombre polígamo.

A este respecto, la excepción del orden público se debería limitar a casos en los que realmente sea necesaria su operatividad; es decir, debería convertirse en la excepción, y no en la regla, actuando únicamente en casos excepcionales vulneradores de derechos fundamentales o principios absolutamente inquebrantables.

En el sentido indicado ya se ha comprobado que existe una corriente tanto doctrinal como jurisprudencial que, por mandato de la Ley de Cooperación Jurídica³⁶⁷ Internacional, que está adaptando el concepto de orden público a la realidad actual (STSJ Madrid nº 13471/2015). La Ley de Cooperación Jurídica Internacional implica que el

³⁶⁷Ludeña Benitez. O., "El Derecho de familia en la Unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros". *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 32, enero 2014

poder judicial no pueda pasar por su filtro todo lo que viene de legislaciones extranjeras y sea desconocido para el suyo propio, sino que deberá de intentar respetar la institución extranjera para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico y limitar la excepción de orden público a eso, a su característica de excepcionalidad y no de automaticidad.

Es una figura que seguirá aplicándose mientras no consigamos limitar considerablemente su ámbito de actuación y resulta imprescindible la labor jurisprudencial que lleve a marcar claramente el carácter de excepción de dicha cláusula.

11. Hacia un orden público europeo.

Es necesario que, ante las instituciones jurídicas extranjeras, los Estados miembros venzan a su desconfianza ante las mismas, creando a tal efecto la figura del orden público europeo como protocolo de unidad de actuación inequívoca ante dichas figuras.

La alegación del orden público es necesaria básicamente en aras a la protección de la seguridad jurídica. De hecho, la jurisprudencia va adaptando dicha alegación ante el nuevo escenario de diversidad de ordenamientos jurídicos ante los cuales nos enfrentamos. Así, los propios operadores jurídicos están abriendo sus mentes para acoger jurídicamente nuevas instituciones extranjeras desconocidas hasta ese momento, por lo que los cambios parece que son inminentes.

12. El orden público como mecanismo de defensa ante la norma extranjera.

La cláusula del orden público constituye un mecanismo de defensa para evitar que una norma extranjera altere nuestro sistema. Pero estos valores y su regulación han de evolucionar con la sociedad. En el derecho de familia, se observan como determinadas

instituciones extranjeras pueden vulnerar principios como los de la igualdad o discriminación por lo que el orden público atenuado se configura como el mecanismo apropiado para dotar de fórmulas a la hora de adaptarse a los nuevos modelos de familia.

13. Características del orden público internacional.

Se podría concluir que las notas características del orden público internacional (su flexibilización y su especialización) se encuentran un mismo fin: la persecución de la justicia material en cada caso concreto. No se trata de conseguir una justicia abstracta, sino una justicia concreta, que atienda a las circunstancias concretas del caso, que no perjudique a la persona que ya ha sido discriminada.

Es de esperar que en un futuro próximo toda la jurisprudencia española, que se enfrente a conflictos interculturales, actúe en el sentido indicado. Las referidas características de la actual cláusula de orden público internacional son, en suma, medios para conseguir una mayor justicia material en cada caso concreto.

14. Sobre la decisión de los tribunales ante la institución extranjera.

Los órganos jurisdiccionales del Estado de recepción de la decisión, para decidir si reconocen o no la misma, habrán de tener en cuenta, no sólo cuál es la materia afectada y, más en concreto, cuál es la institución jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero cuyo reconocimiento en el foro se insta, sino también todo el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso de que se trate.

En cualquier caso, los Tribunales, que hayan de decidir si aceptar o denegar en el foro el reconocimiento de un determinado efecto de cualquier institución jurídica

controvertida, habrán de analizar no cuáles son en general los derechos humanos fundamentales afectados por la institución jurídica foránea en cuestión, sino cuáles son en concreto, en su caso, los derechos humanos fundamentales susceptibles de resultar vulnerados con el reconocimiento del efecto que se pretende.

A estos efectos, es preciso tener en cuenta que no todos los derechos humanos fundamentales, reconocidos en la Constitución española (y en las Constituciones de otros países europeos) así como en la normativa internacional sobre derechos humanos, se encuentran situados en un mismo plano jerárquico. De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al respeto a la identidad cultural del individuo, así como el derecho a la libertad religiosa, van a quedar limitados, en mayor o menor medida, por los restantes derechos humanos fundamentales que se encuentran reconocidos en las Constituciones estatales y en la normativa internacional sobre derechos humanos.

15. Sobre el control del órgano jurisdiccional de la posible vulneración de derechos del repudio o la poligamia.

Ante una institución jurídica extranjera controvertida como pudiera ser el repudio o la poligamia, los correspondientes órganos jurisdiccionales habrán de enjuiciar, para decidir si va a ser o no operativa la cláusula de orden público internacional.

Y si el señalado reconocimiento lleva implícito una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental (como es el caso del derecho a la dignidad de la persona), habrá de denegarse el reconocimiento solicitado (o, al menos, procederse a un reconocimiento parcial, denegando el reconocimiento de la pretensión jurídica concreta que produce dicha vulneración), sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso

primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales. De este modo, se garantiza no sólo el respeto de los derechos humanos fundamentales, sino, además, un cierto grado de seguridad jurídica.

FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Dadas las características de esta tesis doctoral, las potenciales y futuras líneas de investigación estarían en el análisis del seguimiento de la europeización del orden público, observando la práctica de los distintos países europeos para el logro de esa posible armonización del orden público europeo.

Por otro lado, y como ya se señalaba en el cuerpo de la tesis, otra de las posibles líneas futuras de investigación son los tribunales de la Sharia y los tribunales de arbitraje y su expansión tanto a nivel europeo como a nivel internacional, ampliando y profundizando en el estudio en general de los mismos, así como sus particularidades a nivel de cada Estado.

El objetivo último trazado con ello, es generar un sistema judicial de tipo islámico para resolver los litigios, precisamente, en materia de familia: matrimonio, divorcio, custodia y manutención de los hijos, así como, cuestiones hereditarias. Su funcionamiento no depende de la nacionalidad de los particulares, sino de su confesión religiosa. Este hecho ha generado cierta alerta, como demuestra el que se han suscitado preguntas relacionadas con él y con el intento de imponer la Ley coránica en Londres, en el seno del Parlamento Europeo³⁶⁸.

³⁶⁸Pregunta sobre la Institución de un tribunal islámico en Amberes basado en la ley de la sharía para litigios en materia de Derecho de familia: posible violación de la Carta de los Derechos Fundamentales. Pregunta de 20 de octubre de 2011 E-009450/2011 sobre el intento de imponer la ley coránica en Londres. Pregunta de 25 de agosto de 2011 E- 007763/2011 y sobre los límites de los derechos humanos por la Sharia v. Pregunta de 23 de febrero de 2011 E-001463/2011.

Adoptar un sistema de solución de conflictos ocultos a través de la creación de “Tribunales especiales”, tal y como señala la profesora Diago³⁶⁹ encaja, en principio, en el sistema de Derecho anglosajón, si bien no está exento, como se ha tenido ocasión de exponer, de dificultades. Pero asimismo con la creación de este tipo de tribunales se intenta llegar a la tan llamada multiculturalidad “jurídica”; entendida, en esta esfera, como la coexistencia de varias “jurisdicciones paralelas”, por mucho que, finalmente, desemboquen en una sola. Este sistema puede incluso llegar a cuestionar la laicidad del Derecho y, es de recibo, afirmar que es extraño a nuestra propia tradición jurídica. Dichos Tribunales Arbitrales de la *sharia* como sistema de resolución de conflictos de tipo islámico principalmente en materia de familia, ¿podrían poner en peligro la seguridad jurídica del país de acogida?

Y como tercera línea de investigación, también resultaría interesante analizar tras el décimo aniversario de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, a pesar de ser proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000, no fue jurídicamente vinculante hasta que se integró en el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. Dicha Carta contiene cincuenta artículos en los que se consagran derechos políticos, sociales y económicos que los Estados miembros están obligados a respetar y a dar cumplimiento a los mismos.

En el Preámbulo del Tratado de Lisboa ya se manifestaba que se inspiraba en la herencia multicultural de Europa, a partir de la cual se desarrollaron los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.

³⁶⁹ Diago, M.P., “El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar islam” Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2015 - papers.ssrn.com

El proceso de los últimos años nos ha enseñado que Lisboa es el único espacio político y jurídico de encuentro posible entre los 27. Para Nicolás Mariscal³⁷⁰, el Tratado Constitucional, «aunque imperfecto y teóricamente mejorable, era un notable producto de compromiso diplomático e ingeniería jurídica, bastante cercano a lo mejor políticamente posible. Como recoge Mariscal, Jean Monnet decía que el progreso de Europa se pararía en los límites donde comienza el poder político. Ahí estamos ya. Y a partir de ahí, «habrá que inventar de nuevo». Y para inventar, habrá que volver a las teorías.

