



Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

GRADO EN DERECHO

LA VALIDEZ DE LOS MATRIMONIOS POLÍGAMOS ISLÁMICOS EN ESPAÑA

PRESENTADO POR:

SARA NICOLÁS ESTÉVEZ

TUTORIZADO POR:

ISABEL PALOMINO DÍEZ

FECHA

3 DE JULIO DE 2023

Índice

RESUMEN	2
PALABRAS CLAVE	2
1 INTRODUCCIÓN	4
2 EL MATRIMONIO	5
2.1 Concepto	5
2.2 Antecedentes	5
2.2.1 <i>Derecho Romano</i>	5
2.2.2 <i>Derecho Canónico</i>	9
2.3 Evolución en el ordenamiento jurídico español	10
2.4 Formas del matrimonio en el Código Civil	12
3 EL MATRIMONIO MUSULMAN	14
3.1 Concepto	14
3.2 De la capacidad y de la tutela para el matrimonio	19
3.3 De la dote	20
3.4 De los impedimentos para el matrimonio	21
4 EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL	27
4.1 Concepto y naturaleza jurídica	27
4.2 Regulación	29
4.3 Requisitos del matrimonio	30
4.3.1 <i>Solemnidad</i>	31
4.3.2 <i>La Unidad del matrimonio</i>	39
4.4 Formas excepcionales de contraer matrimonio	40
4.4.1 <i>Por españoles en el extranjero</i>	40
4.4.2 <i>Por extranjeros en España</i>	41
4.4.3 <i>Por representante</i>	41

4.4.4 <i>En peligro de muerte</i>	42
4.4.5 <i>Secreto</i>	42
5 EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO	43
5.1 Definición y evolución.....	43
5.2 Problemática. Causas y efectos.....	48
5.3 Análisis de soluciones propuestas	53
6 JURISPRUDENCIA	56
6.1 En relación con las pensiones	57
6.2 En relación con la adquisición de la nacionalidad española.....	62
6.3 En relación con el orden público.....	63
7 CONCLUSIONES	65
8 BIBLIOGRAFÍA	67
9 ANEXOS	74
Anexo I.....	74
Anexo II	75

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto analizar la presente contradicción que existe entre el artículo 46.2 del Código Civil, que prohíbe expresamente contraer matrimonio por impedimento de ligamen, y el artículo 60.1 del Código Civil, el cual hace alusión a los matrimonios celebrados según las formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produciendo efectos civiles.

Por otro lado, se hará referencia también las consecuencias que derivan de los matrimonios musulmanes celebrados en el extranjero en régimen de poligamia cuando los cónyuges aspiran a que surta plenos efectos jurídicos en nuestro país, y como los Tribunales aplican la cláusula de orden público en esta institución que, contraria como es a nuestro ordenamiento jurídico por atentar contra la concepción del matrimonio monógamo, sí que está admitida en otros países de nuestro entorno.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio, Musulmán, Monogamia, Poligamia, Civil, Orden Público, Pensión Viudedad, Jurisprudencia

ABSTRACT

The present Final Degree Project aims to analyze the present contradiction that exists between Article 46.2 of the Civil Code, which expressly prohibits marriage due to impediment of ligamen, and Article 60.1 of the Civil Code, *which alludes to *marriages celebrated according to the religious forms provided in the cooperation agreements between the State and the religious confessions produce civil effects. On the other hand, reference will also be made to the consequences that derive from Muslim marriages celebrated abroad in polygamy regime when the spouses aspire to have full legal effects in our country, and how the Courts apply the clause of public order in this institution that, contrary as it is to our legal system because it attempts against the conception of monogamous marriage, is admitted in other countries of our environment.

KEY WORDS

Marriage, Muslim, Monogamy, Polygamy, Civil, Public Policy, Widow's Pension, Jurisprudence, Widow's Pension, Jurisprudence

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil.

CE: Constitución española.

CF: Código de Familia Marroquí

CP.: Código Penal.

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LO: Ley Orgánica

LOLR: Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

RD: Real Decreto.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

1 INTRODUCCIÓN

El *ius connubii* es el derecho que tienen todas las personas a contraer matrimonio. Es un derecho fundamental consagrado tanto a nivel internacional como constitucional.

En primer lugar, en el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 expresa en su artículo 16 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”.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 23.2, “reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.”

Asimismo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, establece en su artículo 12 que: “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”

En cuanto al derecho interno español, en primer lugar, la Constitución española, en su artículo 32, indica que: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”

Por su parte, el Código Civil expresa en su artículo 44 que: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”

Igual que este derecho está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, también lo está en otros ordenamientos jurídicos entre los que se encuentran los musulmanes. Dentro de estos, la institución de la poligamia se regula de diferentes maneras.

Turquía fue el primer país musulmán en prohibir la poligamia en 1926 basándose en razones seculares. A este le siguió Túnez en 1956, apoyándose en dos preceptos del Corán. El primero de ellos es aquel que limita su práctica, por lo que interpretaron que su intención era que desapareciera con el tiempo. El segundo de ellos es aquel que exige un tratamiento igualitario entre las esposas, considerando que esto no es posible y por tanto haciendo la práctica de la poligamia ilegal a sus ojos.

Sin embargo, lo habitual en los países musulmanes es que se restrinja su práctica sin llegar a prohibirla. Así, por ejemplo, la India, Irán, Irak y el Líbano entre otros permiten a las mujeres establecer una cláusula en la que se incluya la posibilidad de prohibir la poligamia en su matrimonio y la obligación para el marido de solicitar su permiso para contraer segundas nupcias.

En Marruecos se obliga al marido a guardar igualdad de trato entre las distintas esposas así como a informar a la esposa presente del hecho del matrimonio y pedirla permiso desde el año 2004, pudiendo ella establecer la cláusula citada arriba, y a la futura esposa de que ya está casado.

En Argelia se exige además de que las esposas sean informadas, que se cumpla con determinadas exigencias como son: el mantenimiento de la equidad de trato entre las esposas o que existan motivos que justifiquen dichas uniones.

En ambos países se permite a la esposa solicitar el divorcio en caso de que no se entiendan las esposas.

El presente Trabajo de Fin de Grado se va a centrar en Marruecos, siendo los matrimonios allí celebrados de mayor trascendencia para nosotros por la creciente inmigración que llega cada día a nuestro país dada la cercanía y la facilidad de traspasar las fronteras del territorio español.

2 EL MATRIMONIO

2.1 Concepto

El matrimonio es la unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales por los cuales ambas se comprometen a llevar una vida en común (ESPAÑOLA, 2011)¹. Se le denomina de muy diversas formas entre las que se incluyen nupcias, bodas, casamiento o esponsales. Esta institución conlleva diferentes consecuencias jurídicas que se irán analizando a lo largo del presente trabajo.

2.2 Antecedentes

2.2.1 Derecho Romano

¹ RAE, 2011. *Diccionario avanzado*. Madrid. Ed: SM. Pág. 863

La configuración actual de nuestra legislación sobre el matrimonio arranca con el Derecho Romano.

En Roma era más una institución social que jurídica, descrito como la unión seria, continua y aparente entre un hombre y una mujer *liberorum quaerendorum causa*. Esta unión debía ser exogámica, es decir, entre individuos de distinto sexo y de diferentes círculos familiares. (RUIZ, 2005)²

Igual opina Bonfante, que dice que: “*el matrimonio romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada affectio maritalis*”. (BONFANTE, 1965)³

El matrimonio romano siempre tuvo connotaciones sociales, éticas y religiosas. Y desde el comienzo se planteó el problema de determinar las consecuencias jurídicas que derivaban de la unión entre un hombre y una mujer. Por ello, los juristas romanos ya definían esta institución. Entre ellos tenemos a Modestino que lo definía como “*la unión del varón y de la mujer, implicando consorcio por toda la vida e igualdad de derechos divinos y humanos*”. Por su parte, para Justiniano era “*la unión del varón y de la mujer con la intención de continuar la vida en común*” (TORRENT RUIZ, 1987)⁴. En ambas definiciones se ve que la idea de vida en común era el fundamento del concepto de matrimonio.

Lo esencial del matrimonio era el consentimiento inicial de los cónyuges de vivir unidos y, por ello, cualquier desistimiento de esa voluntad disolvía el matrimonio. Este concepto fue cambiando con los emperadores cristianos, requiriendo justa causa para producir un divorcio jurídicamente válido. Es decir, los requisitos para el matrimonio en el Derecho Romano eran la convivencia continuada y la voluntad de esa convivencia por parte de ambos cónyuges. Pero esta voluntad o *affectio maritalis* se demostraba mediante las declaraciones de los cónyuges, parientes o amigos, pero sobre todo por su manifestación exterior mediante el

² (RUIZ, 2005) *Diccionario de derecho romano*. Madrid. Ed: Edisofer SL. Págs. 691 Y 692

³ (BONFANTE, 1965) *Instituciones de derecho romano*. Madrid. Ed: Reus. Pág. 180

⁴ (TORRENT RUIZ, 1987) *Manual de derecho romano privado*. Zaragoza. Pág. 525

honor matromonii, que era el modo de tratarse en sociedad, conservando la mujer la posición social del marido y la dignidad de la esposa. (ALVAREZ & SCONDA)⁵

Para celebrar *iustae nuptiae*, según las profesoras Mirta Beatriz Álvarez y Mariana Verónica Sconda⁶, era necesario cumplir determinados requisitos:

- Capacidad jurídica: se denominaba *connubium*. Era el derecho a contraer matrimonio legítimo, que consiste en la posesión del *status civitatis* y del *status libertatis*. Debía existir en ambos contrayentes. En un principio sólo gozaban de ello los patricios, pero más adelante se les concedió también a los plebeyos. Y desde la Constitución Antoniana del 212 d.C., que concedió la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio, el *connubium* perdió su razón de ser.
- Capacidad natural física y mental: se requería que los contrayentes hubieran alcanzado la pubertad, siendo esta de 14 años para los hombres y de 12 años para las mujeres. En cuanto a la perturbación de las facultades mentales, estas impedían la celebración de un matrimonio válido, pero, si esta era sobrevenida, no invalidaba el matrimonio.
- Consentimiento de los contrayentes: debía ser dado por las partes con total libertad sin violencia ni coacción.
- Consentimiento de los *paters*: si los contrayentes eran *sui iuris* (es decir, tenían capacidad jurídica), bastaba con su propio consentimiento. En cambio, si eran *alieni iuris* (aquellos sometidos a patria potestad de otro), se requería además el consentimiento del cabeza de familia al que estaban sometidos.

Según la doctrina tradicional, el matrimonio romano tenía dos formas fundamentales: el más tradicional, el matrimonio *cum manu*, que se realizaría por una de las tres formas constitutivas arcaicas de la relación conyugal (*conferreatio*, *coemptio*, *usus*) y el más moderno, el matrimonio *sine manu*, que surgió en los últimos siglos de la República. (LABACA ZABALA, 2005)⁷

Respecto al matrimonio *cum manu*, la forma de *conferreatio* consistía en un rito religioso que acompañaba al matrimonio; ceremonia en la que se partía una hogaza de pan entre los cónyuges como sacrificio a Júpiter y ante el sacerdote, con lo que la mujer entraba en la

⁵ (ALVAREZ & SCONDA) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Buenos Aires. Ed: Universidad de Buenos Aires. Págs. 624

⁶ *Ibidem*

⁷ (LABACA ZABALA, 2005) *La familia polígama islámica en la legislación española*. Valladolid. Ed: Universidad de Valladolid. Pág. 26

familia del marido y se desligaba de su familia anterior. La *coemptio* era una ficción de compra por la que la mujer entraba en la nueva familia mientras que el *usus* era una forma antigua y singular de entrada de la mujer en la familia por la que se adquiría la *manus* sobre la mujer después de un año de convivencia conyugal ininterrumpida. (LABACA ZABALA, 2005)⁸. Por cualquiera de estas tres formas la mujer pasaba a formar parte de la familia del marido.

A partir de las XII Tablas cambia la concepción del matrimonio y se abre la puerta al matrimonio sine manu, permitiendo a la mujer evitar el alejamiento de su familia. Este matrimonio se cimentaba sobre la convivencia de los cónyuges libremente consentida para que fuera por sí sola generadora de consecuencias jurídicas. Se distinguen dos grandes etapas durante la aplicación de este matrimonio, la del matrimonio clásico y la del postclásico.

- El matrimonio clásico: existe desde que un hombre y una mujer que tienen entre ellos el *ius connubii* y, no teniendo ningún impedimento legal, crean una relación conyugal de la voluntad efectiva y continua de estar unidos en matrimonio. Esto significa que la *affectio maritalis* debía tener por objeto fundar una relación monógama para toda la vida, lo cual no implica que dicha unión no se pudiera disolver.
- El matrimonio postclásico: influido por el cristianismo. Aquí la voluntad de los cónyuges ya no es un consentimiento interrumpido sobre la subsistencia del matrimonio, sino que sólo se refiere a la voluntad inicial. Esta nueva concepción se refleja en las constituciones imperiales a partir del siglo IV d. C. dando un nuevo sentido al matrimonio. Las nuevas tendencias cristianas hacen que el Derecho Romano se muestre desfavorable tanto al divorcio como a los segundos matrimonios. (LABACA ZABALA, 2005)⁹

Este hecho fue determinante para la materia de la bigamia. Hasta este momento no se contemplaba dicho delito dado que la voluntad de contraer matrimonio perduraba durante todo el tiempo que transcurriera el mismo y el hecho de dejar de convivir y establecer uno de los cónyuges una nueva relación de convivencia con otra persona implicaba inmediatamente la disolución del vínculo anterior, por lo que no podía darse en ningún caso el delito de bigamia y, por tanto, no estaba contemplado. Sin embargo, desde que el cristianismo comenzó a influir en el Derecho romano y cambió el significado que se otorgaba a la voluntad de contraer matrimonio, incluyendo sólo la voluntad inicial, el hecho de convivir con otra persona y dejar al

⁸ LABACA ZABALA, 2005 *ibídem*

⁹ LABACA ZABALA. *Op. Cit.*

cónyuge, dejó de considerarse como un divorcio¹⁰, sino que para esto se requería un acto de consentimiento contrario, y la persona mantenía el vínculo a la vez que establecía uno nuevo, incurriendo con ello en el delito de bigamia.

Como conclusión podemos decir que hasta el siglo IX el divorcio fue admitido en toda la cristiandad, incluyendo entre sus motivos el adulterio y el abandono conyugal principalmente.

2.2.2 Derecho Canónico

Entre los siglos XI y XIV la Iglesia estableció las líneas maestras básicas del Derecho matrimonial. En este periodo la Iglesia alcanza competencia jurisdiccional sobre el matrimonio. Estas líneas básicas tratan sobre la aceptación cristianizada de la definición romana del matrimonio, definiéndolo como “la unión de un hombre y una mujer en una misma comunidad de vida”, que con los años incluye dos principios: el *consensualismo romano*, que no es más que la voluntad de los cónyuges de contraer matrimonio, y la realización de la *unio carnis*, necesaria para poder decir que el matrimonio era completamente indisoluble y no sólo un matrimonio rato, el cual podía ser disuelto al no estar consumado.

Aunque no todos los eruditos de la época daban la misma importancia a estos requisitos. Para algunos como Graciano resultaba mucho más importante la consumación del matrimonio que el acuerdo de voluntades, por conferirle al matrimonio la cualidad de indisoluble. Igualmente pensaban Alejandro III e Inocencio III. (LABACA ZABALA, 2005)¹¹

El matrimonio así constituido era un contrato meramente consensual, no formal, siendo por tanto un contrato individual que se podía realizar privadamente, fuera del control familiar, social y de la Iglesia. Por ello se empezaron a imponer severas penas canónicas y civiles a aquellos que lo realizaban de manera privada, pero ello no implicaba su invalidez.

Este tema se solventó en el Concilio de Trento (siglo XVI) en el cual el matrimonio canónico dejó de ser un puro y simple contrato para pasar a ser un contrato consensual formal, formalizándose mediante el consentimiento de los contrayentes, pero exigiendo también determinadas formalidades legales para la válida expresión de ese consentimiento.

¹⁰ El término utilizado por los romanos es *divortium*, teniendo su origen en el Digesto. GÓMEZ MARÍN & GIL Y GÓMEZ, 1873. *Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano, Libro IV, Título II, apartado 2*. Pág. 159

¹¹ LABACA ZABALA. *Op. Cit.*

El matrimonio en el Derecho canónico sólo puede constituirse entre un sólo hombre y una sola mujer, entendiendo que son requisitos del matrimonio la unidad y la indisolubilidad del vínculo matrimonial válidamente celebrado y consumado.

2.3 Evolución en el ordenamiento jurídico español

En este punto vamos a tratar la evolución de la regulación relativa al matrimonio durante los siglos XIX y XX hasta la Constitución Española 1978.

Hasta la promulgación del texto constitucional de 1869, el único matrimonio posible era el canónico, cuyos elementos eran la unidad y la indisolubilidad, requisitos asentados profundamente en la sociedad y que por tanto fueron adoptados por la legislación civil. Sin embargo, esta libertad establecida por la Constitución de 1869 tuvo una breve vigencia, como a continuación se explicará, no siendo hasta la Constitución de la 2ª República cuando se vuelve a tratar el tema del matrimonio plenamente civil, teniendo una vigencia temporal escasa y graves repercusiones.

- La Constitución de Cádiz de 1812: en esta Constitución no se reconoce la libertad religiosa y se realiza una declaración de confesionalidad doctrinal católica y excluyente¹². En su Título 2º, denominado del territorio de los españoles, su religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles, en el artículo 12 cita: “**la religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra**”. Durante la influencia de esta Constitución se hizo un proyecto de Código Civil en el cual se establecen que los requisitos del matrimonio siguen siendo la unidad y la indisolubilidad y se determina qué tipo de matrimonios son los que alcanzan efectos civiles, incluyendo únicamente a los celebrados según los cánones de la Iglesia Católica. Más adelante, en 1836, se propone un segundo proyecto de Código Civil en el cual se dice que “**el matrimonio legítimamente contraído es indisoluble durante toda la vida de los consortes, al no declararse la nulidad por el Tribunal competente**” (LAINA GALLEGO, 2017)¹³
- La Constitución de 1845: esta constitución es de signo conservador. Se mantienen los mismos derechos y libertades de la Constitución anterior¹⁴. Respecto al proyecto

¹² <https://www.congreso.es/cem/const1812>

¹³ (LAINA GALLEGO, 2017) *La licencia matrimonial en España durante las regencias*. Revista general de derecho canónico y eclesiástico del Estado. Nº 45.

¹⁴ <https://www.congreso.es/cem/const1837>

de Código Civil de 1851, denominado proyecto de Goyena, dispone que el matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica, admitidos en España.

- La Constitución de 1869: esta Constitución reconoce por primera vez la libertad religiosa, pasando a ser sus límites de forma sólo la moral y el Derecho y no ya la religión. Durante su vigencia, se preparó el Proyecto de Código Civil de 1869 en el cual no se reconoce como matrimonio legítimo más que aquellos celebrados según las disposiciones de este Código. Por otro lado, en 1870, se aprobó la Ley provisional de Matrimonio Civil en la que se reconoce el matrimonio civil obligatorio para todos los españoles, pudiendo ser celebrados por los Alcaldes. (ROLDÁN VERDEJO, 1980)¹⁵. Esta ley añadía también que el matrimonio que no se celebrara conforme a las disposiciones en ella establecidas no produciría efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes. El matrimonio sigue reuniendo los mismos requisitos, la unidad y la indisolubilidad. Se establece además que las únicas resoluciones que tendrán efectos civiles serán las de los Tribunales civiles y ningún efecto producirán las decisiones de los Tribunales eclesiásticos.

Pero en la práctica esta ley tuvo poca aplicación dado que las personas seguían contrayendo matrimonio por la Iglesia católica, por lo que al final se introdujo el sistema matrimonial canónico civil, es decir, el matrimonio civil subsidiario, el cual es el antecedente histórico de nuestro actual artículo 42 del vigente Código Civil.

- La Constitución de 1876: se vuelve a consagrar la confesionalidad del Estado, pero no en los mismos términos que en las Constituciones anteriores, sino incluyendo la libertad religiosa. Durante su vigencia se elaboraron diversos proyectos de Código Civil. El primero de ellos fue el de 1882, en el cual se establece que son válidos varios tipos de matrimonio entre los que se encuentran los celebrados conforme a las disposiciones de la Iglesia católica, el celebrado en España conforme a lo dispuesto en el Código y el contraído en el extranjero siendo españoles ambos contrayentes o uno de ellos en la forma establecida donde tuviere lugar su celebración (no produciría efectos civiles en caso de ser contrario al ordenamiento español). La unidad e indisolubilidad siguen siendo caracteres esenciales del matrimonio.

El siguiente proyecto de Código Civil fue el de 1889 en el cual se intenta armonizar la libertad de conciencia con las convicciones religiosas de la mayoría de los

¹⁵ (ROLDÁN VERDEJO, 1980) *La ley de matrimonio civil de 1870: historia de una ley olvidada*. Granada. Ed: Print.

españoles. Se establecen dos formas de matrimonio, la canónica que deben contraer todos los que profesen la religión católica, teniendo plenos efectos civiles, y la civil. (MANRESA Y NAVARRO, DE CÁRDENAS, & CHAMORRO PIÑERO, 1943)¹⁶

- La Constitución de 1931: este es el primer texto constitucional en el que se hizo mención expresa de la familia y del matrimonio. Se declaraba la no confesionalidad del Estado, el principio de libertad ideológica y religiosa y la secularización del Estado. Por vez primera se regula la institución del divorcio, disolviendo el matrimonio, dejando de ser la indisolubilidad del vínculo una característica esencial del matrimonio. En cuanto a la legislación matrimonial del año 1932, se establece como única forma de matrimonio la civil, teniendo sólo competencia en esta cuestión los Tribunales civiles. (LABACA ZABALA, 2005)¹⁷
- El periodo franquista: en esta época se vuelve nuevamente a la confesionalidad del Estado y toda la legislación promulgada está informada por ella. Toda la legislación republicana queda derogada, incluida la ley de matrimonio civil, y con ello se deniega el derecho a celebrar matrimonio que no sea canónico a aquellos que sean católicos, además de producir la nulidad de los matrimonios civiles celebrados por aquellos que no están en plena comunión con la Iglesia católica. Respecto a la ley del divorcio, se declara nula, aplicándose la ley de 1939 con efectos retroactivos, volviendo a ser, por tanto, la indisolubilidad del vínculo un elemento esencial del matrimonio junto a la unidad. Esto tuvo graves consecuencias como son que todos los divorcios producidos desde el año 1932, que se promulga la ley de divorcio, hasta 1939. que se deroga, son nulos, surgiendo un problema aun mayor, que todas aquellas personas que se han vuelto a casar y han formado otra familia, se encuentran en la situación de que su nuevo matrimonio no es válido, que siguen casados con su anterior cónyuge y, si además han tenido descendencia en su nueva relación, que estos son considerados ilegítimos a ojos de la legislación de la época.

2.4 Formas del matrimonio en el Código Civil

Antes de hablar de las formas de contraer matrimonio permitidas en el Código Civil hemos de decir que hay tres sistemas matrimoniales aceptados por las distintas legislaciones en la

¹⁶ (MANRESA Y NAVARRO, DE CÁRDENAS, & CHAMORRO PIÑERO, 1943) *Comentarios al código civil español*. Madrid. Ed: Print

¹⁷ (LABACA ZABALA, 2005) *Op. Cit.*

materia a la hora de contraer matrimonio. En primer lugar, aquel al que sólo se le reconoce eficacia si el matrimonio se ha contraído de acuerdo a la legislación civil, el cual se da en países aconfesionales como por ejemplo en Francia. En segundo lugar, tenemos aquellos en los que sólo se reconoce eficacia al matrimonio si este ha sido contraído de acuerdo a las normas religiosas como ocurre en los países de religión musulmana. Y, en tercer lugar, el cual es de aplicación por nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra el mixto, en el que se concede eficacia civil a los matrimonios contraídos de forma religiosa siempre y cuando sea de las confesiones admitidas en el Registro de Entidades Religiosas del Estado, debiendo cumplir una serie de requisitos. Esta circunstancia se recoge en los artículos 49 y 60 del Código Civil.

Dicho esto, las formas de celebración del matrimonio son la religiosa y la civil.

El matrimonio realizado en forma religiosa produce efectos civiles desde su celebración y plenos efectos una vez que haya sido inscrito en el Registro Civil¹⁸, cabiendo cualquier forma religiosa legalmente prevista. Esto es, en la forma y con las solemnidades previstas por las confesiones que estén inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, y a pesar también del principio de libertad religiosa establecido por el artículo 16 de la Constitución española.

La iglesia católica, por su notable presencia en la sociedad española, formalizó los Acuerdos entre el Estado y la Santa Sede en el año 1979, gozando de ciertas prerrogativas de las que no gozan las demás confesiones. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)¹⁹

El resto de confesiones que han alcanzado acuerdos con el Estado son la Iglesia evangélica, la judía y la islámica, todas ellas en 1992, lo que significa que los matrimonios celebrados conforme a sus respectivos ritos también tienen efectos civiles.

No obstante, desde la fecha de entrada en vigor de la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, se ha decretado que son entidades religiosas de notorio arraigo en España las siguientes: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), la

¹⁸ Artículo 60.3 CC: Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente.

¹⁹ (MORENO QUESADA, y otros, 2017) *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*. Valencia. Ed: Tirant To Blanch. Págs. 58 y 59

Iglesia de los Testigos de Jehová (2006), las Comunidades Budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España (2007) y la Iglesia Ortodoxa (2010)

Aunque tanto el matrimonio católico como el islámico pueden celebrarse sin la tramitación del expediente previo dirigido a constatar la capacidad de los contrayentes, debiendo comprobar además el celebrante católico o el Imán que no se den el resto de impedimentos, ya sean perpetuos o temporales, que imposibilitarían la celebración del matrimonio, los cuales, en el caso del islámico, están redactados en los artículos 35 y siguientes de la *Al Mudawana*. No obstante, en este caso, el Encargado del Registro Civil deberá comprobar que el matrimonio reúne las características necesarias para su validez, pudiendo rechazar la inscripción en caso contrario. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)²⁰

En lo que respecta al matrimonio civil, será explicado en un punto aparte.

3 EL MATRIMONIO MUSULMAN

3.1 Concepto

Según la RAE: “*el matrimonio es la unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales por los cuales ambas se comprometen a llevar una vida en común*”.²¹

En Derecho islámico se reconoce el matrimonio como un contrato que faculta a los cónyuges a disfrutar el uno del otro. Algunas definiciones son: “*acto por el cual se adquiere el derecho a gozar del otro cónyuge*” o “*contrato por el que un hombre y una mujer se unen para una vida conyugal común y duradera*” (MOTILLA DE LA CALLE, LORENZO VÁZQUEZ, & CIÁURRIZ LABIANO, 2002)²²

De esta forma, se excluye el matrimonio de personas del mismo sexo, cosa si aceptada por nuestra legislación civil, pero sin mayor importancia a efectos del presente trabajo.

²⁰ CRESPO MORA, C., MARTÍN SALAMANCA, S., & SANTOS MORÓN, M. (2021). *Manual de derecho civil*. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.

²¹ DICCIONARIO AVANZADO. *Op. Cit.*

²² MOTILLA DE LA CALLE, LORENZO VÁZQUEZ & CIÁURRIZ LABIANO, 2002. *Derecho de familia islámico: los problemas de adaptación al derecho español*. Madrid. Ed: Colex.

Para que un matrimonio islámico tenga validez en nuestro ordenamiento jurídico y se le reconozcan efectos civiles, la celebración debe cumplir con los requisitos que se contienen en los artículos 59 y siguientes del Código Civil y de acuerdo también con el artículo 7 del Acuerdo firmado entre el Estado español y la Comisión islámica de España.

Este Acuerdo establece que, para que a un matrimonio musulmán se le reconozcan efectos civiles en España, se deben de cumplir varios requisitos:

- Los contrayentes deben reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.
- Los contrayentes deben expresar el consentimiento ante un testigo cualificado y al menos ante dos testigos mayores de edad.
- Que los plenos efectos frente a terceros de estos matrimonios se producirán a partir de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.
- Que las personas que deseen inscribir su matrimonio en el Registro Civil deben acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante una certificación expedida por el Encargado del Registro Civil correspondiente.
- Que la inscripción deberá ser realizada en máximo los seis meses posteriores a la emisión de la certificación (o esta perderá su validez).
- Que, una vez realizado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído el matrimonio enviará al Registro Civil la certificación de la celebración para su inscripción en la que se expresaran las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.
- Que el matrimonio podrá inscribirse en cualquier tiempo sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas²³.