A pesar de lo expuesto, 10 años después nos encontramos sin su desarrollo como tal y ante el escenario actual de la sociedad multicultural, se podría plantear la necesidad de ahondar en la misma desde el punto de vista de la Carta de derechos fundamentales.

³⁷⁰ Mariscal, N., “Más allá de Lisboa: Horizontes europeos”, Madrid, Tecnos, 2010, p.p. 220 y s.s.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Junco, A., “Problemas de aplicación de las normas de Derecho Internacional privado (I)”, en A.P, Abarca Junco (dir.) *Derecho Internacional privado*, vol. I. Madrid (UNED), 4º ed. 2003, pp. 163-185.
- Abarca Junco, A.P. (dir), “Derecho Internacional Privado”. UNED, Madrid 2013
AAVV.: La mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del derecho de extranjería. Guía para la actuación jurídica. Instituto Andaluz de la mujer. Sevilla 2012.
- Abarca Junco, A.P, “Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española”, ADC, 1981, vol. XXXIV, fase III, pp. 733-745.
- Abarca Junco, A.P., “El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras en España”, en A.P. Abarca Junco (dir.), *Derecho Internacional privado*, vol. I. Madrid (UNED), 4º ed. 2003, pp. 491-535.
- Abarca Junco, A.P., “La regulación de la sociedad multicultural”, en Calvo Caravaca A.L. y Iriarte Ángel, J.L., (Eds). Estatuto personal y multiculturalidad de la familia. Colex, Madrid 2000, págs. 163-170.
- Abarca Junco, A. P., “La excepción de orden público en el Convenio de Bruselas de 1968”. *Boletín Facultad Derecho UNED*. Núm.6, 1994, pp. 24-25.
- Abarca Junco, P., “La celebración del matrimonio y su nulidad”, Abarca Junco(dir.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, 2ºed., UNED, Madrid 2004.
- Acuña, S. y Domínguez, R., “El estatuto del musulmán en el orden matrimonial

según el Derecho islámico”, en A. Motilla (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 25-65.

- Adam Muñoz M.^a D., “Inmigración y Violencia Doméstica”. *Revista jurídica*. Córdoba 2003.
- Adam Muñoz M.^a D., “El cuento de Carmen de Burgos, “el artículo 438 del Código Penal” y su posible vigencia”. Servicios de Publicaciones de Universidad de Córdoba. 2001.
- Adam Muñoz M.^a D., “La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural”. Instituto Andaluz de la Mujer. Córdoba 2001.
- Adam Muñoz M.^a D., “La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba 2003.
- Adam Muñoz M.^a D., “La multiculturalidad como posible causa de violencia por razón de género incidencia sobre los matrimonios concertados” en Congreso internacional de violencia y género, Córdoba, 2003.
- Agrela Romero, B, Gregorio Gil, C., “Mujeres de un solo Mundo: Globalización y multiculturalismo”. Granada. 2002.
- Agrela Romero, B.: “La acción Social y las mujeres inmigrantes ¿Hacia unos modelos de intervención?” *Portularia. Revista de Trabajo Social*. Vol.4.Universidad Huelva.2004.
- Aguelo Navarro, P y Chueca Sancho, AG., “Breve panorámica sobre el Derecho migratorio europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas de Derecho Interno Español)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* vol. 21, 2. 2009.

- Aguilar Benítez de Lugo, M, y Grieder Machado, H., “El matrimonio de conveniencia”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2000, año LIV, núm. 1979, pp.3213-3234.
- Aguilar Benítez de Lugo, M., “El matrimonio consular”, Boletín de Información de Ministerio de Justicia nº 1937, p. 825 ss, 2000.
- Aguilar Benítez de Lugo, M, y Grieder Machado, H., "Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias de orden público", Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, Colección de "Cursos, Congresos y Simposios", núm. 73, páginas 235-264, 2003
- Al Rached, H., Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 841-858 ISSN 1989-4570, www.uc3m.es/cdt,DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5636>
- Aldecoa Luzarraga, F., “El sistema político internacional ante la globalización. Luces y Sombras de la globalización”. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2000, p. 216.
- Aldecoa Luzarraga, F., "Avances de la política exterior de la Unión Europea. La Unión Europea en proceso de globalización". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 2, 2002. Pp. 199 y ss.
- Almendros, M.A., “La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género”, en AA.VV., Monereo, J.L. (Dir.), “Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros”. Comares, Granada 2010. pp. 425-458
- Álvarez Rubio, J.J., “Reformas institucionales para mejorar la gobernanza democrática en la Unión Europea”, Cuadernos Europeos de Deusto ISSN: 1130-8354 • ISSN-e: 2445-3587, No. 60/2019, Bilbao, págs. 57-93 doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-60-2019pp57-93> •

- Amores Conradi, M., "Efectos del matrimonio", en VVAA. *Derecho internacional privado. Parte especial*. Eurolex, Madrid 1995, p. 348.
- Amores Conradi, M.A., "Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones", Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria- Gasteiz de 1995, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1996, pp. 267-316.
- Amores Conradi, M.A., "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 L.O.P.J.", *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 113-156.
- Amores Conradi, M.A., "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras", *REDI*, 1989, vol. XXVIII, núm. I, pp. 234-258.
- Arangüena Fanego, C., "Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea", Ed. Thomson Reuters **Aranzadi. Navarra 2011**.
- Arenas García, R., "Improcedencia a la aplicación del Derecho español solicitada por la actora en una separación de dos marroquíes residentes en España", *AEDIPr.*, 2002, t-II, pp. 867-873.
- Arenas García, R., "Crisis matrimoniales internacionales, Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español". De CONFLICT LEGUM. Estudios de Derecho internacional privado. Revista núm.6. Universidad de Santiago de Compostela 2004.
- Arroyo Montero, R., "La celebración del matrimonio de los españoles en el extranjero ante los agentes diplomáticos y funcionarios consulares" Madrid

UCM, Madrid. UCM, 1991, pp. 286-305.

- Artuch Iriberry, E., “La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho Internacional privado español”, *AEDIPr.*, 2000, t-0, pp. 185-217.
- Arzoz Santisteban, X. "La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constituciones". *REDI constitucional*, nº 74, 2005, pp. 63-69.
- Abdelkefi Zlitni M., “La mujer musulmana. (a través del matrimonio)”, Granada, 1998, p.p. 43-47.
- Aguilar Benitez de Lugo, M., “La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Derecho Internacional*, Volumen xlv-1993, número 1º, enero-junio, 1993.
- Aguilar Navarro, M., “Derecho civil internacional, Volumen II”, Madrid, 1979.
- Aldeeb Abu-Sahlieh, S. A. “*Introduction a la lecture juridique du Coran*”, en *RDIDC*, Vol. 65, 1988. Aldeeb Abu-Sabich, “*Les musulmans face aux droits del homme. Bochum*”, Bruselas, 1994, p. 27.
- Aldeeb Abu-Sahlieh, S. A. y Bonomi, A., “*Le Droit musulman de la famille et des successions á l’preuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de Droit compaé sur les aspects de Droit international privé liés á l’immigration des musulman en Allemagne, en Angletérre, en France, en Espagne, en Italie et Suisse)*”, Zúrich, 1999, p. 25.
- Bachmaier Winter, I, y Banacloche Palao, J., “Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento para la obtención del reconocimiento y el exequatur Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2011.

- Balaguer Callejon, M^a L., “La regulación del derecho de asilo en la normativa Europa comunitaria”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año 1 n^o 2, julio-diciembre 2004.
- Bernardo San José, A, y Sánchez López, B, “Fuero general de competencia internacional: el domicilio del demandado (art. 2,3 y 4 RB). Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2011.
- Bernardo San José, A, y Sánchez López, B., “Régimen general de competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea. Análisis del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2011.
- Bischof, “*Le mariage polygamique en Droit international privé*”, en Travaux Comité Fr. Dr. Int. Pr. (1980-81).
- Blanc Altemir, A., "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universidad". AAVV. “La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal” (ed. A. Blac Altemir). Tecnos, Madrid 2002, pp.13-35.
- Blanco-Morales Limones, P., “*La transferencia internacional de sede social*”. Ed. Aranzadi. Pamplona 1997.
- Blázquez Rodríguez, I y Adam Muñoz, M^a.D., “Inmigración magrebí y Derecho de familia”. Ed. Dirección General de Políticas migratorias. Sevilla 2005.