Para que los matrimonios celebrados en esta forma religiosa tengan plenos efectos civiles, como dice el artículo 7 del Acuerdo, deben inscribirse en el Registro Civil, retrotrayendo los

²³ BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, páginas 38214 a 38217 (4 págs.)

efectos al momento de la celebración del matrimonio, siendo la inscripción declarativa, siempre que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos en el Código Civil.

Es un paso necesario la realización del expediente prematrimonial por parte del Registro Civil para comprobar que los contrayentes tienen la capacidad necesaria para contraer matrimonio, el cual debe ser tramitado necesariamente en los seis meses anteriores a la celebración del matrimonio. En ausencia de dicho expediente el matrimonio será válido dado que se puede subsanar según el artículo 65 del Código Civil. La consecuencia de su ausencia es que el encargado del Registro Civil deberá comprobar antes de proceder a la inscripción si concurren o no los requisitos legales exigidos para su celebración. (LABACA ZABALA, 2005)²⁴

Como hemos expresado en la introducción, nos vamos a centrar en el matrimonio musulmán regulado en el Código de Familia Marroquí, dado que, por su cercanía, es el que más efectos produce en nuestro país.

El matrimonio musulmán está regulado en el Código de Familia Marroquí, que entró en vigor el 5 de febrero de 2004 derogando al anterior Estatuto Personal y de las Sucesiones (1957-1958). Este código también es llamado la nueva *mudawana*, en el cual se regula la institución del matrimonio en su Libro I.

No podemos olvidar que este código está basado en la religión islámica siendo a su vez la religión del Estado y por otro lado siendo el código parte del derecho positivo marroquí. A su vez, el Rey de Marruecos, Mohammed VI, se ha erigido como el único interprete del Código, basándose en la doctrina de la escuela Malikí.

Debemos tener en cuenta que las disposiciones del Código de Familia se aplican a todos aquellos que profesan la religión musulmana con independencia de que ostenten otra nacionalidad, ya sean personas que viven en Marruecos o ya sean personas que residen en el extranjero, por lo tanto el Código de Familia es de aplicación personal (y por ende, extraterritorial) de forma que regula las relaciones de familia marroquíes residan o no en el territorio de Marruecos ya que el derecho religioso obliga a todas las personas por el hecho de ser creyentes.

²⁴ LABACA ZABALA. *Op. Cit.* Pág. 184

El Libro I del Código de Familia se divide en seis Capítulos, que versan sobre el matrimonio, los esponsales, la capacidad y los requisitos administrativos y formales para contraer matrimonio

En el Derecho Islámico el matrimonio es un contrato que se perfecciona con la concurrencia de la oferta o *iyab* y de la aceptación o *qubul/qabul* expresadas de forma comprensible para ambos contrayentes y para los testigos si alguno de ellos no se puede expresar oralmente.

Para que la celebración del matrimonio sea válida no se requieren específicas exigencias de forma, sino que se trata de un negocio privado que precisa de la expresión del consentimiento por los contrayentes en la forma prevista en el artículo 10²⁵ y la ausencia de impedimentos según el artículo 57²⁶. (ROSA)

El artículo 4 define el matrimonio como “***un pacto basado en el consentimiento y una unión legítima de forma duradero entre el hombre y la mujer, cuyos objetivos son la pureza, castidad y la constitución de una familia estable, mediante el cuidado mutuo de los esposos de conformidad con las disposiciones de este Código***”

En cuanto al compromiso, es una promesa de matrimonio entre un hombre una mujer. Se expresa por cualquier medio comúnmente admitido que signifique promesa de matrimonio y comprende la recitación de la *fatiba* y el intercambio de regalos admitidos por la práctica y el uso (artículo 5)

Esta promesa no tiene consecuencias jurídicas aunque el futuro marido entregue la dote. Eso sí, en el caso de que dicha promesa se rompa, según el artículo 8, cada uno de los prometidos

²⁵ Artículo 10

El matrimonio se contrae mediante la oferta (*iyab*) de uno de los contrayentes y la aceptación (*qubul/qabul*) del otro, utilizando la fórmula consagrada para ello u otras expresiones del lenguaje admitidas por el uso. Se consideran correctas la oferta y la aceptación hechas por escrito por parte de una persona que no tenga capacidad para expresarse oralmente si escribe y, si no, por una señal comprensible por la otra parte y por los dos testigos.

²⁶ Artículo 57

El matrimonio será nulo: 1. cuando no reúna alguno de los elementos esenciales (constitutivos) establecidos en el artículo 10, 2. cuando existe entre los esposos alguno de los impedimentos para la celebración del matrimonio que recogen los artículos 35 y 36 de este Código, 3. cuando los consentimientos de las dos partes no sean concordantes.

ROSA, G. E. (s.f.). *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*. Jaén: Junta de Andalucía.

podrá recuperar lo que entregó como regalo y, si una de las partes realiza un acto que ocasiona un perjuicio a la otra, cabe solicitar una indemnización (artículo 7) ²⁷ (AZOUZ, 2008)

En esta promesa se incluye un acuerdo previo donde los futuros contrayentes pueden fijar las cláusulas que regirán su convivencia (entre las que se incluye la posibilidad de prohibición de la poligamia).

Como hemos citado anteriormente, el matrimonio se contrae mediante la oferta de uno de los contrayentes y la aceptación del otro. Se requiere que ambas se expresen de forma oral (aunque cabe por escrito o por alguna señal comprensible si no fuera posible), que sean concordantes y expresadas en una sola sesión y que sean decisivas sin que estén condicionadas por un plazo o una condición suspensiva o resolutoria

El artículo 13 expresa los requisitos que ha de cumplir el contrato de matrimonio:

- 1) Capacidad del esposo y de la esposa.
- 2) No debe haberse estipulado la supresión de la dote.
- 3) La presencia del tutor matrimonial, en caso de necesidad.
- 4) La presencia de los dos testigos (adules) en el momento en que tiene lugar la declaración de la oferta y aceptación de los cónyuges y su legalización.
- 5) La inexistencia de impedimentos legales.

Pero todos estos requisitos no son esenciales. Si tenemos en cuenta el artículo 57 que declara las causas de nulidad del matrimonio, podemos apreciar que sólo serán esenciales el consentimiento, la capacidad, que no se haya suprimido la dote y la ausencia de impedimentos, que pueden ser temporales o perpetuos. (ROSA)²⁸

²⁷ (AZOUZ, 2008). *Al Mudawana*. Madrid. Ed: Atime

²⁸ Rosa, G. E. (s.f.). *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad*. Jaén: Junta de Andalucía.

3.2 De la capacidad y de la tutela para el matrimonio

Según el artículo 19 del CF, la capacidad para el matrimonio la adquiere el joven y la joven que goce de facultades mentales al cumplir los 18 años solares. Esto se debe poner en relación con el artículo 212 que expresa las causas de incapacidad²⁹.

En caso de que alguno de los jóvenes no tenga la capacidad suficiente para contraer matrimonio, le corresponderá al juez de familia autorizar dicho matrimonio mediante decisión justificada que explique el interés y los motivos que lo justifiquen, después de oír a los padres del menor o a su representante legal y de recurrir a la experiencia médica o a la realización de una investigación social (artículo 20 CF). Dicha decisión no será susceptible de apelación.

En cuanto a si el matrimonio es de un menor, este requiere que sea autorizado por su representante legal, que en principio será su padre dado que la madre sólo tiene este deber en ausencia del padre o en caso de que este sea incapaz. (ROSA)³⁰

Para la mujer, el artículo 24 es una importante modificación de los requisitos para celebrar el contrato de matrimonio ya que, según la regulación anterior no podía otorgar el consentimiento por sí sola, sino que tenía que estar representada por un hombre, habitualmente su padre. Sin embargo, actualmente se prevé que, una vez que alcance la mayoría de edad, no necesita que otra persona ostente su representación legal³¹. Por si misma podrá decidir si contrae matrimonio o si delega en algún pariente.

²⁹ Artículo 212

Las causas de incapacidad (hayr) son de dos clases: la primera implica la limitación de la capacidad y la segunda la pérdida de la capacidad.

³⁰ Rosa, G. E. (s.f.) *Op. Cit.*

²⁸ Artículo 24

La tutela (wilaya) es un derecho de la mujer, que ejerce tras alcanzar la mayoría de edad según su elección e interés.

Artículo 25

La mujer mayor de edad puede contraer matrimonio por sí misma o delegar en su padre o alguno de sus parientes.

3.3 De la dote

La dote es lo que ofrece el esposo a su esposa como manifestación del deseo de contraer matrimonio, constituir una familia estable y consolidar las bases del afecto y de la convivencia entre los cónyuges, siendo su fundamento legal su valor moral y simbólico, no su valor material (artículo 26 CF)

En el Código de Familia no se fija una cuantía máxima ni mínima de la dote lo cual nos permite deducir que ha tenido presente su fin simbólico y así se impide interpretarlo como un precio que se paga por la mujer. (ROSA)³²

La dote se debe consignar en el acta de matrimonio en el momento de su celebración y, en su defecto, la fijarán los cónyuges. Es decir, debe fijarse en el momento de la conclusión del contrato matrimonial y, si no se expresa su cuantía, se considera que es un matrimonio delegado (artículo 27³³). Esto quiere decir que se delega la fijación del montante económico o de los bienes que constituyen la dote, que es un requisito para la validez del matrimonio. Por tanto, la dote delegada no se determina a la hora de concluir el contrato matrimonial sino después, no pudiendo ser de cuantía inferior a la que han recibido las mujeres de la familia de la esposa (dote de paridad o dote por equivalencia).

La dote es propiedad de la mujer, según estipula el artículo 29 del CF, y puede disponer de ella como quiera. El esposo no tiene derecho a reclamarle enseres u otros bienes a cambio de la dote que le ofreció. La dote se pagará al vencimiento del plazo acordado y la esposa podrá pedir el pago antes del inicio de la cohabitación conyugal o puede consumar el matrimonio y que la dote se convierta en una deuda a cuenta del marido, cuyo pago puede ser exigido en cualquier momento.³⁴ (AZOUZ, 2008)

³² Rosa, G. E. (s.f.). *Op. Cit.*

³³ Artículo 27

La dote quedará consignada en el acta de matrimonio en el momento de su celebración. En su defecto, la fijarán los cónyuges. Si los cónyuges, después de consumar el matrimonio, no se hubieran puesto de acuerdo sobre la cuantía de dicha dote, el tribunal procederá a fijarla en función de la clase social de dichos cónyuges.
(AZOUZ, 2008) *Op. Cit.*

³¹ Artículo 31

La dote se pagará al vencimiento del plazo acordado.

La esposa podrá pedir el pago establecido de la dote antes del inicio de la cohabitación conyugal. Si tiene lugar la cohabitación conyugal antes del pago, la dote se convertirá en una deuda a cuenta del esposo

La esposa tendrá derecho a la dote completa tras la consumación del matrimonio o tras el fallecimiento del marido, si tiene lugar antes de la consumación.

Todo lo que la esposa tiene como ajuar y enseres se considera propiedad de ella. En caso de disputa, se siguen las reglas del artículo 34³⁵.

3.4 De los impedimentos para el matrimonio

La *mudawana* expresa que los impedimentos para el matrimonio pueden ser de dos tipos: perpetuos o temporales.

- En cuanto a los perpetuos, están regulados en los artículos 36 a 38:

Está prohibido el matrimonio del hombre con sus ascendientes y descendientes, con las descendientes de sus ascendientes de primer grado y con las descendientes de primer grado de cada ascendiente hasta el infinito. Este galimatías caligráfico en definitiva lo que quiere decir es que la prohibición abarca hasta el tercer grado de consanguinidad (primas).

Por otro lado, también se prohíbe el matrimonio por causa de parentesco (es decir, por afinidad) del hombre con las ascendientes de su esposa desde la conclusión del matrimonio y con las descendientes de la esposa siempre que el matrimonio se haya consumado, y en todos los grados con las ex – esposas de ascendientes y descendientes desde la celebración del matrimonio-.

En cuanto al artículo 38, introduce una diferencia para con nuestro derecho dado que expresa que la lactancia entraña los mismos impedimentos que la filiación y el parentesco por alianza o afinidad, formando el niño amamantado parte de la familia de la nodriza y de su esposo. (ROSA)³⁶

Pero, para que esta circunstancia sea un impedimento, la lactancia debe desarrollarse durante los dos primeros años de vida antes del destete. Esto implica que no sólo ese niño tendrá los

³² Artículo 34

Todo lo que la esposa tiene como ajuar y enseres se considera propiedad de ella.

Si se disputa sobre el resto de los enseres, su división se someterá a las reglas generales de prueba.

Sin embargo, si ninguno de ellos tiene una prueba, prevalecerá lo sostenido por el esposo previo juramento en cuanto a los enseres propios de los hombres, y lo sostenido por la esposa previo juramento en cuanto a los enseres propios de las mujeres.

En cuanto a los enseres propios de los hombres y de las mujeres indistintamente, se dividirán después del juramento de ambos, a menos que uno de ellos rehúse jurar y jure el otro, en cuyo caso se resuelve a favor de este último

³⁶ Rosa, G. E. (s.f.). *Op. Cit.*

impedimentos para con la familia de su “madre de leche” sino que también el padre del niño no podrá casarse con ella ni con sus ascendientes o descendientes, ni siquiera con sus “hijas, hermanas, tías o sobrinas por lactancia”

Todas estas prohibiciones derivan del Derecho Islámico y, como tal, están recogidas en el Corán (Sura IV, aleya 23) (GARCÍA, 2013)³⁷

- En lo que se refiere a los impedimentos temporales vienen redactados en los artículos 39 a 46³⁸:

Respecto a los impedimentos temporales expresados en el artículo 39 del CF, en el primer apartado se hace referencia a los supuestos en los que el hombre pretende contraer matrimonio simultáneamente con dos mujeres unidas por una relación de parentesco explicados anteriormente en el artículo 38 del CF.

El segundo apartado, referido a la poligamia, será explicado más adelante.

En cuanto al tercer apartado, la redacción es bastante clara al respecto. Un hombre que ha disuelto su vínculo tres veces de forma sucesiva no podrá casarse hasta que pase el periodo legal de continencia.

El apartado cuatro, que trata sobre la disparidad de cultos, he de decir que hay dos situaciones diferentes. En caso de que sea el hombre o la mujer quien profese la diferente religión. Si es la mujer, el hombre podrá casarse con ella siempre que profese alguna de las religiones del

³⁷ GARCÍA, I. 2013. *Traducción comentada de El Corán*. Bogotá.

³⁸ Artículo 39. Los impedimentos temporales para el matrimonio son: 1. el matrimonio simultáneo con dos hermanas o con una mujer y su tía paterna o materna, sea de parentesco o por lactancia; 2. el hecho de tener un número de esposas superior a las permitidas legalmente; 3. el matrimonio entre dos personas, cuando se ha disuelto la unión anterior entre ellas a través de talaq pronunciado tres veces de forma sucesiva, hasta que no haya pasado el período de retirada legal (idda) consecutivo al matrimonio concluido y consumado legalmente con otro esposo. No obstante, el matrimonio de la mujer, cuyo primer matrimonio se ha disuelto por talaq (mutalaq), con un tercero anula este impedimento y el nuevo matrimonio puede disolverse nuevamente mediante talaq tres veces consecutivas; 4. el matrimonio de una mujer musulmana con un hombre no-musulmán, y el matrimonio de un hombre musulmán con una mujer no-musulmana, salvo si ella profesa alguna de las religiones del Libro; 5. el matrimonio con una mujer casada o en período legal de continencia (idda e istibra’).

Libro. El problema viene cuando es el hombre el que profesa otra religión, ya que la mujer no podrá casarse con él. Pero, como dice el epígrafe, estamos ante impedimentos temporales, es decir, el hombre puede convertirse al Islam antes de celebrar el contrato matrimonial.

El quinto apartado tiene relación con el tercero. Una mujer que este en periodo de continencia no podrá casarse de nuevo hasta que finalice el plazo establecido. Podemos diferenciar dos casos:

Iddah: es el periodo que una mujer debe esperar después de la muerte de su esposo o de un divorcio durante el cual no podrá casarse con otro hombre. En caso de divorcio, deberá esperar tres meses y, en caso de viudedad, serán cuatro meses y diez días (Corán: Sura II, aleyas 228 y 234 respectivamente)³⁹.

Istibra: en este caso se guarda el periodo de continencia si la mujer ha tenido relaciones extramatrimoniales o ha consumado el matrimonio bajo presunción errada de su legitimidad. El plazo será entre uno y dos meses. (GARCÍA, 2013)⁴⁰

Artículo 39.2 del Código de Familia Marroquí. La poligamia

La poligamia es un régimen familiar en el que se permite, generalmente al varón, la pluralidad de cónyuges. (ESPAÑOLA, 2011)⁴¹

El artículo 39.2 del Código de Familia Marroquí expresa que es un impedimento para el matrimonio en el caso de superar el número de esposas permitido legalmente, lo cual está establecido en el Corán y es de cuatro.

³⁵ 228. Las divorciadas deberán esperar tres menstruos [para poder volverse a casar], y no les es lícito ocultar lo que Dios creó en sus vientres, si es que creen en Dios y el Día del Juicio. Sus maridos tienen más derecho a volver con ellas durante ese plazo, si desean reconciliarse. Ellas tienen tanto el derecho al buen trato como la obligación de tratar bien a sus maridos. Y los hombres tienen un grado superior [de responsabilidad] al de ellas; Dios es Poderoso, Sabio

234. Las viudas deberán esperar cuatro meses y diez días. Luego de ese plazo no serán reprochadas por lo que dispongan hacer consigo mismas [siempre que sea] de manera correcta, y Dios sabe lo que hacen

⁴⁰ GARCÍA 2013. *Op. Cit.*

⁴¹ Diccionario de la RAE

Este término se aplica tanto a los matrimonios de un hombre con varias mujeres, que se denomina poliginia, como al de una sola mujer con varios hombres, denominado poliandria.

En la religión musulmana sólo está aceptada la categoría llamada poliginia, aunque el lenguaje común entiende este tipo de práctica como poligamia, por ello nos referiremos a ella en este trabajo de dicha manera, siendo la expresión más usada.

La poligamia tuvo su origen en las culturas antiguas de Oriente medio y en África, después fue recogida por el Corán y hoy en día es un modelo de familia aceptado por la mayoría de las legislaciones de los países islámicos.

El apartado segundo del artículo 39 se refiere a la poligamia, prohibiendo el matrimonio con un número de esposas superior al permitido legalmente. (ROSA)⁴²

El número de esposas permitido viene delimitado en el Corán. Como he dicho en otras ocasiones, el Derecho islámico está basado en la religión y por tanto en su Libro sagrado el cual permite esta práctica en la Sura IV aleya 3⁴³, permitiendo hasta un máximo de cuatro esposas siempre y cuando se den unos requisitos. Pero este precepto se ha entendido por algunos como una prohibición implícita de la poligamia ya que sería prácticamente imposible obrar con igual justicia con todas las esposas tanto en el ámbito afectivo como en el económico. (AZOUZ, 2008)⁴⁴

Por otro lado, debemos expresar que la poligamia no se regula de la misma manera en todos los países que profesan el islam, habiendo importantes diferencias en su regulación, por ejemplo, mientras en Túnez está completamente prohibida, en Marruecos y Argelia está permitida siempre y cuando se cumplan unas condiciones, y en otros Estados directamente se acepta sin ningún tipo de restricción.

Viene regulada del artículo 40 al 46 del CF:

El artículo 40 del CF prohíbe la poligamia cuando pueda tener lugar una situación injusta entre las esposas. Igualmente la prohíbe en el caso de que la esposa haya establecido una

⁴² ROSA G. E. *Op. Cit.*

Traducción comentada de El Corán (GARCÍA, 2013)

⁴⁴ AZOUZ. *Op. Cit.*

cláusula en virtud de la cual el esposo se compromete a no tomar otra esposa.⁴⁵ (GARCÍA, 2013)

Esta cláusula, introducida en la *Mudawana* en la reforma del 2004, pretende proteger a la mujer de los efectos que puede tener la poligamia sobre la familia, estableciendo que, en el caso de que surja, debe ser con justicia y equidad entre las esposas en todos los ámbitos de la vida. El juez no autorizara la poligamia en dos casos:

- Cuando no se demuestre la existencia de una causa objetiva y excepcional que la justifique.
- Cuando el solicitante no disponga de los recursos suficientes para mantener a las dos familias y para garantizarles de forma equitativa el sustento, el alojamiento y la igualdad en todos los ámbitos de la vida.

Algunas de estas causas son la esterilidad de la mujer o la residencia de la esposa lejos del lugar donde vive el marido.

Ambos requisitos deben ser reunidos de forma acumulativa y siempre interpretando esta disposición conforme al criterio de equidad entre las esposas que establece el artículo 40 del CF.

En el caso de que la mujer no haya introducido ninguna cláusula de prohibición de la poligamia en su contrato matrimonial, el marido podrá pedir su autorización ante el Tribunal. Esta solicitud deberá incluir los motivos objetivos y excepcionales que la justifican además de una declaración de la situación económica del solicitante.

El Tribunal citará a la esposa a una comparecencia y se debatirá en la cámara del Consejo en presencia de ambas partes. La decisión que tome debe describir las medidas que deben adoptarse en favor de la primera esposa y de los hijos nacidos de su matrimonio con el marido. Esta decisión no será susceptible de recurso siempre y cuando la decisión esté justificada y se cumplan los requisitos legales.

⁴⁵ No se casen con las huérfanas que han criado si temen no ser equitativos [con sus dotes], mejor cásense con otras mujeres que les gusten: dos, tres o cuatro. Pero si temen no ser justos, cásense con una sola o con una esclava, porque es lo mejor para evitar cometer alguna injusticia GARCÍA 2013. *Op. Cit.*

Cuando durante los debates se acredite que no es posible que continúe la relación matrimonial por insistencia del marido en la poligamia y de la mujer en el divorcio, el Tribunal establecerá un importe económico a favor de la esposa y los hijos que el marido tiene la obligación de mantener. A partir de su depósito, el Tribunal pronunciara la sentencia de disolución del vínculo matrimonial. En caso de que la esposa no inste el divorcio, pero no consienta la poligamia se seguirá el procedimiento de los artículos 94 a 97 del CF, que en resumen establecen que dos árbitros intentaran poner fin a la disensión entre los cónyuges y, en caso de que no fuera posible, el Tribunal lo hará constar en un acta y declarara la disolución del matrimonio y pronunciara los derechos de la esposa en función de la responsabilidad de cada uno en cuanto a las causas de disolución.

En el caso de que la poligamia sea autorizada, el juez deberá informar a la futura mujer de que dicho hombre ya está casado y sólo podrá autorizarse el acta una vez que ella haya expresado su consentimiento. Ambas circunstancias deben inscribirse en el acta oficial⁴⁶.

El problema que surge con la poligamia es porque la relación conyugal en el matrimonio musulmán está basada en la superioridad del marido por encima de la mujer o mujeres, rompiendo con el principio de igualdad que es básico en la legislación de los países occidentales, entre los que se encuentra España, vulnerando este derecho fundamental.

Las sociedades han dejado de ser homogéneas. El fenómeno de la inmigración ha hecho que se mezclen las diferentes culturas rompiendo con esa homogeneidad social. Este hecho hace que los países acepten algunos rasgos de otras culturas, pero sin sobrepasar ciertos límites, entre los que están, y siempre deberían estar, el respeto a los derechos y libertades fundamentales que derivan de nuestra Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Dicho esto, no hemos de olvidar que en nuestro país es un principio básico el respeto a la diversidad cultural y religiosa, principio que deberá ser protegido e incluso promocionado por los poderes públicos para que quien quiera ejercitarlos no se vea excluido del círculo social que le rodea pero que no comparte su cultura.

⁴⁶ Rosa, G. E. (s.f.). *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*. Jaén: Junta de Andalucía

Para esto, los Estados se han visto en la necesidad de flexibilizar sus normas internas y esto se ha realizado con la atenuación de la cláusula de orden público internacional. Ya no se aplican soluciones rígidas e inflexibles, sino que se intenta conciliar las leyes extranjeras con las exigencias mínimas del ordenamiento jurídico del foro, aplicándolo de manera flexible, de manera que se tutelen de forma más efectiva los derechos de esta nueva sociedad heterogénea en la que deben coexistir las diferentes culturas. Porque la imposición de los valores y principios propios del Estado no casa con la protección del pluralismo sociológico, cultural y religioso que se promueve hoy día y que enriquece nuestra sociedad. (LABACA ZABALA, 2005)⁴⁷

Pero de ahí a admitir plenamente la poligamia para evitar la lesión de la libertad religiosa porque ciertos grupos la consideren como uno de sus principios básicos de organización social y familiar hay un mundo. La libertad religiosa no se puede considerar vulnerada porque un Estado no reconozca efectos jurídicos a los matrimonios celebrados en forma religiosa, ya que estos se rigen por disposiciones normativas de cada país⁴⁸. Así pues, el matrimonio polígamo no puede tener eficacia en el derecho español al vulnerar ciertos derechos fundamentales tan importantes como es el derecho a la igualdad efectiva recogido en el artículo 14 y el derecho a la dignidad de la persona del artículo 10.1 de nuestra Constitución Española, entre otros.

4 EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

4.1 Concepto y naturaleza jurídica.

Como hemos expresado anteriormente, el matrimonio es la unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales por los cuales ambas se comprometen a llevar una vida en común⁴⁹

La definición de matrimonio como tal no viene expresada en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico, debiendo acudir para ello a la doctrina y los estudiosos del Derecho. Así, por ejemplo, una definición es “*la unión estable de dos personas físicas (de igual o distinto sexo), concertada entre ellas de acuerdo con determinadas formalidades*

⁴⁷ LABACA ZABALA 2005. *Op. Cit.*

⁴⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 12: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570

⁴⁹ *Op. Cit.*

previstas en la ley, con ánimo de compartir vida y existencia”. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁵⁰

Por su parte, Sánchez Calero lo define como la unión estable de dos personas físicas, concertada entre ellas de acuerdo a determinadas formalidades previstas por la ley, con ánimo de compartir vida y existencia

Otra definición que encontramos en la doctrina es: “*negocio jurídico bilateral y formal por el que los contrayentes declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena*” (MUÑOZ, 2020)⁵¹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, ha sido muy discutida por la doctrina. Se dice que es un negocio jurídico del Derecho de familia dado que se basa en un acuerdo de voluntades de los partícipes en él, siempre que estos emitan una declaración de voluntad expresando su consentimiento. Y, dentro de la categoría de los negocios jurídicos, se defiende su naturaleza contractual ya que esas declaraciones de voluntad tienden a producir unos determinados efectos jurídicos en los contrayentes. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁵²

Dichas declaraciones, hoy día son completamente pactables, pudiendo los cónyuges establecer el régimen económico del matrimonio, el domicilio conyugal o el modo de convivencia, entre otras cuestiones. Si bien, los efectos que produce el matrimonio serán los estipulados por la ley, no habiendo opción de cambio por los contrayentes, con lo cual más bien podríamos determinar que el matrimonio es un acto jurídico el cual se lleva a cabo con consentimiento de las partes, por su propia voluntad, pero produce unos efectos determinados estipulados por la ley, que además, tiene un carácter predominantemente imperativo. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁵³

⁵⁰ CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA & SANTOS MORÓN. *Manual de derecho civil*. Madrid. Ed: Wolters Kluwer. Pág. 76

⁵¹ MUÑOZ, X. O. (2020). *Compendio de derecho civil tomo IV tercera edición*. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. Pág. 26

⁵² (MORENO QUESADA, y otros, 2017) *Curso de derecho civil iv. derechos de familia y sucesiones*. Valencia. Ed: Tirant lo Blanch.

⁵³ (MORENO QUESADA, y otros, 2017) *Ibidem*

4.2 Regulación

El matrimonio está regulado en la Constitución española, artículo 32, expresando que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de contraer matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos⁵⁴.