- Blázquez Rodríguez, I., “La celebración del matrimonio musulmán y su reconocimiento en el Derecho español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 425-477.
- Borrmans, L., “*Le nouveau Code algérien de la familia dans l’ensemble des Codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes*”, in *Revue int. Dr. Compare*, 1986.
- Bourdelois, B., “*Le mariage polygamique en droit international privé français*” Thèse. Paris, 1991.
- Borrás Rodríguez, A., “*Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*”, *Recueil des Cours*, vol. 249, 1994-V, pp. 145-368; id., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, p.p. 23-43.
- Borrás Rodríguez, A., “La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”, en A. Borrás (ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*. Seminario celebrado en Tarragona 30-31 de mayo de 1997, Ed. Marcial Pons, Madrid/ Barcelona 1998, pp. 11-27.
- Borrás Rodríguez, A., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en VVAA, *El Islam jurídico y Europa*. Icaria. Barcelona 1998, pp. 174-175.
- Borrás Rodríguez, A., “Hacia la supresión del *exequátur* en Europa”. En *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, *Cuadernos de Derecho Judicial GGPJ*, núm. 4-2001, Madrid 2001, pp.15-51.

- Borrás Rodríguez, A., "Introduction générale", en VVAA, *Droit Européen du divorce. European divorce Law.Travaux du CREDIMI*, vol. 39, 2013, pp. 1-25, p. 21.
- Borrás Rodríguez, A., "Non discrimination à cause de sexe: modification du droit international privé espagnol", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, p. 629.
- Borrás Rodríguez, A., "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo ("Bruselas II")", *RJC*, 2003, año CII, núm. 2, pp. 361-386.
- Borrás Rodríguez, A., "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", *REDI* 1999-2, p.p. 71-89.
- Bustelo García Del Real, C., "Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"., Madrid, Instituto de Estudios Internacionales Europeos, 1996.
- Calier, JY, "Estatuto personal y Multiculturalidad: El papel de la autonomía de la voluntad". OB COL. *Estatuto personal y Multiculturalidad de la familia*. Calvo Caravaca. A.L, Iriarte Ángel. J.L. Ed. Codex. Madrid 2000.
- Calo, E., "*Le convivenze registrare in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della familia*". Giuffré. Milano 2000.
- Calvo Badío, F., "Cuadro para la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003. Crisis matrimoniales". *Protección del menor en el marco europeo*. Madrid 2005. pp. 267 y ss.
- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*. Volumen II. 10ª edición 2012-2013. Comares S.L Granada 2012.

- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J.,” Derecho de familia internacional”. Ed. Colex. Madrid, 2003.
- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J.,” Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, AEDIPr., 2001, t-I, pp. 215-237.
- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J., “Práctica procesal civil internacional”. Ed. Comares, Granada 4ª ed. 2003.
- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J., “Comentarios al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1994.
- Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González, J., “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2009), vol.1 núm. 1, pp. 36-71.
- Calvo Caravaca, A.L., “Régimen de proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, *RGD.*, 1986, núm. 507, pp 5095-5122.
- Calvo Caravaca, A.L., “Derecho internacional privado, Volumen II, segunda edición”, Madrid, 2000.
- Calvo Caravaca, A.L y, Castellanos Ruiz, E., “*El Derecho de familia ante els. XXI: Aspectos Intencionales*”. Ob. Col. Madrid 2004.
- Carrascosa González, J., "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo", en A. L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (edts), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000.

- Carrascosa González, J., "Celebración del matrimonio en casos internacionales y constitución de parejas de hecho en casos internacionales" *Nuevos temas de Derecho internacional* (2006).
- Carrascosa González, J., "Matrimonio y elección de la ley. Estudio de Derecho internacional privado". Ed. Comares, Granada 2003.
- Carrillo, B., "Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado". En A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel, *Mundialización y familia*, Madrid 2001, pp. 385-451.
- Carrillo Pozo, L.F., "Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (Coord. CALVO CARAVACA). Madrid 1994.
- Carrillo Salcedo, J.A., "Derecho Internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales". 3ª ed., Madrid 1983.
- Carrillo Salcedo, J.A., "El Convenio Europeo de Derechos Humanos". Ed Tecnos, 2003.
- Carrión Olmos, S., "Sistema matrimonial y acuerdos con otras confesiones", *AC*, 1993, núm. 5, pp. 93-106.
- Carruthers, J., "*Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: what place for party choice in Private International Law?*" *International and Comparative Law Quarterly*, octubre 2012, pp. 881-913, pp. 908-909.
- Casey, J., "*Religious marriage and its civil effectiveness in Ireland*", *Marriage and Religion in Europe. Les effets civils du mariage religieux en Europe* "(Actas del Coloquio celebrado en Augsburgo los días 28 y 29 de noviembre de 1991).

Ed. Giuffré, Milán 1993, pp. 111-120.

- Casswell, D., "Moving towards same-exmarriage". *Canadian bar review*. 2001.
- Castellano Arroyo., "Violencia en el medio familiar" en Gisbert Calabuig, J.A., *Medicina legal y toxicología*. Ed. Masson 1996.
- Castro-Rial Canosa, J.M., "El Convenio de la Haya sobre protección de menores. IX Conferencia de Derecho Internacional privado", *REDI*, 1961, vol. XIV, núm. 1, pp. 11-54.
- Calder, N. "*Studies in Early Muslim Jurisprudence*", Oxford, 1993.
- Campiglio, C., "*Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*", en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, iv trim, 1990.
- Campiglio, C., "*Famiglia e diritto islámico. Profili internacional-privatistici*", en ferrari, s. Musulmani in Italia, La condizione giuridica delle comunita islamiche, Bologna, 2000.
- Carlier, J. Y., "*Autonomie de la volonté et statut personnel*", Thèse Lou-vain la Nueve, Bruxelles, 1991.
- Carlier, J.Y., "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, 2000, p.p. 27-38.
- Castellanos Ruíz, M.J., "Denegación del anacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial", *Cuadernos de derecho transnacional*, ISSN-E 1989-4570, Vol. 10, nº 1, 218, p.p. 94-126.
- Cervilla Garzón, M.D. y Zurita Marín, I., "El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el derecho español". Ed. Jurídica Difusión. Madrid 2010.

- Cervilla Garzón, M.D., “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, Cuadernos de derecho transnacional ISSN-e 1989-4570, vol 11, nº1, 2019, p.p. 235-266.
- Clapham, A., y WEILER, J., "*Lesbian and Gay Men in the European Community legal order*", en K.Waalduk y A. Clapham, *Homosexuality a European Community issue*.Dordrecht, 1993, pp. 7-69
- Combalía, Z., “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los Derechos Humanos, en las Declaraciones Islámicas”, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Volumen xii, 1996.
- Cobo Bedia R., “10 Palabras claves sobre mujer”. Ed. Verbo Divino. Ed. Estella Navarra. 1995.
- Coester-Waltjen, D. y Coester, M., “*Formation of marriage*”, cap. 3 del vol. IV *de la Inst. Enc. Comp. L.*, 1997.
- Comte Guillamet, N., "Las parejas no casadas ante el DIPr", en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel. *Mundialización y familia*, Madrid 2001, pp.295-312.
- Conde-Pumpido Ferreiro (director): “Código Penal comentado”, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, pág. 482.
- Cortina, A, "Ciudadanía intercultural: Miseria del etnocentrismo", en Ciudadanos del mundo; hacia una teoría de la ciudadanía. Madrid, 1997, Alianza: 177-217
- Cuarteto Rubio, M^a.V., “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”,*Derecho privado y Constitución*, 2000, núm. 14, pp. 21-61.

- De Hoyos Santos, M., “El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea”. *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea. Instrumentos procesales*. Barcelona 2007, pp. 69 y ss.
- De Hoyos Santos, M., “Reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2011.
- De La Camara, M., “El sistema legal del matrimonio en el Código Civil”. Ed. Civitas. Madrid, 2002.
- De La Oliva Santos, A.(Dir.), y Gascón Inchausti, F., “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión europea”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2011.
- De La Rosa Cortina, J.M., “Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- De Los Mozos, J.L y Herreros García, M^a. J., “De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio”, en J.L Lacruz Berdejo (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del libro primero del Código Civil*, Ed. Civitas 2^a ed. Madrid 1994. pp. 1260-1321.
- De Miguel Asensio, P.A., “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras” AEDIPr., 2000, T-0, pp.337-366.
- De Miguel Asensio, P.A., “Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria”. Ed. Eurolex. Madrid 1997.

- Delphy, C.: “ *Penser le genre: quels problèmes en MChurting, M. Kail, H. Rouch (eds), Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*”. CNRS, Paris 1991, Decroux, Rev. Crti. Dr. Int. Pr. 1966-4, Sent. Trib. Cass. De 3 de enero de 1980.
- De Montety, H., “ *Le mariage musulman en Tunisie*”, París, 1941.
- Delgado Gal, A., Ciencia política: Revista trimestral para América Latina y España, ISSN 0120-7687, N°. 47 (3º-4º Trimestre), 1997, págs. 55-64
- Deprez, J., “ *Droit international privé et conflits de civilisations, les relations entre systèmes d Europe occidentale et systèmes islámiques en matière de status personnel*”, en Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1997.
- Deprez, J., “ *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects métholdologiques. Les relations entre systèmes del Europe occidentale et systémes islamiques en matière de statuto personne*”, en Rec. Cours La Haya. T. 217. 1988-IV.
- Diago, M. P., "Repercusiones de la nueva “Mudawwana" en la inmigración marroquí”, en VVAA, *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*. IEIOP, Zaragoza 2004, pp. 141-165.
- Diago, M. P., “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A-L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (ed.). *Mundialización y familia*, Ed. Colex. Madrid 2001, pp. 143-176.
- Diago, M.P. “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, Revista española de Derecho internacional, 2014, vol. 66, nº 2, p.p. 49-79.
- Diago, M.P., “El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar islam” Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2015 - papers.ssrn.com
- Diez –Picazo, L. y Gullón, A., “Sistema de Derecho Civil”, Ed. Ténos, 8ª ed.

Madrid 2001.

- Domínguez Lozano, P., "Instrucción de la GGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero", *REDI*, 1995, vol. XLVII núm. 1. Pp. 317-318.
- Donaire Villa, F.J., "La Constitución y el acervo de Schengen". Tirant lo Blanch. Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García Pelayo. Valencia 2002.
- Douglas, G., "*Marriage, cohabitation and parenthood-from contract to status?*" en S. N. Katz, J. Eekelarr y M. M., *Family law and Policy in the United States and England*. Oxford 2000, p.p. 211-233.
- Duintier Tebbens, H., "*Possible revision of the Brussels and Lugano Conventions in the light of the case law of the Court of Justice of the European Communities*", en A. Borrás (ed), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, Madrid/Bruselas 1998, pp. 41-58.
- Camarero, v. y Zamora, F.J., *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII (2012), pp. 527-570.
- Escobar Hernández, C., "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea, Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea". Madrid 1998.
- Espinar Vicente J. M., "El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado". Civitas, Madrid 1996, pp. 301-302.
- Espinar Vicente J. M., "El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado". Civitas, Madrid 1996, pp. 301-302.
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L., "*Derecho Internacional privado*", Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008

- Esplugues Mota, C., “El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)”, Ed. Tirant lo Blanch,
- Esteban de la Rosa G., “Código Marroquí de la Familia” (Dir.). Jaén 2009.
- Esteban de la Rosa, F., “Precisión del sentido del foro de la sumisión tácita: propuesta de reforma de los arts. 17 y 18 de los Convenios de Bruselas y Lugano”, en A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 383-387.
- Esteban de la Rosa, G., Ouald Alik Saghir, T., “¿Reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas de divorcio?”. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. www.refdugr.com. 8/enero/2007.
- Estrechar. org. “Estudio sobre la situación de las mujeres a ambos lados del estrecho de Gibraltar”. Instituto Andaluz de la mujer. Consejería de igualdad y Bienestar Social. Sevilla 2003.
- Fadlallah, I., “*La famille légitime en Droit international privé, (ledomaine de la loi applicable aux affets du mariage)*”, París, 1977.
- Fernández –Flores, J-L., “Principios que rigen la validez del matrimonio, con elemento extranjero, en Derecho español”. *REDI*, 1968, vol. XXI, pp.781-797.
- Fernández-Coronado González, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, nº 29, nº 85, 2009, p.p. 125-156.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., “Derecho internacional privado”, Madrid, 2001.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. “Curso de Derecho internacional

privado”, 2ª edición, Madrid, 1993.

- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., “Curso de Derecho internacional privado”, 3ª edición, Madrid, 1996.
- Fernández de Casadevante Romani, C., “La interpretación de las normas internacionales” Ed. Aranzadi 1996.
- Fernández Palenzuela, L y López López, M.A., “Nuevos retos en la lucha contra la trata de blanca con fines de explotación sexual: Un enfoque interdisciplinar”. Ed. Aranzadi. Pamplona 2005.
- Fernández Rozas, J. C., "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *RIE* 1990, nº 3, pp. 785-825.
- Fernández Rozas, J. C., "La primacía de los Tratados internacionales en el *exequatur* de sentencias arbitrales extranjeras". *RCEA* ,1991, pp. 9 y ss.
- Foblet, M.C. y Carlier, J-Y., « *Le Code Marocain de la famille* ». Bruselas 2005.
- Gálvez Montes, F.J., "Artículo 32", en F. Garrido Falla, Comentarios a la Constitución española, 3ªed., Madrid 2001, p.p. 767-779.
- Garberí Llobregat J., “Procesos matrimoniales (arts. 769-778)”, en J. Garberí(dir), *Los procesos civiles*. Ed. Bosch, Barcelona 2001, vol. V, pp. 654-668.
- García Rodríguez. I., “Un paseo por la práctica multicultural española desde el derecho internacional privado” en Ob. col. La libre resolución de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Universidad de Sevilla 2005, p.p. 267 y ss
- García Rodríguez. I., “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”. *AC*, 1999, núm. 18, pp. 447-463.

- García Rodríguez. I., “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, en A. Rodríguez Benot (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al islam*. Cuadernos de Derecho judicial. Consejo del poder judicial. Madrid 2002-VIII.pp. 143-220.
- García-Vasco Pérez-Templado, C., “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales/coordinado por Alfonso Luis Calvo Caravaca, Esperanza Castellanos Ruiz*, 2004, ISBN 84-7879-854-4, P.P. 411-426.
- Ghassan Ascha, *Mariage, “Polygamie et repudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporain”*, París, 1997.
- Gómez Jene, M., “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales, comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad”. *La Ley*, año XXII, nº 5321, 2001.
- González Beilfuss, C., “Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea”. Marcial Pons. Madrid 2004 Barcelona. pp.123 y ss.
- González Campos, J.D., Campos Fernández Rosas, J.,”Artículo 12, apartado 3 del Código Civil”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*” (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds), t. I, vol.2, Edersa. Jaén 1995.

- González Campos, J.D., “Sobre los orígenes del matrimonio consular de los españoles en el extranjero”, *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, Madrid 1976, vol. I, pp. 723-757.
- González Campos, J.D., “La competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles”, en A.P. Abarca Junco (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 4ª ed. Madrid 2003, pp.399-449.
- Gonzalo Quiroga, M., “La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución”, en A.-L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruíz (dirs.). *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Ed. Colex. Madrid 2003, pp. 469-486.
- Guzmán Zapater, M., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia de divorcio”. *REDI*, 1987, vol. XXXIX, núm. 1, pp. 196-199.
- Guzmán Zapater, M., “Sociedad internacional y Derecho internacional Privado”. Madrid 2001.
- Herranz Ballesteros, M., “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002”, *Revista La ley*, 2003, año XXIV, núm. 5715, de 10 de febrero, t-I, D-33, pp. 1629-1636.
- Jayme, E., “Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung UND Theorie des Internationalen Privatrecht” En *Der Versorgungsausgleich in internationalen Vergleich and in der zürischenstaadrliches Praxis* (zacher, ed.) Berlin, 1985, pp. 423 y ss

- Juárez Pérez, P., “La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol. 11, nº 1, 2019, p.p. 801-806.
- Juárez Pérez, P., “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol. 11, nº 1, 2019, p.p. 807-813.
- Iriarte Angel, J.L., “El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas», en C. Esplugues Mota / G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, TirantLo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-641
- J. Molins García-Atance, “La pensión de viudedad en la sociedad multicultural”, Revista del Poder Judicial, núm. 85, 2007, pp. 343-380
- Jiménez Sánchez, M^a A., "Procesos Civiles de Divorcio en la U.E: El nuevo Reglamento Comunitario 1347/200, Repercusión en nuestro actual sistema". Ob col Mundialización y familia. Calvo Caravaca. A.L, Iriarte Ángel. J.L. Ed. Colex. Madrid 2000.
- Klein, D., "*Violence against Women: Some Considerations Regarding its Causes and its Elimination*", *Crimen & Delinquency*, vol 27 núm. 1, enero 1981.
- Klevens Joanne, "*An Overview of intimate Partner Violence Among Latinos*". *Violence Against Women*, 13 , 11-122.2007 418.
- Lagarde, P., “*La théorie de l'ordre public international face á la polygamie et á la repudation*”. L'expérience française, París, 1993