Este es un artículo de contenido mínimo que fue desarrollado por el Código Civil. Si bien, aunque el primer apartado de dicho artículo habla sobre el hombre y la mujer, desde la entrada en vigor el día 3 de julio, de la Ley 13/2005 del 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio incluyendo a las parejas del mismo sexo, queda claro que este artículo les es también de aplicación.

Esto hay que ponerlo en relación con el artículo 14 CE que regula la igualdad efectiva de todos los españoles ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación por ninguna causa, incluida desde luego la religión.

Por otro lado, el artículo 16 CE, garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades con la sola limitación del mantenimiento del orden público protegido por la ley, concepto indeterminado que la evolución de la sociedad ha hecho que se haya ido desarrollando y atenuando con los años y que no tiene el mismo contenido y limitación hoy día que en 1978 cuando se redactó nuestra Constitución, cosa que el legislador no puede ignorar y siendo su obligación adaptar el ordenamiento jurídico a las necesidades sociales del momento en el que nos encontramos.

Sobre el matrimonio también se habla en el artículo 39 CE que trata sobre la protección de la familia, sobre todo de los hijos y las madres independientemente de su estado civil. Hemos de darnos cuenta de que no se usa en este precepto el término de matrimonio, sino el de familia, encomendando la labor a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia⁵⁵.

La definición de este concepto nace fuera del Derecho como una necesidad universal y natural que ha estado presente en todas las civilizaciones a lo largo de la historia. Por ello no se puede dar una definición estática, siendo un concepto que va evolucionando a la par que

⁵⁴ «BOE» núm. 311, de 29/12/1978

⁵⁵ «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

lo hace la sociedad. Podría denominarse familia a cualquier grupo de personas vinculadas entre sí por relaciones de parentesco, incluyendo algunas definiciones la necesidad de que convivan. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁵⁶

Así, en principio, se consideraba familia sólo a la formada por un matrimonio monógamo y heterosexual, pero incluyendo hoy día desde este tipo de familias, pasando por familias monoparentales (desde la aprobación del divorcio), a familias de parejas del mismo sexo, incluso las familias derivadas del poliamor, las comunas y, porque no, también de la poliginia, si bien no todas ellas están reconocidas y amparadas por nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución española recoge una definición histórica de familia y de matrimonio, pero esto no impide que se pueda proteger a otro tipo de familias

En último término, la CE, en su artículo 149.1.8 expresa que el Estado tendrá competencia exclusiva sobre la regulación de las formas del matrimonio.

Estas circunstancias del 32 CE son reguladas por el Código Civil en el Libro Primero, Título IV, artículos 42 y siguientes del Código⁵⁷.

4.3 Requisitos del matrimonio

Antes de hablar de los requisitos del matrimonio, el Código Civil trata el tema de los esponsales o promesa de matrimonio en sus artículos 42 y 43.

Los esponsales son la promesa que hace una persona a otra sobre la futura celebración del matrimonio. Su origen está en el Derecho Romano, si bien no tiene el mismo contenido actualmente. Hoy día el artículo 42 expresa que no se puede obligar a una persona a contraer matrimonio aun habiendo promesa de por medio, incluyendo en su redacción que las demandas interpuestas por esta causa no serán admitidas a trámite.

Por su parte, el artículo 43 establece que no cabe indemnización derivada del incumplimiento de esta promesa, aunque se hubiera fijado cierta cantidad por dicho incumplimiento. Pero si da la opción de pedir el resarcimiento de los gastos realizados y reclamar las obligaciones

⁵⁶ (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021) *Manual de derecho civil*.

⁵⁷ BOE: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889

contraídas como consecuencia del matrimonio prometido, teniendo un año para ejercitar dicha acción so pena de caducidad de la misma.⁵⁸ Para poder ejercitarla se deben dar unos requisitos: En primer lugar, ha de haber una promesa cierta realizada por una persona con capacidad para contraer matrimonio. Esto no quiere decir que sea necesario una formalización de algún modo concreto, pero sí que pueda ser demostrable (bien mediante fotografías de la pedida de mano, la reserva del restaurante, testimonio de personas presentes en la pedida de mano...), es decir, que esta certeza sea seria, una autentica y verdadera voluntad de celebración. Por otro lado, debe haber unos gastos o asunción de obligaciones por la parte que no ha incumplido pero que deben guardar relación directa con la promesa de matrimonio (así, por ejemplo, la compra del vestido de novia, los gastos del viaje de novios...), de modo que, si son anteriores a la promesa o no se realizaron con el fin directo del matrimonio, no serán resarcidos. Tampoco serán indemnizables bajo ninguna circunstancia mediante esta acción el lucro cesante ni los daños morales. Si bien estos últimos podrían tener cabida en la acción de daños generales del artículo 1902 del Código Civil. El tercer requisito para poder ejercitar la acción de resarcimiento de gastos por ruptura de la promesa de matrimonio es que la ruptura sea sin causa. Es decir, nadie puede ser obligado a contraer matrimonio y cualquiera podrá echarse atrás, pero en función del motivo por el que lo haga tendrá que resarcir los gastos o no. Así, en caso de que haya causa legítima, que según la jurisprudencia son aquellas que impedirían razonablemente que el futuro matrimonio cumpla las funciones y los fines que le son propios, al rompen la promesa de matrimonio no habrá de indemnizar al otro, mientras que, si la ruptura es sin ningún motivo aparente, sí que se deberá resarcir de los gastos y obligaciones contraídas. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁵⁹

Dicho esto, pasamos a hablar sobre los requisitos que tiene el matrimonio, que son la solemnidad y la unidad.

4.3.1 Solemnidad

La solemnidad es entendida como la necesidad de observar una serie de formalidades cuya ignorancia conllevaría la nulidad del matrimonio.

⁵⁸ BOE: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889

⁵⁹ CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021. *Op. Cit.* Págs 77 a 80.

Basándonos en el Compendio de Derecho civil, tomo IV de Derecho de familia de Xavier O'Callaghan se van a desarrollar a continuación los requisitos del matrimonio relativos a la solemnidad. Dentro de estos requisitos se distinguen los personales, el formal (la forma de celebración) y el material (el consentimiento)

Incluido en los requisitos personales encontramos dos tipos: los físicos y los morales.

Los físicos son la edad y la aptitud mental.

- La edad viene recogida de forma negativa en el Código Civil expresando, en el artículo 46, que: *no pueden contraer matrimonio: 1º los menores de edad no emancipados*. De esto se desprende que pueden contraer matrimonio las personas mayores de edad y los menores que estén emancipados. De acuerdo al Código Civil, artículos 241 a 245, habrá de ser siempre mayor de 16 años. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)
- Respecto a la aptitud mental, se desprende de la naturaleza que tiene el matrimonio de negocio jurídico expreso cuyo elemento esencial es la concurrencia de voluntades, y así lo expresa el artículo 45 del Código Civil⁶⁰; requisito sin el cual el matrimonio se volverá nulo. Los que presten su consentimiento lo tienen que hacer con plena capacidad de querer y entender el acto que están realizando. Esto no quiere decir que los que precisen medidas de apoyo por discapacidad de algún tipo no puedan contraer matrimonio, sino que se recabará dictamen médico siempre que se trate exclusivamente de deficiencias de carácter psíquico y en las que, de modo evidente, categórico y sustancial, se puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial, no cabiendo en aquellos que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁶¹

En cuanto a los requisitos morales podemos encontrar: la libertad, el parentesco y el crimen.

⁶⁰ Artículo 45. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

⁶¹ (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021) *Op. Cit.* Pág. 83.

- La libertad se refiere a que los contrayentes no estén ligados por vínculo matrimonial alguno. Es el denominado impedimento de ligamen del artículo 46 del Código Civil⁶². Este requisito no puede ser dispensado ni convalidado. En caso de que haya un matrimonio y la persona quiera contraer un segundo matrimonio debe disolver previamente el primero para obtener el requisito de libertad. En caso contrario, el matrimonio sería nulo, pudiendo incluso incurrir en el delito de bigamia del artículo 217 del Código Penal⁶³.
- El parentesco es el impedimento de matrimonio por razones fisiológicas o de adopción, es decir, consanguinidad en línea recta totalmente y en línea colateral parcialmente (hasta el tercer grado). Viene regulado en el artículo 47 del Código Civil⁶⁴. Ciertos casos pueden ser dispensados por el Juez como el matrimonio en línea colateral de tercer grado, pero siempre con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria. Esta dispensa vendría a convalidar el matrimonio desde su celebración siempre que la nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes según el artículo 48 del Código Civil. Sin embargo, no cabe dispensa alguna en el caso de parentesco en línea recta, sea por consanguinidad o por adopción.
- El crimen es el tercer obstáculo que recoge el Código Civil en el apartado tercero del artículo 47. Consiste en la prohibición de contraer matrimonio entre sí a aquellos sobre los que pesa una condena por participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad. La comisión del delito ha debido de ser dolosa, no cabe imprudente ni tampoco en grado de tentativa. La condena ha de ser firme. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁶⁵

⁶² Artículo 46. No pueden contraer matrimonio: 2. ° Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

⁶³ Artículo 217. El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

⁶⁴ Artículo 47. Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3. Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

⁶⁵ (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021) *Op. Cit.* Págs. 81 y 82.

Este impedimento es también dispensable por el Juez, con justa causa y a instancia de parte, e, igualmente que el anterior, convalida el matrimonio desde su celebración.

El requisito material para la celebración del matrimonio es el consentimiento.

- Consentimiento: es la concordancia de las dos declaraciones de voluntad de ambos cónyuges de querer contraer matrimonio. Viene recogido en el artículo 45 CC que cita: “***no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, termino o modo del consentimiento se tendrá por no puesta***”. Claramente se expresa en este artículo que dicho consentimiento no puede estar sujeto a término, modo ni a condición alguna, siendo ignorados en caso de que se estipularan y manteniendo el matrimonio. Se presupone que si hay consentimiento hay conciencia y voluntad para prestarlo. El caso de falta de conciencia sería aplicable a la falta de aptitud mental de alguno de los cónyuges, que, como hemos expresado anteriormente, es un requisito personal sin el cual el matrimonio sería nulo. Este requisito debe ser comprobado en el expediente previo al matrimonio por el profesional que vaya a formalizar el matrimonio. Por su parte, la falta de voluntad significa que se contrae matrimonio sin verdadera intención de hacerlo.

Aun con la prestación del consentimiento por ambos cónyuges, este puede ser eliminado mediante algún vicio de la voluntad que provoque la nulidad del matrimonio como son el error, la coacción o el miedo.

El error es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad según el artículo 73.4 del Código Civil. Para ello, debe basarse en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubiesen sido determinantes para la prestación del consentimiento dentro de las cuales no se pueden incluir las circunstancias meramente patrimoniales ni tampoco aquellas que, siendo personales, tienen un carácter meramente pasajero. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁶⁶

Por otro lado, también será nulo el matrimonio basado en la coacción o miedo grave, según el artículo 73.5 del Código Civil. Se debe de diferenciar entre ambas. Mientras que la coacción es la fuerza física que se ejerce sobre una persona para obligarla a hacer algo en contra de su voluntad, el miedo grave consiste en un estado de conmoción psíquica profunda, capaz de anular o limitar casi totalmente, la capacidad

⁶⁶ (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021) *Op. Cit.* Págs. 85 y 86

de raciocinio, dejando a la persona obrando bajo el influjo de los instintos, capitalmente el de la propia conservación, o sea en la forma en la que obran los animales irracionales.⁶⁷ En caso de coacción no existe realmente consentimiento mientras que en caso de miedo grave sí que existe pero este está viciado. El artículo 73 exige que este miedo sea grave tanto desde el punto objetivo como subjetivo, provocando un serio trastorno en la persona que lo sufre.

El artículo 59 del CC por su parte añade que el consentimiento podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste. En cuanto al art. 60.1 CC⁶⁸ expresa que el matrimonio celebrado según formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles.

Sobre este punto hablaremos más adelante dado que debemos tener en cuenta el conflicto que surge entre este artículo, que reconoce la validez de los matrimonios celebrados en forma religiosa de cualquiera de las confesiones inscritas en el Registro de Confesiones que tengan notorio arraigo en nuestro país, y el artículo 12.3 CC en el cual se basan nuestro Tribunales para denegar la validez de los matrimonios polígamos basándose en la cláusula de orden público.

Los requisitos formales del matrimonio civil se refieren a la forma de celebración del matrimonio, es decir, la exteriorización, en forma solemne, del consentimiento matrimonial, que incluye:

- Acta o expediente previo: regulado en el artículo 56.1 CC que expresa lo siguiente: ***“Quienes deseen contraer matrimonio deben acreditar previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código”***. Pero este Acta no forma parte de la celebración del matrimonio ni tiene valor relativo a su validez ni su falta provoca la nulidad del mismo.

⁶⁷ <http://diccionariojuridico.mx/definicion/miedo-grave/>. Fecha 23/02/2023

⁶⁸Artículo 60. 1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 56 del Código Civil expresa que:

“El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Sólo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”

- Jurisdicción y competencia: artículos 49 y 51 CC. El artículo 49 expresa que se podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España, tanto en la forma regulada por este Código como en la forma religiosa prevista legalmente. Igualmente podrá contraerse matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración

Respecto a la competencia para celebrar el matrimonio será de:

1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

- Forma de celebración del matrimonio: en primer lugar, hemos de decir que la forma será mediante la exteriorización del consentimiento. Y, a continuación, como expresa el artículo 49, la forma será civil o la religiosa legalmente prevista. Puede ser por cualquiera de las confesiones admitidas por el Estado, ya originariamente (religión católica) o mediante uno de los acuerdos posteriores del año 1992 (con respecto a musulmanes, judíos y pertenecientes a las comunidades evangélicas). Ya veremos cómo este precepto choca de lleno con la validez de los matrimonios polígamos en España. En cuanto al oficio de la ceremonia, el artículo 51.2⁶⁹ del Código Civil

⁶⁹ Artículo 51.2: Será competente para celebrar el matrimonio:

estipula quienes podrán ser los competentes para celebrar el matrimonio y, después de leídos los artículos 66⁷⁰, 67⁷¹ y 68⁷², preguntara a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto, y respondiendo ambos afirmativamente, declarara que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá acta o autorizará la escritura correspondiente⁷³.