- Lema Tomé M., “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, *Migraciones internacionales*, ISSN-e 1665-8906, vol. 2, nº 2, 2003, p.p. 149-170.
- Lopez-Tarrella Martínez, A., “El reconocimiento de decisiones extranjeras en divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y jurídicas de Elche*. Volumen I, núm. 1, Julio 2006.pag108-123.
- López-Tarrella Martínez, A., "Reconocimiento y ejecución de sentencias en el marco del espacio judicial europeo". *AEDIPR*, 2003, pp.821-824.
- Lowe, N, y Douglas, G., “*Families across frontiers*”. London 1996.
- Ludeña Benitez. O., "El Derecho de familia en la Unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros". *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 32, enero 2014
- Magris, C. y Ara, A., Trieste, Pre-Textos, Madrid, 2007, p. 25
- Mariscal, N., “Más allá de Lisboa: Horizontes europeos”, Madrid, Tecnos, 2010, p.p. 220 y s.s
- Monéger, F., “La polygamie en questions”, en j. c. p. 1990, Doctrine, 3460, La semaine juridique, Ed. G. Número 37.
- Morris, J. H., “The recognition of polygamous marriages in English law”, *Harvard Law Review*, 1953, vol. 66, nº 6, p.p. 961-1012.
- Motilla, A., “La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico”. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino, Comares, Granada, 2018, p. 31.
- Nasir, J. J., “*The Islamic Law o Personal Status*”, London, 1986.
- Navarro Valls, R., “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico de Derecho*, vol. XII, 1996

- Navarro-Vals, R., Iustel, Diario del derecho, ISSN 2254-1438, edición de 6 de febrero de 2018
- Nezar Ahmad Al-Sabbagh, “La poligamia en el Islam. Compendio que resume el sistema de la poligamia en el Islam”, Madrid, 1979.
- Nieto, A., “Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol.12, nº 1, 2020, p.p. 286-318.
- Ortiz Vidal, M. D., “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol.6, nº 2, 2014, p.p. 201-244.
- Pearl, A., “*Texbook on Muslim Law*”, London, 1979 y 1987.
- Pearl, D. y Menski, W., “*Muslim Family law*”, 3ª Edición, London, 1998.
- Pérez Beltrán, C., “Estatuto jurídico de la mujer argelina: matrimonio y divorcio”, Granada, 1991.
- Pérez Vaquero, C., “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2015, p. 6.
- Powrs, D. S., “*The Islamic Inheritance System: A socio-historical Approach*”, en Mallat, ch. y Connors, j. Ed. *Islamic Family Law*, London, 1990.
- Quiñónez Escames, A., “Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa”, Madrid, 2000.
- Quiñónez Escames, A., ”Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho

internacional privado- práctica española: Derecho civil internacional- Matrimonio poligámico-Denegación de la nacionalidad por falta de integración- Poligamia contraria al orden público español- Crítica a la apreciación in abstracto- Apreciación in concreto de la integración – Poligamia de iure y poligamia de facto- Falta de proporcionalidad: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 de febrero de 2010”, Revista española de derecho internacional, ISSN 0034-9380, Vol. 62, nº1, 201, págs.. 245-248.

- Quiñónez Escames, A., “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado-Derecho internacional privado del trabajo y de la seguridad social- Pensión de viudedad- Causante polígamo. Matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros. Poligamia y orden público. Consideración del segundo matrimonio como mera convivencia de hecho. Denegación del reparto de la pensión de viudedad. Voto particular: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección única) de 30 de julio de 2003.
- Reader, P., “La mujer en el Islam”, Granada, 1996.
- Rehman, J., “The sharia, islamic family laws and international human rights law: Examining the theory and practice of polygamy and talaq. International Journal of Law, Policy and the Family, 2007, vol. 21, p. 108-127
- Riosalido Gambotti, I., “Compendio de Derecho islámico”, Madrid, 1993
- Rodríguez Benot, A., “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español, en Rodríguez Benot, A. “La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, Cuaderno de Derecho Judicial, VIII, Madrid. 2002.
- Rodríguez García, J.A., “Poligamia, libertad religiosa y discriminación de la

- mujer” en AAVV, Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comunitario, Universidad del País Vasco, 2001.
- Roig M., “la mujer y el poder”, en CGT, Rojo y Negro, Cuarta Época, año X, 1999.
 - Samia Aldeeb Abu-Salieh, “*Les musulmans face aux Droits de l’homme*”, Bochum, 1994.
 - Sourer, D., “*Droit musulman et Codificación*”, en Droits, (1992-2), Tomo 26.
 - Strazzari, D., “Pluralismo giuridico e diritti fondamentali: il riconoscimento di atti di ripudio islámico in alcuni ordinamenti europei”, Revista general de derecho público comparado, ISSN 1998-5091, Mº 17, 2015.
 - Valverde Martínez; M.J., Carrascosa González.J, "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España, El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.10, nº2, 2018, p.720.
 - Van Loon, H., “The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law”, Cuadernos de derecho transnacional, ISSN-e 1989-4570, vol. 2, nº 1, 2010, p.p. 261-267.
 - Velázquez Gardeta, J.M., “Algunas reflexiones en torno a la sentencia Negreponitis-Giannisis contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras”, Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal

Aldizkaria, ISSN 0211-9560, Nº 99-100, 2014 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), págs. 2989-

- Wilken, J. A., “*Über das Matriarchat bei den alten Arabern*”, Leipzig, 1984

PAGINAS WEB

- a. <http://www.e-mujeres.net>.
- b. <http://www.vlex.com/vid/288696>.
- c. <http://www.criminet.urg.e/rep7/rec02-07.thml>)RECPCO2.07(2000),p.3.
- d. <http://www.refdugr.com>.
- e. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/temas/violencia> domestica y de género/actividad del observatorio/datos estadísticos/ la violencia sobre la mujer en las estadísticas.
- f. <http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com>
- g. <http://www.justicewomen.com/>.
- h. <http://www.famiyplace.org/espanol/>-
- i. <http://www.endvawnow.org/es/articles/155-refugio.html>.
- j. <http://www.criminet.ugr.e/rep7rec02-07.thml>)RECPCO2.07(2000),p.3.
- k. http://www.observatorioviolencia.or/upload_images/file/DOC1319196688_Datos_2trim_2011.pdf.
- l. <http://www.seigualdad.gob.es/violenciaGenero/documentación/pdf/macroe>
ncuesta2011
- m. http://www.fademur.es/_documentos/INFORME_EJECUTIVO_14JULIO-2008def.pdf
- n. <http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/mujer2011.htm>.
- o. <http://www.funnic.org/paginas/legilacion/legi3.htm>
- p. <http://www.endvawnow.org/es/articles/155-refugio.html>.

- q. [http://www. rdjusticie@monitor.net](http://www.rdjusticie@monitor.net)
- r. [http:// www.iadb.org/sds/violence.](http://www.iadb.org/sds/violence)
- s. <http://www.wresd.org/en-espanol/servicios/servicios-residenciales>
- t. [http://www.ec.europa.eu//justicehome/funding/daphne3/fundig_daphne3_en.htm#part_.](http://www.ec.europa.eu//justicehome/funding/daphne3/fundig_daphne3_en.htm#part_)
- u. [http://www. poderjudicial.es/cgpj/temas/violencia doméstica y de género/actividad del observatorio/datos estadísticos/ la violencia sobre la mujer en la estadística judicial primer trimestre de 2012.](http://www.poderjudicial.es/cgpj/temas/violencia_domestica_y_de_genero/actividad_del_observatorio/datos_estadisticos/la_violencia_sobre_la_mujer_en_la_estadistica_judicial_primer_trimestre_de_2012)
- v. <http://www.refugeecouncil.or.uk>
- w. <http://www.oficial-documents.co.uk/document>
- y. <http://curia.europa.eu>
- z. [http://www. echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

TEXTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

- CONVENIO ESPAÑA- SUIZA DE 1896. Tratado celebrado en España y la Confederación Suiza para facilitar la pronta ejecución de las Sentencias o Fallos dictadas recíprocamente en sus respectivos Estados en materia civil o comercial hecho en Madrid, el 19 de noviembre de 1896. *Gaceta de Madrid* de 9 de julio de 1898.
- DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE 10 DE DICIEMBRE DE 1948 es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco de 1945.
- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de Ratificación por España. *BOE* núm. 244, de 10 de octubre de 1979.
- CONVENIO DE LA HAYA DE 1961 relativo a la supresión la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961. *BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS de 1966 adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su Resolución 2200 A (XXI). Instrumento de ratificación por España, *BOE* núm. 103, de 30 abril de 1977.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES de 1966. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas

el 16 de diciembre de 1966, en su Resolución 2200 A (XXI). Instrumento de ratificación por España. *BOE* núm. 103, de 30 abril de 1977. 436

- CONVENIO DE LA HAYA DE 1973 relativo a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya, el 2 de octubre de 1973. *BOE* núm. 222, de 16 de septiembre de 1986.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA MUJER. MEXICO 1975. Declaración sobre la Igualdad de la mujer y su contribución al desarrollo y la paz, 1975. México ,19 junio a 2 de julio de 1975. Resolución 3520 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1975 (Documento E/CONF. 66/34).
- CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER 1979. El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones. Instrumento de ratificación por España. *BOE* núm. 69 de 21 marzo de 1984.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA MUJER, COPENHAGUE 1980. Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. Copenhague, 14 a 30 de junio de 1980. A.G. Resolución 33/185.

- CONVENIO DE LUXEMBURGO de 20 de mayo de 1980, sobre Reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia. *BOE* núm. 80, de 3 de abril de 1991.
- CONVENIO DE LA HAYA de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos civiles en la sustracción internacional de menores. *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA MUJER NAIROBI 1985. Conferencia Mundial para el Examen y Evolución de los logros del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer: igualdad, desarrollo y paz. Nairobi, 15 a 26 de julio de 1985.
- CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE VIENA 1993.
- Asamblea de Naciones Unidas de 12 de Julio de 1993. A/CONF 157/23. *Acuerdos Internacionales*
- CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER, BEIJING, CHINA, del 4 a 15 septiembre de 1995.
- CONVENIO DE ESTAMBUL de 11 de mayo de 2011, sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul). Entrada en vigor en España el Agosto del 2014. *BOE* núm. 137 de 6 de junio de 2014
- CONVENIO ESPAÑA-COLOMBIA DE 1908. Convenio celebrado entre España y la Republica de Colombia para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1908. *Gaceta de Madrid* de 18 de abril de 1909.

- CONVENIO ESPAÑA-FRANCIA del 28 de mayo de 1969. Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil. *BOE* núm.63, de 14 de marzo de 1970.
- CONVENIO ESPAÑA-AUSTRIA de 17 de febrero de 1984 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil. *BOE* núm. 207, de 29 de agosto de 1985.
- CONVENIO ESPAÑA-ITALIA de 22 de mayo de 1973 sobre Asistencia judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil y Mercantil. *BOE* núm. 273, de 15 de noviembre de 1977.
- CONVENIO DE ESPAÑA-ALEMANIA de 14 de noviembre de 1983 sobre Reconocimiento y ejecución de Resoluciones, Transacciones judiciales y Documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil. *BOE* núm.40, de 16 de febrero de 1988.
- CONVENIO ESPAÑA-ISRAEL de 30 mayo de 1989 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. *BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991.
- CONVENIO ESPAÑA- URUGUAY de 4 de noviembre de 1987 sobre alimentos. *BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1992.
- CONVENIO ESPAÑA-BULGARIA de 23 de mayo de 1993 para la Asistencia judicial en materia civil. *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1994.
- CONVENIO ESPAÑA-MARRUECOS DE 1997. Sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 30 de mayo de 1997. *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997.

- CONVENIO ESPAÑA-TUNEZ de 24 de septiembre de 2001 para la Asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. *BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 2003.
- CONVENIO ESPAÑA-ARGELIA, de 24 de febrero de 2005 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil. *BOE* núm. 103, de 1 de mayo de 2006.
- CONVENIO ESPAÑA-MAURITANIA de 12 de septiembre de 2006 sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil. *BOE* núm. 267, de 8 de noviembre de 2006.

FUENTES DE DERECHO EUROPEO/COMUNITARIO DERIVADO

- Reglamento 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. *DOUE* L núm.160 de 30 de junio de 2000.
- Reglamento del Consejo CE nº 2725/2000, de 11 de diciembre de 2000. Creación del Sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 *DOCE* L num.316, de 15 de diciembre de 2000). Desarrollado por el Reglamento del Consejo 407/2002, de 28 de febrero de 2002. *DOCE* núm. 62, de 5 de marzo de 2002.
- Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre del 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.*DOUE* L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.
- Reglamento Bruselas II *bis*. Reglamento (CE) Nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *DOUE* L núm. 7, de 10 de enero de 1999.

- Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. DOUE núm. 183, de 8 de julio de 2016, páginas 30 a 56.
- Reglamento de ejecución (UE) 2018/1105 de la Comisión de 8 de agosto de 2018 por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y formularios para el suministro de información por las autoridades competentes a la AEVM con arreglo al Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE núm. L202/1 de 9 de agosto de 2018
- Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. *DOCE* L núm. 39 de 14 de febrero de 1976.
- Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000. Aplicación del Principio de Igualdad de Trato de las Personas independientemente de su origen racial o étnico. *DOCE* L núm. 180, de 19 de julio de 2000.
- Directiva del Consejo 2001/51, de 28 de junio de 2001, por la cual se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. *DOCE* L núm. 187, de 10 de julio de 2001)

- Directiva 2001/55/ del Consejo, de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a las medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. *DOCE* L núm. 212, de 27 de agosto de 2001.
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. *DOUE* L núm. 269/15, de 5 de octubre del 2002.
- Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003. de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. *DOUE* L núm. 31, de 6 de febrero de 2003. Directiva 2003/86 de 22 de septiembre sobre la reagrupación familiar. *DOUE* L núm.251, de 3 de octubre de 2003.
- Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 2/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE,90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. *DOUE* L 158, de 30 de abril de 2004.

- Directiva del Consejo 2005/85, de 1 de diciembre de 2005 *DOCE* L núm.326, de 13 de diciembre de 2005)
- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre 2011 sobre la Orden Europea de Protección. *DOUE* L núm. 338 de 21 de diciembre de 2011.
- Resolución de la Violencia contra las mujeres del Parlamento Europeo A4-0250/97
- Resolución del Parlamento de 2 de febrero de 2006 sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contras las mujeres y futuras acciones(2004/2220/(INI)).
- Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer. *DOUE* C 285E/53 de 21 de octubre del 2010.
- Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2011 sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión Europea para combatir la violencia contra las mujeres (A7- 0065/2011)
- Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II). *DOUE* L núm. 40 30 abril de 2004.
- Recomendación (85)4 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 26 de marzo de 1985 sobre la violencia dentro de la familia.

- Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la Familia.
- Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 1986 sobre las agresiones a la mujer.
- Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.
- Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia, adoptada por el Comité de Ministros el 30 de abril de 2002, anexo, párr. 1.

JURISPRUDENCIA

1.-JURISPRUDENCIA DEL TEDH

- STEDH, asunto *Molla Sali vs Grecia*, sentencia de 19 de diciembre de 2008.
- STEDH., asunto E.M. en Rumania, sentencia de 30 de octubre de 2012.
- STEDH, asunto B.S. c. España, sentencia de 24 de julio de 2012.
- STEDH, asunto de Opuz v. Turquía, sentencia de 9 de junio de 2009.
- STEDH (Gran Sala), asunto *Mandil c. Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014,
- STEDH, asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, sentencia de 9 de febrero de 2012,
- STEDH (Gran Sala), asunto *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976,
- STEDH (Sección 1ª), asunto *Erbakan c. Turquía*, apartado 56, sentencia de 6 de julio de 2006,
- STEDH (Sección 1ª), asunto *Müslüm Gündüz c. Turquía*, apartado 37, sentencia de 4 de diciembre de 2003.
- STEDH (Sección 1ª), asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, sentencia de 9 de febrero de 2012,
- STEDH (Gran Sala), asunto de *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976,
- STEDH (Gran Sala), asunto de *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1978,
- STEDH (Gran Sala), asunto *Perinçek c. Suiza*, sentencia de 15 de octubre de 2015
- , STEDH (Sección 1ª), asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*. de 9 de febrero de 2012,

- STEDH (Sección 2ª), asunto Féret c. Bélgica, sentencia de 16 de julio de 2009,
- TEDH (Gran Sala), asunto Neulinger y Shuruk contra Suiza, sentencia de 6 de julio de 2010
- STEDH, asunto *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, serie A n° 25, p. 90, párrafo 239.
- STEDH, asunto *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, sentencia de 27 de abril de 2004,
- STEDH, asunto *Schmidt c. Francia*, sentencia de 26 de julio de 2007, párrafo 45.
- STEDH, asunto *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, sentencia de 27 de abril de 2004, párrafo 35
- STEDH, asunto *Mamatkulov y Askarov c. Turquía (GS)*, sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafo 121;
- STEDH, asunto *Artico c. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 1980, párrafo 33;
- STEDH, asunto *Soering c. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 87, entre otras.
- STEDH, asunto *Ternovsky c. Hungría*, sentencia de 14 de diciembre de 2010
- STEDH, asunto *Monnat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006, párrafo 31.
- STEDH, asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*, sentencia de 3 de marzo de 2005.
- STEDH, asunto *McCann y otros c. Reino Unido*, sentencia de 25 de agosto de 1987
- STEDH, asunto *Micallef c. Malta (GS)*, sentencia de 15 de octubre de 2009, párrafo 44,
- STEDH, asunto *Burden c. Reino Unido*, (GS), sentencia de 29 de abril de 2008, párrafo 33.