- Nulidad e inscripción del matrimonio en el Registro Civil: al ser el matrimonio un negocio jurídico solemne, el defecto de forma produciría su nulidad, aunque más bien sería su inexistencia. Así, según el artículo 73, será nulo el matrimonio que se contraiga sin la intervención del Juez de paz, Alcalde o Concejal, Letrado de la Administración de Justicia, Notario o funcionario ante quien se celebre, pero sólo en el caso de que ambos cónyuges hubieran procedido de mala fe. Es decir, en el caso de que uno sólo de los cónyuges proceda de buena fe y el que celebre el matrimonio ejerza sus funciones públicamente, el matrimonio será válido.

De esto se puede deducir que el matrimonio por tanto es válido desde su celebración siempre que medie buena fe de los cónyuges y, por tanto, que produce efectos desde ese momento.

Como expresa el artículo 61 del Código Civil, el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, teniendo por tanto la inscripción mero efecto declarativo y no constitutivo, desplegando todos sus efectos personales, económicos y en relación con la filiación, siendo necesaria la inscripción para el pleno reconocimiento de los mismos, pero, en caso de que el matrimonio no se inscriba, esto no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. Aunque el hecho de que despliegue eficacia frente a terceros sólo tiene efectos respecto al ámbito patrimonial, no pudiendo verse afectados estos por la no inscripción de un matrimonio, siempre

1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero

⁷⁰ Artículo 66: Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.

⁷¹ Artículo 67: Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia

⁷² Artículo 68: Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

⁷³ Artículo 58: El Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente

que hayan obrado de buena fe. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁷⁴

Esto lo que significa es que la inscripción es un medio probatorio del matrimonio a través del Registro Civil para que los contrayentes puedan actuar en el tráfico jurídico del modo habitual. Es decir, la inscripción lo que produce es que se reconozcan automáticamente los efectos civiles que produce el matrimonio, siendo, en caso contrario, el matrimonio válido si media buena fe, pero no teniendo, en principio, los mismos efectos que si estuviera inscrito, y digo en principio porque ya veremos más adelante como un matrimonio al cual se le ha denegado la inscripción en el Registro Civil por poligamia, al final los Tribunales le han reconocido ciertos efectos, que es al fin y al cabo para lo que las personas contraen matrimonio, para que se les reconozcan los efectos y estar protegidos por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la forma de practicar la inscripción, se diferencia si se ha realizado el matrimonio en forma civil o religiosa. Respecto a la forma civil, será según lo estipulado en los artículos 58 y 62.

Artículo 58: *El Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente*

Artículo 62: *La celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada por aquél ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos. Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo*

Por su parte, en la forma religiosa, será según el artículo 63: *La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro*

⁷⁴ (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021) *Op. Cit.* Págs. 101 y 102.

conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título

Este Título es el IV, del matrimonio, y los requisitos de validez a los que se refiere son todos aquellos redactados anteriormente.

4.3.2 La Unidad del matrimonio

Como hemos expresado anteriormente, las características del matrimonio son la solemnidad y la unidad.

La Constitución española de 1978 regula el matrimonio en el artículo 32⁷⁵. Este precepto está inserto en el Título I, Capítulo II, de los Derechos y Libertades, en el cual se regulan los derechos y deberes de los ciudadanos, vinculando a todos los poderes públicos.

Su objetivo es la protección de la familia a la par que cada persona tiene el derecho a configurar su propia vida libremente por el reconocimiento del derecho a constituir una familia de acuerdo a las previsiones legales y constitucionales.

Se impone la plena igualdad entre cónyuges de acuerdo al artículo 14 CE, lo cual incluye todos los momentos de la vida matrimonial, tanto al principio del vínculo como durante como en caso de disolución.

Igual que este precepto ha madurado para incluir en su marco a la institución del divorcio y de los matrimonios de parejas del mismo sexo, podría evolucionar para incluir las parejas polígamas. A la vez que avanza la sociedad y las relaciones humanas se van creando nuevos modelos de familia.

La unidad del matrimonio implica que la persona podrá casarse más de una vez siempre y cuando haya disuelto su matrimonio anterior. Es decir, es posible contraer sucesivos matrimonios de forma que no se esté casado con más de una persona a la vez. Este es un

⁶⁸ Artículo 32 CE: 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

principio generalmente aceptado por los ordenamientos jurídicos occidentales. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁷⁶

Respecto a la unidad del matrimonio, se deduce del artículo 46 CC que introduce un impedimento para contraer matrimonio que es el impedimento del ligamen por matrimonio anterior mientras exista o no hay sido disuelto, estableciendo el artículo 73.2 que un matrimonio contraído por quien esté ligado por vínculo matrimonial existente y valido civilmente será nulo, siendo inaceptable la poligamia en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁷.

4.4 Formas excepcionales de contraer matrimonio

4.4.1 Por españoles en el extranjero

El artículo 49 del Código Civil permite a los españoles contraer matrimonio en el extranjero en la forma civil regulada en el Código, en la forma religiosa reconocida en el ordenamiento español, y en la forma, civil o religiosa que establezca la ley del lugar de celebración.

Esto quiere decir que los españoles que quieran contraer matrimonio fuera de España deben reunir necesariamente los requisitos exigidos por la legislación española para contraer matrimonio (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁷⁸.

Los ciudadanos españoles que residan fuera de España y deseen contraer matrimonio de acuerdo al Código Civil, deberán hacerlo ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil que sea competente en la demarcación consular donde residan. Pero el artículo 49 establece también una alternativa, que es que el matrimonio contraído fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración también será válido y, por ello, un matrimonio contraído en forma religiosa que este admitido por la legislación de un país, aunque no lo esté en España, tendrá efectos de acuerdo con lo

⁷⁶ (MORENO QUESADA, y otros, 2017) *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*. Valencia. Ed: Tirant lo Blanch. Págs. 56 y 57.

⁷⁰ Artículo 46 No pueden contraer matrimonio: 1. ° Los menores de edad no emancipados. 2. ° Los que estén ligados con vínculo matrimonial

Artículo 73. Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 2. ° El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48

⁷⁸ *Op. Cit.*

establecido en el inciso final de dicho artículo. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁷⁹. Esto choca de lleno con la realidad social en el caso de los matrimonios polígamos ya que no son aceptados por nuestro ordenamiento jurídico.

4.4.2 Por extranjeros en España

Regulado en el artículo 50 del Código Civil expresando que, si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

Es decir, los extranjeros, si quieren contraer matrimonio conforme a la forma prescrita para los españoles, lo harán de la misma manera que estos, pero también podrán contraer matrimonio conforme a su ley personal o acogerse a la *lex loci*. (MORENO QUESADA, y otros, 2017) (MUÑOZ, 2020)⁸⁰

4.4.3 Por representante

Por representante tenemos que entender que es aquella persona que actúa en nombre de otra y que es reconocido por la ley.

El matrimonio por poder está regulado en el artículo 55 del Código Civil, que expresa que uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma autentica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente.

Pero esta representación no es tal como la entendemos en el lenguaje común en la que el representante emite su propia declaración de voluntad en nombre del representado, sino que en este caso el representante, como expresa el segundo párrafo del artículo 55, se remitirá a transmitir la voluntad del representado, siendo el representante un simple portavoz al que se le exige que cuente con un poder especial del representado en el que se incluya la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio y las circunstancias personales precisas para establecer su identidad, debiendo apreciar su validez el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente

⁷⁹ *Op. Cit.*

⁸⁰ MUÑOZ, X. O. 2020. *Compendio de derecho civil tomo IV tercera edición*. Madrid. Ed: Ramón Areces.

matrimonial previo al matrimonio. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁸¹, y no olvidar que es siempre necesaria la presencia del otro contrayente.

Este poder puede ser revocado, según el párrafo tercero del artículo 55, por la revocación del ponderante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos.

4.4.4 *En peligro de muerte*

Supuestos en los que, por circunstancias excepcionales, el Código permite la celebración del matrimonio sin ajustarse a todas las formalidades previstas para el matrimonio ordinario. El artículo 52 dice que deberán encontrarse uno o ambos contrayentes en situación inminente de peligro de muerte de suerte que no haya tiempo material para disponer el casamiento en la forma ordinaria. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁸²

En este caso se les dispensa de instruir el acta previa (a cambio de que concurren a la celebración del matrimonio dos testigos mayores de edad) y se amplía la lista de funcionarios que pueden officiar el matrimonio. En el caso de que el peligro de muerte derive de enfermedad de alguno de los contrayentes, será preceptivo un informe médico sobre su capacidad para prestar consentimiento y la gravedad de la situación. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)⁸³

4.4.5 *Secreto*

Según el artículo 54 del Código Civil, podrá celebrarse matrimonio secreto cuando concurra causa grave suficientemente probada, tramitando el expediente reservadamente sin la publicación de edictos o proclamas. Este artículo hay que ponerlo en relación con el artículo 64 CC relativo su reconocimiento, expresando que bastará la inscripción de dichos matrimonios en el libro especial del Registro Civil Central. (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021)

Por tanto, la diferencia para con el matrimonio celebrado de forma ordinaria es la falta de publicidad de los edictos o proclamas que informan a terceras personas sobre el futuro matrimonio de los contrayentes. Además, la inscripción tendrá la consideración de dato especialmente protegido (artículo 83 de la Ley de Registro Civil), al que, en general, sólo

⁸¹ *Op. Cit.*

⁸² *Op. Cit.*

⁸³ (CRESPO MORA, MARTÍN SALAMANCA, & SANTOS MORÓN, 2021) Págs. 98 y 99

tendrán acceso los interesados o terceros debidamente autorizados al efecto. (MORENO QUESADA, y otros, 2017)⁸⁴

5 EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

5.1 Definición y evolución

El concepto de orden público tiene su origen, según Juan Vallet de Goytisólo, en el Derecho Romano, donde se consideraba que las cuestiones de *ius publicum* se encontraban fuera del ámbito de la autonomía privada de las personas, no pudiendo estas modificarlas. (VALLET DE GOYTISOLO, FRAGUAS MASSIP, MARTÍNEZ GIL, & SIMÓ SANTONJA, 1968)⁸⁵

Fue recogido por primera vez en el Código Civil de Napoleón de 1804 con el objeto de flexibilizar su rígido articulado y limitar el principio de la autonomía de la voluntad proclamada en el mismo Código. Posteriormente, se introdujo prácticamente en la totalidad de los Códigos civiles europeos. (ACEDO PENCO)⁸⁶

El orden público se configuraba como una institución que no permitía la entrada de la ley extranjera en determinadas materias como son la vida, la libertad, la propiedad o el matrimonio. (LABACA ZABALA, 2005)⁸⁷

Sobre la cláusula de orden público se habló en las Convenciones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de 1977. En estas Sesiones se acaba considerando, en base al estudio de la jurisprudencia de los Estados Miembros al aplicar estas Convenciones, que existe una tendencia a restringir la aplicación de la cláusula de orden público, destacando la jurisprudencia suiza y austríaca, que consideran que el orden público sólo podrá ser invocado en casos excepcionales y cuando la ley extranjera preconice soluciones que hieran claramente el sentimiento de justicia del Estado o afecten directamente al orden estatal o económico. (VIÑAS FARRÉ, 1977)⁸⁸

⁸⁴ *Op. Cit.*

⁸⁵ VALLET DE GOYTISOLO Y OTROS. *Conflicto de leyes en materia de sucesiones por causa de muerte, cuestiones preliminares e incidentales, orden público, capacidad, transmisión y adquisición*. Comisión del IX congreso internacional del notariado latino. Págs. 149 a 241.

⁸⁶ ACEDO PENCO. *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*. Sección. Págs. 325 a 391

⁸⁷ *Op. Cit.*

⁸⁸ VIÑAS FARRÉ. *La cláusula de orden público en las convenciones de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado*. Revista jurídica de Cataluña. Págs. 51 a 74

A día de hoy esta situación está más que superada ya que, desde que entró en vigor nuestra Constitución Española, el concepto y el contenido de la cláusula de orden público debían adecuarse a los principios y valores en ella insertos. En la actualidad la doctrina española considera que es un límite absolutamente necesario en una sociedad democrática como la nuestra, aunque sin olvidar que sólo puede actuar con carácter excepcional y de manera restrictiva.

Como sería imposible encontrar una sola definición que incluyera su contenido, es necesario acudir, como así establece el artículo 10.2 CE⁸⁹, a los textos internacionales en los cuales se recogen una serie de elementos comunes integradores del orden público. Estos textos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros.

El orden público es una situación y estado de legalidad normal en la que los ciudadanos respetan y obedecen sin protesta lo establecido por las autoridades. (ESPAÑOLA, 2011)⁹⁰

Según Doral, el orden público es el núcleo del orden social y no sólo su estructura. A su vez es también dinámico porque tiende a perfeccionarse, por lo que es algo vivo, expansivo, orientador de la dinámica social a la que sirve como instrumento operativo. (DORAL, 1967)⁹¹

Otra posible definición es el conjunto de condiciones legal y reglamentariamente establecidas que, respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales, determinan las reglas mínimas de convivencia en el espacio público.

Por su parte, el Tribunal Supremo lo define como “***el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada***” (STS de 5 de abril de 1966).

Partiendo de estas definiciones podemos considerar al orden público como un elemento sustancial de todo el ordenamiento jurídico que por supuesto tiene incidencia en las

⁸⁹ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁹⁰ *Op. Cit.*

⁹¹ DORAL, J. 1967. *La noción de orden público en el derecho civil español*. Navarra. Ed: Print

relaciones familiares y que hay que interpretar desde los valores reconocidos en la Constitución Española

Pero este concepto no es un concepto cerrado de contenido fijo, sino todo lo contrario, de contenido flexible y fluctuante. Es decir, no hay en nuestras leyes una lista cerrada de situaciones a las que se puede aplicar la excepción de orden público dado que este concepto varía de unas regiones a otras, y de unos ordenamientos jurídicos a otros, siendo de aplicación nacional por cada Estado y que evoluciona en el tiempo con la sociedad, es decir, que debe aplicarse de acuerdo al momento actual, no del que tuviera en el pasado, sin olvidar por supuesto su carácter excepcional.

Este es un hecho muy relevante dado que la redacción de nuestra CE y nuestro CC data de una fecha en la cual la sociedad no estaba abierta a ciertos modelos de familia como los que actualmente hay en nuestro país. Y no me refiero sólo a los matrimonios polígamos, sino, por ejemplo, también a los matrimonios de personas del mismo sexo que desde la ley del 2005 son reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico teniendo los mismos derechos que los matrimonios convencionales entre parejas de personas de distinto sexo. Incluso podríamos añadir a esto la ley que permitió el divorcio en España en 1981, cosa que era impensable antes de nuestra Constitución y hoy día es una realidad social que a nadie extraña y una práctica de lo más extendida, realizable incluso, si se dan los requisitos, ante Notario, sin necesidad de acudir a un Juez.

Volviendo al asunto que nos ocupa, la aplicación de la cláusula de orden público, es en casos tasados de conductas poco reguladas en nuestro derecho, como es el caso, pero si reguladas por ordenamientos extranjeros.

Por ello podemos decir que las características del orden público, según ACEDO PENCO⁹² son las siguientes:

- Juridicidad: el orden público es un concepto jurídico por su proximidad a determinados principios constitucionales y, por ende, necesariamente jurídicos. El orden público refleja la relación de las convicciones sociales reinantes en una comunidad con el ordenamiento jurídico. Es lo que convierte al Derecho en algo vivo.

⁹² *Op. Cit.*

- Objetividad: no es una objetividad pura como aquella que se produce en las normas de nuestro ordenamiento jurídico, pero tampoco es un concepto subjetivo y arbitrario. El Derecho no está conformado exclusivamente por la ley, dado que sería excesivamente rígido, y quizás sea preferible la aplicación del concepto de orden público por Juzgados y Tribunales a cada caso concreto para otorgar mayor flexibilidad a ciertas normas jurídicas
- Reflejo de la realidad social: el orden público debe reflejar las convicciones básicas vigentes en la sociedad, por lo que su aplicación debe ser un hecho normal de la vida diaria. Visto de esta forma, podríamos llegar a la conclusión de que, si la poligamia estuviera aceptada socialmente, no sería contraria al orden público y su prohibición por normas imperativas iría en contra de ese orden. Por tanto, el orden público deberá justificarse como la expresión del sentir real de la sociedad y de sus convicciones sociales. En este punto, me gustaría recordar el artículo 3.1 del Código Civil en el que se exige, a la hora de interpretar las normas jurídicas, tener presente la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas⁹³.
- Excepcionalidad: el orden público es un mecanismo protector que ha de ser excepcional, aplicable solo en casos de desviaciones de la ley, ya que lo normal será la aplicación de la ley que debe estar adecuada a la sociedad. El hecho de usar reiteradamente esta cláusula refleja el alejamiento de las convicciones sociales de la colectividad de su ordenamiento jurídico. Hemos de añadir que el principio de seguridad jurídica unido al carácter cambiante y dinámico del orden público, hacen que solo pueda intervenir este concepto con carácter de excepción
- Dinamicidad y flexibilidad: las circunstancias cambiantes, de cada tiempo y lugar, las ideas políticas, filosóficas o morales, van modificando la noción de orden público. La variabilidad de este concepto se aprecia claramente en los repetidos intentos fallidos de delimitar su contenido, siendo únicamente la realidad social la que suministre en cada momento un concepto válido de orden público. Eso sí, siempre en relación con otros principios intangibles e inmutables dentro de nuestro ordenamiento jurídico.
- Fijación jurisprudencial: que sea un concepto dinámico viene de la tarea de los tribunales, que fijan en cada momento los criterios a seguir en cada caso concreto

⁹³ Art. 3.1: las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

para que esta cláusula sea útil y operativa. De estos viene la flexibilidad que caracteriza al orden público porque es en su sede donde se aplica, en la práctica, el Derecho, debiendo los jueces defender, aplicar y conjugar los principios jurídicos de los que se nutre nuestra legislación y sobre los cuales está el ámbito del concepto de orden público.

- Funcionalidad negativa, limitación a la voluntad: la función principal del orden público es defender la forma de ser de una determinada sociedad, lo cual supone un claro límite a la autonomía de la voluntad de los particulares, impidiendo que prevalezcan sus intereses privados sobre el interés general. El concepto de orden público es un concepto negativo ya que está pensado para evitar la validez de los actos contrarios a él. Por eso se debe aplicar como excepción y de manera restrictiva.
- Carácter positivo, promotor de derechos: aún en contra de lo dicho anteriormente, su evolución hasta el día de hoy ha hecho que tenga un carácter positivo, no pudiendo su función ser simplemente negativa y pasando a ser una herramienta eficaz para garantizar el ejercicio de las libertades sociales. El paso de un sistema de tolerancia de libertades a otro que la reconoce expresamente, refleja la evolución del concepto, convirtiéndolo en un instrumento jurídico de promoción y defensa de los principios informadores de todo ordenamiento jurídico como podemos apreciar en la defensa que hace el Estado del principio de autonomía de la voluntad garantizando su ejercicio al considerarlo propiamente como de orden público.

Como hemos anunciado, este concepto de orden público no puede ser fácilmente delimitado, pero sí hay ciertos bienes jurídicos que son protegidos por el orden público, como son aquellos intereses básicos de la vida jurídica y social. Y no hay nada más esencial que la persona, pues como dice Díez-Picazo y Gullón, ***“la persona es la realidad jurídica primaria ya que por su causa existe el Derecho, por lo que todo lo referido a la protección de la persona y al campo inmediato en el que ésta se desenvuelve, el de la personalidad, será objeto de protección por parte de la noción de orden público”***.

Por tanto, el estado civil de las personas se encuentra incluido en el orden público. Sin embargo, en el matrimonio es posible realizar pactos, tanto patrimoniales como personales, cabiendo cierta autonomía de la voluntad, y la jurisprudencia tiende, cada vez más, a enlazar la libertad personal con el orden público porque éste ampara las libertades humanas y tiene como una de sus funciones principales la defensa y promoción del ser humano y del libre ejercicio de lo propiamente personal, siendo consustancial a todo esto los denominados

derechos humanos. Esto nos hace ver que el concepto ha evolucionado hacia la protección de las personas y de sus derechos fundamentales.

Por este motivo, en ocasiones, puede llegar a ser necesario una aplicación atenuada del concepto, como puede ser en el caso de la segunda y sucesivas esposas de un polígamo, dado que la aplicación extensiva de la cláusula de orden público puede llevar a causar perjuicios a estas mujeres, que celebraron su matrimonio de acuerdo a su religión y de buena fe y, de repente, al residir en otro país, se ven desprotegidas en sus derechos.

Para la aplicación de la teoría del orden público atenuado habrá de tenerse en cuenta si el hecho en sí, en este caso, el matrimonio polígamo, se ha producido en nuestro país, en donde está prohibido y se vulneraría por tanto la legislación del mismo, o si se ha realizado en el extranjero en consonancia con la legislación competente.

En el primer caso, queda claro que la celebración de un matrimonio polígamo no sería posible porque, por más que sea la voluntad de los cónyuges y aunque celebren el rito musulmán ante su Imán, a la hora de inscribir este matrimonio para validarlo la DGRN lo impedirá, no teniendo ninguna validez ni produciendo ningún efecto.

Pero esta negativa de inscripción del matrimonio por parte del Registro Civil no obsta para que un matrimonio polígamo produzca efectos jurídicos en nuestro ordenamiento, y es aquí donde entra en juego el concepto de orden público atenuado que se está aplicando a los matrimonios polígamos por los jueces y tribunales en diversas sentencias. Pero respecto al segundo de los casos es donde se podrá aplicar la teoría del orden público atenuado.

5.2 Problemática. Causas y efectos

El presente TFG trata de explicar el conflicto que surge entre algunos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

Por un lado, el artículo 46.2 del Código Civil expresa que no podrán contraer matrimonio aquellos que estén ligados por vínculo matrimonial. Por otro, el artículo 49 CC, en su párrafo segundo, permite contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración. Junto a este, el artículo 60.1 CC dice que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. Además, el artículo 50 del Código Civil establece que, si ambos contrayentes

son extranjeros, podrá celebrar el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

Los principios estipulados en los textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vinculan al Estado de forma que tendrá que garantizar que todos los individuos puedan realizarlos en libertad a la vez que desarrollar debidamente su personalidad (ESPINAR VICENTE, 2019)⁹⁴.

El hecho de que los poderes públicos deban proteger y promover la libertad religiosa de todos los ciudadanos, implica por otro lado que los modelos de familia de otras culturas deben ser aceptados en nuestro país. Para dicha aceptación se pueden utilizar generalmente dos formas: la asimilación y la integración.

En cuanto a la asimilación, se puede definir como la absorción completa del inmigrante por parte de la sociedad que lo recibe de manera que poco a poco van perdiendo sus rasgos culturales diferenciadores

Mientras que la integración es aquella técnica capaz de asegurar la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, la cual es la que se aplica en España, reconociendo la multiculturalidad por nuestros poderes públicos y admitiendo ciertas prácticas de los extranjeros que incluyen aspectos jurídicos, económicos, culturales y políticos (TAPINOS, 1993)⁹⁵.

Pero estas prácticas no pueden rebasar ciertos principios y conculcar derechos y valores fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. No es aceptable dejar a estas minorías que disfruten de sus propias leyes creando la necesidad de promulgar excepciones jurídicas para que puedan desarrollar plenamente sus costumbres y su cultura porque este sistema quebraría el principio de unidad jurisdiccional y, sobre todo, el principio de igualdad del artículo 14 CE.

Y como el derecho musulmán está basado en la religión, hemos de traer a colación la Ley Orgánica de Libertad Religiosa que, en su artículo 3, apartado 1 cita: “***El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la***

⁹⁴ ESPINAR VICENTE, J. 2019. *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*. Madrid. Ed: Dykinson.

⁹⁵ TAPINOS, G. 1993. *Inmigración e integración en Europa*. Barcelona. Fundación Paulino Torras Doménech. Ed: Print

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”.

Como vemos en este artículo, el contenido del derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos es la libertad para celebrar ritos matrimoniales, lo que no implica que a estos se les atribuya eficacia civil sino que sólo comporta que se permita la celebración religiosa sin traba, prohibición o impedimento. El Estado español ha ido más allá al otorgar eficacia jurídica a las normas confesionales de celebración del matrimonio, pero sin que se pueda hablar de una recepción completa de los ordenamientos jurídicos confesionales.

Porque alegar el derecho a la libertad de conciencia y religiosa para justificar el reconocimiento de la poligamia como elemento del matrimonio musulmán, conculcaría el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del artículo 14 de nuestra Constitución Española, el artículo 32.1 CE que prescribe la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio y la moralidad pública.

El derecho a la libertad de conciencia es absoluto mientras permanezca en el fuero interno de cada uno, pero a la hora de exteriorizarlo deberá someterse al límite del orden público que opera en cada sociedad no pudiendo formar parte de su contenido el matrimonio polígamo.

Por moral pública debemos entender que es un elemento dinámico que evoluciona a la par que la sociedad por lo que su aplicación como límite de los derechos fundamentales ha de ser revisada según las circunstancias.

Como se verá en varias sentencias, es posible admitir ciertas situaciones derivadas de un matrimonio polígamo siempre que el objetivo sea tratar de evitar la lesión del derecho a la igualdad y no discriminación de una de las partes, sin que varíe la consideración ilegal de su naturaleza.

A este respecto, el artículo 49 del Código Civil señala la posibilidad de celebrar el matrimonio con eficacia jurídica en la forma religiosa legalmente prevista que, a tenor del artículo 59 CC, será la forma prevista por una confesión inscrita en el Registro de Entidades Religiosas en los términos acordados por el Estado. De esta manera, las confesiones que hayan suscrito estos acuerdos con el Estado, pueden obtener la eficacia jurídica civil de sus normas de celebración matrimonial.

Estas normas tendrán validez mediante la técnica de remisión material, incorporando al ordenamiento del Estado la norma de la confesión que será de aplicación conforme a los principios del Derecho estatal. Esto quiere decir que, si no se cumplen los requisitos de fondo exigidos para la validez en el Código Civil, se denegará la inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa en el Registro Civil, conduciendo a su ineficacia jurídica. (FERNÁNDEZ CORONADO, 2009)⁹⁶.

En España no está regulado el supuesto de “matrimonio en el extranjero entre extranjeros”, si bien este hecho tiene incidencia en nuestro ordenamiento por ejemplo cuando, en virtud de la adquisición de la nacionalidad española, los extranjeros solicitan la inscripción de estos matrimonios en el Registro Civil, o cuando se promueve la nulidad del matrimonio, para la sucesión etc. (GÓMEZ-URRUTIA, 2003)⁹⁷.

Es en la Dirección General de Registros y del Notariado donde se ha negado constantemente la inscripción de estos matrimonios en el Registro Civil, sustentando su negativa en el impedimento de ligamen pues, según sus propias palabras, “*aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento extranjero y, en principio, haya de aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según las normas de conflicto españolas, ha de quedar excluida por virtud de la excepción de orden público, según el artículo 12.3 CC, y al propio tiempo, la inscripción de tal unión atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer*” (PÉREZ, 2012)⁹⁸.

La DGRN añade también que “*no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español*”⁹⁹. Esta frase podría dar lugar a una interpretación atenuada del concepto de orden público, reconociendo implícitamente ciertos efectos a ese segundo y sucesivos matrimonios.

La aplicación de este concepto de orden público atenuado en este caso nos llevará a reconocer los efectos de una norma existente en el extranjero que considera válida tal

⁹⁶ FERNÁNDEZ-CORONADO. *Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales*. Revista española de Derecho Constitucional. Núm. 85, enero-abril (2009). Págs. 125-156.

⁹⁷ GÓMEZ-URRUTIA, M. *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*. Revista Actualidad Laboral, 2003. Páginas 581-601

⁹⁸ PÉREZ JUÁREZ, P. *Revista electrónica de Estudios Internacionales. Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?* Año 2012

⁹⁹ Resoluciones de 14 de septiembre de 1994, de 3 de diciembre de 1996, de 20 de febrero de 1997, de 31 de marzo de 1998 y de 18 de mayo de 1998.

situación, aun en contra del ordenamiento jurídico español, ya que este reconocimiento de efectos de la ley extranjera tendría un perjuicio muy débil en los valores y principios básicos de esta sociedad. La tesis del orden público atenuado es totalmente aceptada en España ya que la aplicación de este efecto atenuado no sería contraria al artículo 12.3 CC, pues no se trata de aplicar una ley extranjera sino de aplicar sus efectos. Admitir en España un efecto jurídico meramente “periférico” 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. Por tanto, dichos efectos jurídicos pueden y deben admitirse en España por no considerarse contrarios al orden público internacional español.