- STEDH, asunto *Michaud c. Francia*, sentencia de 6 de diciembre de 2012, párrafo 51.
- STEDH, asunto *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafo 102.
- STEDH, asunto *Wagner y J.M.W.L c. Luxemburgo*, sentencia de 28 de junio de 2007, párrafo 123.
- STEDH, asunto *W. c. Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 1987,
- STEDH, asunto *Sunday Times c. Reino Unido* (nº 1), sentencia de 26 de abril de 1979, párrafos 47 a 49.
- STEDH, asunto *Silver y otros c. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1983, párrafo 85
- STEDH, asunto *Lingens c. Austria*, sentencia de 8 de julio de 1986, párrafo 42.
- STEDH, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 53.
- STEDH, asunto *Gnahoré c. Francia*, sentencia de 19 de septiembre de 2000, párrafo 30 in fine,
- STEDH, asunto *Eriksson c. Suecia*, sentencia de 23 de mayo de 1989, párrafo 69.
- STEDH, asunto *Handyside c. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, apartado 48.
- STEDH, asunto *Sunday Times c. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1979,
- STEDH, asunto *Ahmad c. Reino Unido* (núm. 8160/1978), sentencia de 12 de febrero de 1981.
- STEDH, asunto *Malone c. Reino Unido*, sentencia de 2 de agosto de 1984.
- STEDH, asunto *Huvig c. Francia*, sentencia de 24 de abril de 1990.

- STEDH, asunto *Kruslin* c. Francia, sentencia de 24 abril de 1990.
- STEDH, asunto *Faruk Kalaç* c. Turquía (núm. 20704/1992), sentencia de 1 de julio de 1997.
- STEDH, asunto *Tsavachidis* c. Grecia, sentencia de 21 enero de 1999.
- STEDH, asunto *Buscarini and others* c. San Marino (núm. 24645/1994), sentencia de 18 de febrero de 1999.
- STEDH, asunto *Lucía Dahlab* c. Suiza (núm. 42393/1998), sentencia de 15 de febrero de 2001.
- STEDH, asunto *Eweida y otros* c. Reino Unido, (núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), sentencia de 15 de enero de 2013.
- STEDH, asunto *S.A.S.* c. Francia, sentencia de 1 de julio de 2014.

2.-JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

- STJUE, de 27 de octubre de 1976, *Prais/Consejo*, C-130/75, EU:C:1976:142.
- STJUE, de 31 de marzo de 1981, *Jenkins/Kingsgate*, C-96/80, EU:C:1981:80.
- STJUE, de 13 de mayo de 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, C-170/84, EU:C:1986:204.
- STJUE, de 1 de julio de 1986, *Rummler*, C-237/85, EU:C:1986:277.
- STJUE, de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*, C-203/86, EU:C:1988:420.
- STJUE, de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kühn*, C-171/88, EU:C:1989:328.
- STJUE, de 17 de octubre de 1989, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss*, C-109/88, EU:C:1989:383.
- STJUE, de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, C-33/89, EU:C:1990:265.
- STJUE, de 7 de febrero de 1991, *Nimz*, C-184/89, EU:C:1991:50.
- STJUE, de 4 de junio de 1992, *Bötel*, C-360/90, EU:C:1992:246.
- STJUE, de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, C-127/92, EU:C:1993:859.
- STJUE, de 17 de octubre de 1995, *Fishermen's Organisations* y otros, C-44/94, EU:C:1995:325.
- STJUE, de 13 de febrero de 1996, *Gillespie* y otros, C-342/93, EU:C:1996:46.
- STJUE, de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast*, C-15/95, EU:C: 1997:196.
- STJUE, de 2 de octubre de 1997, *Gerster*, C-1/95, EU:C:1997:452.

- STJUE, de 2 de octubre de 1997, *Kording*, C-100/95, EU:C:1997:453.
- STJUE, de 30 de junio de 1998, *Brown*, C-394/96, EU:C:1998:331.
- STJUE, de 14 de septiembre de 1999, *Gruber*, C-249/97, EU:C:1999:405.
- STJUE, de 13 de abril de 2000, *Karlsson y otros*, C-292/97, EU:C:2000:202.
- STJUE, de STJUE, de 12 de octubre de 2004, *Wippel*, C-313/02, EU:C:2004:607.
- STJUE, de 10 de marzo de 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, EU:C:2005:141.
- STJUE, de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, EU:C:2007:261.
- STJUE, de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07, EU:C:2008:397.
- STJUE, de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, EU:C:2009:141.
- STJUE, de 12 de enero de 2010, *Wolf*, C229/08, EU:C:2010:3
- STJUE, de 12 de enero de 2010, *Petersen*, C-341/08, EU:C:2010:4.
- STJUE, de 12 de octubre de 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, EU:C:2010:600.
- STJUE, de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros*, C-447/09, EU:C:2011:53.
- STJUE, de 13 de noviembre de 2011, *Vital Pérez*, C-416/13, EU:C:2014:2371.
- STJUE, de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, C71/11, EU:C:2012:518.
- STJUE, de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor*, C544/10, EU:C:2012:526.
- STJUE, de 31 de enero de 2013, *McDonagh*, C12/11, EU:C: 2013:43.
- STJUE, de 17 de diciembre de 2015, *Neptune Distribution* , C-157/14, EU:C: 2015:823.

- STJUE, de 15 de noviembre de 2016, *Salaberria Sorondo*, C-258/15, EU:C:2016:873.
- STJUE, de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, EU:C:2017:203.
- STJUE, de 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui y ADDH*, C-188/15, EU:C:2017:204.
- STJ (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*
- 2 STJ (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, As. C-378/10, *VALE Építési Kft.*
- STJ de 9 de marzo de 1999, As. C-212-97, *Centros Ltd y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen.*
- STJUE, de 29 de noviembre de 2007, en el Asunto C-68/07, *Sundeldin López* (ECLI:EU:C:2007:740).
- STJUE, de 16 de julio de 2009, en el asunto c-168/08, *Hadadi* (ECLI:EU:C:2009:474).
- STJUE, de 13 de octubre de 2016 en el Asunto C-294/15, *Mikołajczyk* (ECLI:EU:C:2016:772), en su apartado 47.
- STJUE, de 13 de octubre de 2016 en el Asunto C-294/15, *Mikołajczyk* (ECLI:EU:C:2016:772), en su apartado 47.
- STJUE, de 15 de septiembre de 1994, en el asunto C-452/93, *Pedro Magdalena Fernández c. Comisión de las Comunidades Europeas*, en su apartado 22 (ECLI:EU:C:1994:332).
- STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16, *Sahyouni*)
- Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch*»
- STJUE de 12 de octubre de 2017 (asunto C-218-16: *Aleksandra Kubicka*).

- STJUE 27 de marzo de 1979 [143/78: *de Cavel* (EU:C: 1979:83)
- STJUE del 28 de marzo de 2000 (caso C-7/98 Dieter Krombach vs. André Bamberski).

2.-JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. STC núm. 43/1986. *Aranzadi Westlaw, RTC 1986/43.*
2. STC (Sala segunda) núm. 132 de 17 de junio de 1999. *Aranzadi Westlaw , RTC 1999/132.*
3. STC núm. 236 de 7 de noviembre de 2007. *Aranzadi Westlaw , RTC 2007/236*
4. ATC (Sala Segunda, Sección Cuarta) 46/2000, de 16 de febrero. *Aranzadi Westlaw , RTC 2000/46.*
5. STC núm. 311 de 18 de diciembre de 2000. *Aranzadi Westlaw , TRC 2000/311*
6. STC (Sala Segunda) núm. 155, de 2 de julio de 2001. STC (Sala Segunda) núm. 22, de 11 de febrero de 2002. STC núm. 80 de 17 de julio de 2008. *Aranzadi Westlaw, RTC 2008/80.*
7. STC núm. 59 de 14 de mayo de 2008. *Aranzadi Westlaw , RTC 2008/59.*

8. STC núm. 77 de 19 de octubre de 2010 *Aranzadi Westlaw, RTC*
2010/77
9. STC núm. 16 de 13 de febrero de 2012. *Aranzadi Westlaw ,RTC*
2012/16.

2.- TRIBUNAL SUPREMO

1. STS de 6 octubre de 1995, *Aranzadi Westlaw, RJ 1995/7400.*
2. STS de 20 de diciembre de 1996, *Aranzadi Westlaw, RJ 1996/9037*
3. STS de 17 de septiembre de 1996, *Aranzadi Westlaw, RJ 1998/2908*
4. STS (Sala Civil), de 3 marzo de 1997, *Aranzadi Westlaw, RJ 1997/1638.*
5. ATS (Sala Civil), de 18 de marzo de 1997, *Aranzadi Westlaw, RJ 1998/4447*
6. STS de 3 de octubre 1997, *Aranzadi Westlaw, RJ 1997/7001*
7. ATS de 7 de abril de 1998, *Aranzadi Westlaw RJ 1998/3560.*
8. STS de 18 de abril de 1998, *Aranzadi Westlaw, RJ 1998/3595*
9. STS de 28 de abril de 1998, *Aranzadi Westlaw, RJ 1998/3561.*
10. STS de 29 Septiembre 1999, *Aranzadi Westlaw , RJ 1999/7055*
11. ATS (Sala Civil), de 23 de marzo de 1999, *Aranzadi Westlaw, RJ 1999/2418*
12. STS (Sala civil) de 4 de mayo de 1999, *Aranzadi Westlaw, RJ 1999/2883*
13. STS de 2 de febrero de 2000, *Aranzadi Westlaw, R J 2000/415.*
14. STS núm.927 de 24 junio del 2000, *Aranzadi Westlaw, RJ 2000/5792*
15. STS núm. 1222, de 7 de julio 2000, *Aranzadi Westlaw, RJ 2000/5673*
16. ATS (Sala de lo Civil) de 21 de noviembre de 2000, *Aranzadi Westlaw, RJ*
2000/302972

17. ATS (Sala de lo Civil) de 21 de noviembre de 2000, *Aranzadi Westlaw*, RJ2000/302974
18. ATS (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2000, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/457
19. ATS (Sala de lo Civil) de 3 de abril de 2001, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/142059
20. ATS (Sala de lo Civil) de 10 de abril de 2001, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/142127
21. ATS (Sala de lo Civil) de 24 de abril de 2001, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/157462
22. ATS (Sala de lo Civil) de 14 de mayo de 2001, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/146468
23. ATS (Sala de lo Civil) de 18 de septiembre de 2001, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2001/264072
24. 2001/264072
25. STS, de 19 de enero de 2002, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/48094.
26. STS núm. 6621, de 18 abril de 2002, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/7009
27. STS núm. 6621, de 18 abril de 2002, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/7009
28. ATS (Sección única) de 3 de junio de 2003, *Aranzadi Westlaw*, RJ JUR 2003/163779.
29. STS 12 de mayo de 2003, *Aranzadi Westlaw* RJ 2003/214991.
30. STS 31 de julio de 2003, *Aranzadi Westlaw* RJ 2003/206331
31. STS 25 de mayo de 2004. Recurso de casación 3020/2000, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2004/47300

32. STS de 31 de mayo del 2005. Recurso de casación 1836/2002, *Aranzadi Westlaw, RJ 2005/4295*
33. STS de 7 de julio del 2005. Recurso de casación nº 2107/2002, *Aranzadi Westlaw RJ 2005/5167*
34. STS de 8 septiembre de 2005. Recurso de casación 3428/2002, *Aranzadi Westlaw RJ 2005/7051.*
35. STS de 25 de noviembre 2005. Recurso de casación 5944/2002, *Aranzadi Westlaw, RJ 2005/9843.*
36. STS de 10 de febrero de 2006. Recurso de casación nº 8215/2002, *Aranzadi Westlaw, RJ 2006/2798*
37. STS 28 de febrero del 2006. Recurso de casación nº 735/2003, *Aranzadi Westlaw, RJ 2005/5765.*
38. STS 31 de enero de 2008. Recurso de casación nº 4773/2004, *Aranzadi Westlaw, RJ 2008/945*
39. STS 16 de febrero de 2009. Recurso de casación 6894/2005, *Aranzadi Westlaw RJ 2009/1242*
40. STS 24 febrero de 2012 (Recurso de casación nº 2476201, *Aranzadi Westlaw, FJ 6º. RJ 2012/4256.*
41. STS 11 de mayo de 2009. Recurso de casación nº 3155/2006, *Aranzadi Westlaw, RJ 2009/4272.*
42. STS 15 de junio de 2011. (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª), *Aranzadi Westlaw, RJ 2011/5365.*
43. STS 15 de julio de 2011, *Aranzadi Westlaw, RJ 2011/6531.*

44. STS 24 febrero de 2012 (Recurso de casación nº 476201, *Aranzadi WestlawRJ2012/4256. FJ 6º*)
45. STS 22 de junio de 2012. Recurso de casación nº 6085/2011, *Aranzadi Westlaw RJ 2012/8439.2012/7761*
46. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 1803/2019 de 17 de diciembre, RJ 2019/5471.
47. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]

3.-TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, núm. 306/2018, de 14 de junio (JUR\2018\228794)
2. STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 1589/2018 de 24 de mayo
3. STSJ Cataluña, Social, 4672/2018 (JUR 2018/317046),
4. STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 115/2017 (JUR 2017/120018).
5. STSJ Andalucía 18 junio 2015 [AS 2015\1520].
6. STSJ Madrid 15 de marzo RJCA 2018/677
7. STJS Madrid, sentencia núm. 125/2018 de 8 de marzo, JUR 2018/153175,
8. STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [ECLI:ES: TSJCAT:2017:9230];
9. STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [AS 2016\879];
10. STSJ Cataluña, Social, 30 julio 2003 [AS 2003\3049];
11. STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [AS 2005\2454].

12. Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de abril de 2016 (Aranzadi JUR/2016/879).

4.-AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 4 de febrero de 2019, recurso contencioso-administrativo, núm.1099/2017

5.- AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. SAP Madrid (Sección nº 3) núm. 127 de 21 de abril de 1999, *Aranzadi Westlaw*, ARP 1999/07.
2. AAP Valencia (Sección nº 10) SAP de 29 de junio 2004, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2005/1797.
3. S AP Madrid (sección 22ª) de 21 de febrero de 2000, *AEDIPr.*, 2002, TII, pp. 874-875.
4. SAP Málaga (Sección 4ª) de 5 de mayo de 2000, *Aranzadi Westlaw*, JUR2000/2641000
5. SAP Girona (Sección 1ª) de 19 de mayo de 2000, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2000/213099
6. SAP Barcelona (Sección 12ª) de 6 de abril de 2000, *AEDIPr.*, 2002, TII, pp. 875-876.

7. AAP Girona (Sección 2ª), de 20 de julio de 2000, *RJC* (Jurisprudencia), 2001-I, pp. 267-268.
8. AAP Cádiz (Sección 3ª), de 28 de septiembre de 2001, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2001/328058
9. AAP Madrid (Sección 22ª), de 22 de junio de 2001, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2001/328058
10. AAP Cádiz (Sección 3ª), de 28 de septiembre de 2001, *Aranzadi Westlaw*, *AC* 2001/1539
11. AAP Baleares (Sección 5ª), de 25 de octubre de 2001, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2002/39779
12. 2002/39779
13. AAP Barcelona (Sección 12ª), de 14 de enero de 2002, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2002/110569
14. SAP Murcia de 12 de mayo de 2003, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2003/1613
15. AAP Madrid (Sección nº 27) núm. 382 de 27 de abril 2009, *Aranzadi Westlaw*, *ARP* 2009/784.
16. AAP Málaga (Sección 6ª), de 11 de septiembre de 2002, *Aranzadi Westlaw*, *JUR*2003/27917
17. AAP Girona (Sección 2ª), de 2 de octubre de 2002, *Aranzadi Westlaw*, *AC* 2002/1493
18. AAP Alicante (Sección 4ª), de 22 de noviembre de 2002, *Aranzadi Westlaw*, *AC* 2003/72574
19. AAP Barcelona (Sección 12ª), de 25 de noviembre de 2002, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2003/61807

20. AAP Guipúzcoa (Sección 2ª), de 29 de enero de 2003, *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/1171
21. AAP Barcelona (Sección 12ª), de 16 de abril de 2003, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/254138
22. AAP Murcia (Sección 1ª), de 12 de mayo de 2003, *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/1676
23. SAP Palencia (Sección 1ª) de 16 de junio de 2003, *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/2240
24. SAP Las Palmas (Sección 5ª) de 30 de julio de 2003, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/25021
25. SAP Sevilla (Sección 5ª) de 3 de octubre de 2003, *Aranzadi Westlaw*, AC2003/264463
26. SAP Castellón (Sección 1ª) de 20 de octubre de 2003, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/1656
27. SAP Málaga (Sección 4ª) de 29 de octubre de 2003, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2004/12430
28. AAP Barcelona (Sección 18ª), de 13 de noviembre de 2003, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2004/5841
29. AAP Barcelona (Sección 12ª), de 9 de diciembre de 2003, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/61968
30. AAP Badajoz (sección 3ª) núm. 114 de 29 de junio de 2004, *Aranzadi Westlaw*, AC 2004/923.
31. AAP Valladolid (sección 1), núm. 82 de 1 de abril de 2007, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2007/262864.

32. SAP Barcelona (Sección 2ª) de 24 de enero de 2008, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2008/106217.
33. AAP Madrid (sección 1ª) núm. 90 de 27 de abril de 2009, *Aranzadi Westlaw*, *JUR* 2009/283724.