Puede afirmarse que, mediante el orden público internacional atenuado, sólo los efectos jurídicos producidos por la situación legalmente creada en el extranjero y que vulneran la organización moral y económica de la sociedad española, quedan eliminados. Y como ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero no se producen “en España” y no afectan a la sociedad española, sino que se producen en otro Estado y afectan a una sociedad extranjera, la intervención del orden público internacional “español” no es necesaria (VALVERDE MARTÍNEZ & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018)¹⁰⁰.

Por otro lado, debemos tener en cuenta el hecho de que España ha firmado un Convenio con Marruecos sobre Seguridad Social el 8 de noviembre de 1979 en el cual, en aras de “**afirmar el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos**”, establece en su artículo 23 que “**La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación**”¹⁰¹.

En relación con dicho artículo, la STS 121/2018¹⁰² expresa que “**la existencia del citado Convenio Internacional de carácter bilateral pone de relieve que en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, respondiendo a la primera de las**

¹⁰⁰ VALVERDE Y CARRASCOSA. 2018. *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado*. Murcia. Cuadernos de derecho transnacional volumen 10 nº 2. Págs. 718-731

¹⁰¹ (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982)

¹⁰² Roj: STS 121/2018. Fecha 24/01/2018. ECLI:ES:TS:2018:121. Id Cendoj: 28079130042018100017. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. FJ Quinto

cuestiones de interés casacional, si el Estado Español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado”

No debemos olvidar que una vez que un tratado internacional válidamente celebrado, una vez publicado en España, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno (artículo 96.1 CE) de lo cual se deduce que el Derecho español admite expresamente que los matrimonios polígamos puedan producir ciertos efectos legales en España siempre y cuando estén válidamente celebrados en otros países (VALVERDE MARTÍNEZ & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018)¹⁰³.

El Tribunal Supremo no se ha limitado a aplicar este precepto legal, sino que ha extraído, mediante analogía *iuris*, un principio clave contenido en el artículo 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 artículo. 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 periféricos sí que pueden ser hechos valer en España. Con ello se garantiza el respeto a los derechos adquiridos, a la seguridad jurídica y a las expectativas de los particulares. El Tribunal supremo, con profundo sentido de la Justicia de Derecho internacional privado, afirma que, incluso en los casos no cubiertos por el citado Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, es justo, es equitativo, es ecuaníme y es ajustado a Derecho recurrir al orden público internacional atenuado¹⁰⁴.

Dicho lo anterior, se ve que la forma de celebración del matrimonio islámico recogida en el pacto es fruto del consenso y no de una imposición unilateral del Estado.

5.3 Análisis de soluciones propuestas

En definitiva, el orden público es una excepción que se permite para no aplicar en nuestro país una ley extranjera que es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y a nuestros principios y valores.

¹⁰³ VALVERDE MARTÍNEZ Y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Op. Cit.*

¹⁰⁴ *Op. Cit.*

Dicho esto, se ve claro la necesidad de actualización del concepto de orden público. CALVO ALVAREZ¹⁰⁵ propone para su evolución desvincular su existencia exclusivamente legal con el fin de obtener una mayor flexibilidad, subrayando que: *es una noción unitaria* (a pesar de que se pueda aplicar a diferentes sectores del ordenamiento), *es un concepto jurídico* (por lo que deberá diferenciarse de la moral y de las buenas costumbres), *tiene un carácter social* (y no estatal), *es noción portadora de los principios jurídicos esenciales de una comunidad, se le encomienda la misión de ordenar y coordinar dichos principios, es una noción esencialmente positiva, tiene carácter dinámico o instrumental, se le encomienda como objetivo fundamental de protección la persona individual y su libre y legítimo ejercicio de derechos y libertades* (CALVO ÁLVAREZ, 1983)¹⁰⁶.

En definitiva, el papel de la cláusula de orden público consiste en la salvaguarda de los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, siendo un mecanismo de defensa que evita que ciertas normas extranjeras alteren nuestro sistema. Pero debemos tener en cuenta que estos valores y principios básicos no son fijos, sino que evolucionan con la sociedad y la ley se debe ir acomodando y modificando en función de las circunstancias actuales de multiculturalidad presentes en nuestra sociedad actual, pues lo contrario podría llevar a resultados injustos y a situaciones de indefensión y desprotección; situaciones que son contrarias a los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Con la aplicación del modelo de orden público atenuado se podrían adaptar ciertas normas a los nuevos modelos de familia como se ha hecho en anteriores ocasiones al reconocer la institución del divorcio o el matrimonio entre parejas del mismo sexo; situaciones impensables en la época de redacción del CC y que hoy en día están completamente aceptadas y son práctica habitual en juzgados y tribunales. La jurisprudencia, con sus diferentes líneas de pensamiento en función del órgano resolutorio, nos hace ver que la posible validez de los efectos que se atribuyen a los matrimonios polígamos es objeto de una clara evolución.

El posible impacto que puede tener la aplicación de la excepción del orden público atenuado al caso concreto de los matrimonios polígamos es bastante débil en la sociedad actual produciendo escaso perjuicio, lo cual se traduce en que, si bien no puede reconocerse, al menos de momento, el matrimonio polígamo como válido en nuestro país, sí se le pueden

¹⁰⁵ *Op. Cit.*

¹⁰⁶ *Op. Cit.* pág. 277 y ss.

reconocer ciertos efectos para evitar situaciones de desprotección a la segunda y sucesivas esposas en su caso.

En España la aplicación del concepto de orden público hoy día es totalmente casuística. El Juez, en función de las circunstancias de cada caso, determina su aplicación o no, lo que da lugar a situaciones diferentes para el mismo caso produciendo los efectos de indefensión y desprotección.

Por todo ello, el Tribunal Supremo nos enseña, a través de sus resoluciones, diferentes soluciones para que aquellas personas que se encuentren en esta situación no se vean perjudicadas por la división del mundo en diferentes Estados soberanos con diversos ordenamientos jurídicos en los que se incluyen distintos valores. En un mundo globalizado como el actual debe haber cabida para estas situaciones y los efectos que producen. Si bien, aunque no se acepte la validez de dichos matrimonios, al menos que el Estado de recepción no discrimine ni deje en situación de indefensión a los partícipes en ellos que han obrado de buena fe en sus respectivos Estados y han celebrado el matrimonio creyendo plenamente en su validez¹⁰⁷.

La Constitución pertenece a las generaciones vivas y debe adaptarse a los cambios sociales y debe interpretarse de acuerdo con la realidad presente en nuestros días. Así, deben legitimarse las opciones de configuración libre de la convivencia afectiva y familiar a partir del principio de dignidad humana, de libre desarrollo de la personalidad y de la libre orientación sexual.

La cláusula del orden público debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales, adoptando fórmulas que adapten el modelo familiar de otras culturas siempre y cuando no se produzcan graves quebrantos constitucionales y un matrimonio polígamo sería un atentado contra el concepto de matrimonio concebido en España y contra la dignidad que constitucionalmente corresponde a la mujer.

¹⁰⁷ VALVERDE Y CARRASCOSA. *Op. Cit.*

6 JURISPRUDENCIA

La redacción de este apartado se ha estructurado de la siguiente manera por la escasez de sentencias referidas al tema concreto de este Trabajo de Fin de Grado ya que, si bien es cierto que es el orden jurisdiccional civil el que debería ocuparse de la materia que traemos aquí a colación, la problemática sobre la poligamia surge para las partes cuando no derivan del matrimonio los efectos que los cónyuges esperan que sucedan (como son los referidos a la nacionalidad, a la reagrupación familiar, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español y a la pensión de viudedad entre otros), materias competencias de otros órdenes jurisdiccionales como son el orden contencioso-administrativo y el orden social.

El problema es la contradicción que existe en el Código Civil entre los artículos 46.2, que cita el impedimento de ligamen para contraer nuevas nupcias, y el artículo 60, que otorga efectos civiles a los matrimonios celebrados según las formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas.

Y para solventar estas circunstancias los Tribunales no se ponen a valorar la contradicción que existe entre estos artículos, sino que, simplemente, en caso de que haya bigamia, declara nulo el matrimonio no válido en caso de que haya habido segundo o ulteriores matrimonios o directamente no reconoce validez a los segundos o ulteriores matrimonios, pero sin meterse a valorar la validez o no de la norma.

Las sentencias encontradas en la jurisprudencia española relativas a la bigamia o poligamia (base de datos de La Ley) son de diferentes Audiencias Provinciales, entre las que destaca la de Barcelona, Sección 18ª, Sentencia 487/2017, de 30 mayo de 2017 (Rec. 808/2016), que, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1926, cita lo siguiente: *“en caso de bigamia bastará para la inexistencia del segundo matrimonio que se acredite estar válidamente casado cualquiera de los que en él participaron”*. En esta sentencia el problema que surge es que no se ha acreditado el divorcio del anterior matrimonio, carga de la prueba que competía a la parte demandada, por lo que el recurso planteado sobre este extremo de la sentencia debe ser desestimado.

El argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1926 se ha utilizado en diferentes sentencias (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, Sentencia 686/2009 de 1 julio de 2009, Rec. 504/2009) para declarar la nulidad de segundos o ulteriores matrimonios en caso de poligamia sin valorar la validez o no del artículo correspondiente del Código Civil.

Otras sentencias en el mismo sentido son la de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, Sentencia 81/2004, de 29 noviembre 2004 (Rec. 134/2004) entre ciudadana francesa y marroquí, que ha adquirido la nacionalidad española previamente a la celebración del matrimonio por rito coránico por residencia y después se casa en Marruecos en 1988 pero no lo inscribe en el Registro Civil. Más tarde alega que es soltero y se vuelve a casar en España en 2001, por tanto, concluye que hay delito de bigamia y nulidad del segundo matrimonio.

Encontramos también la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, Sentencia 231/2012, de 11 junio de 2012 (Rec. 9893/2011) en la que se declara nulo el matrimonio por vínculo preexistente.

Otro ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, Sentencia 834/2014, de 2 diciembre de 2014 (Rec. 316/2013), en la que las partes contraen matrimonio coránico pero no lo inscriben en el Registro Civil y al separarse de hecho el hombre vuelve a contraer matrimonio con otra mujer diciéndola que está divorciado, por lo que podría haber incurrido en un delito de bigamia, remitiendo el caso al Fiscal y sigue solo el procedimiento en lo relativo a los menores.

Como podemos observar, los tribunales del orden jurisdiccional civil no se han parado a valorar la contradicción que existe entre los artículos 46.2 y 60 del Código Civil y ello es el motivo por el cual este apartado analizará los efectos que los matrimonios polígamos producen relativos a las pensiones de viudedad, a la adquisición de la nacionalidad española y al orden público.

Cierto es que esta materia afecta a otras circunstancias y, aunque sería de mi agrado dedicarme a todas estas cuestiones, he decidido decantarme por las más destacadas a mi parecer debido al objeto del presente Trabajo de Fin de Grado.

6.1 En relación con las pensiones

En este apartado se analizarán los criterios que aplica el Tribunal Supremo para dar respuesta a la cuestión de si dos mujeres, viudas ambas del mismo sujeto, pueden ser beneficiarias de la pensión de viudedad generada por dicho sujeto. El Tribunal Supremo implementa la tesis del orden público internacional atenuado porque entiende que éste protege los fundamentos jurídicos de la sociedad española y permite a la vez que un matrimonio legalmente celebrado el Marruecos produzca ciertos efectos legales en España.

Una de las primeras veces que se admite el derecho de una segunda viuda a cobrar la pensión del cónyuge polígamo y a repartírsela a partes iguales con la primera esposa es en la STS del 24 de enero de 2018¹⁰⁸, la cual vamos a analizar a continuación.

En el presente caso, un ciudadano marroquí sirvió como soldado en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial española del Sáhara español durante una década. Tras finalizar sus servicios generó un derecho a pensión con cargo al erario público español que percibió hasta su fallecimiento en el 2013, tras lo cual su segunda esposa solicitó una pensión de viudedad que le fue denegada por el Ministerio de Defensa español al habersele reconocido anteriormente a su primera esposa (VALVERDE MARTÍNEZ & CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018)¹⁰⁹.

Las cuestiones jurídicas que se plantean en el caso y que tienen interés casacional son las siguientes:

1. Que las razones de orden público que permitirían negar validez al matrimonio polígamo no pueden excluir todos sus efectos, afirmando la existencia de un orden público atenuado que permitiría, modulando el artículo 12.3 del Código civil, reconocerle determinados efectos que denomina "periféricos" que beneficiarían a las partes más débiles del vínculo matrimonial y, entre ellos, la pensión de viudedad.
2. Que de acuerdo con el sistema de fuentes, con el principio de jerarquía normativa y con las previsiones del artículo 96 de la Constitución Española, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y, por ello, la previsión del artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, cuyo Instrumento de ratificación está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 (en vigor desde el 1 de octubre de 1982 y modificado por el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1998, publicado éste en el Boletín de 24 de noviembre de 2001), resulta procedente ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121] Id Cendoj: 28079130042018100017

¹⁰⁹ VALVERDE MARTÍNEZ & CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, N° 2, pp. 718-731

cargo al Estado español, razón por la que debe reconocerse esa condición a la recurrente como segunda esposa de un súbdito marroquí receptor de una pensión de retiro con cargo al Estado español.

3. Que la aplicación del artículo 23 del citado Convenio impone la distribución por iguales partes de la pensión de viudedad entre todas las esposas que reúnan y acrediten esa condición.

Las dos primeras se analizan conjuntamente.

Los artículos 38 y 39 del RD Legislativo 670/1987 son la fuente generadora del derecho a pensión de viudedad de la recurrente y de que su denegación por la sentencia impugnada en casación es consecuencia de concurrir una situación de poligamia del súbdito marroquí causante de ella, debiendo analizar si tal situación de poligamia integra una razón de orden público que justifica tal denegación.

Para llevar a cabo una aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.3 del Código civil ("***en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público***") el examen de tales principios debe atender al sistema de valores reconocidos en la Constitución Española (STC 43/1986, de 15 de abril), a las previsiones de Tratados Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico por lo dispuesto en el artículo 96 de nuestra Norma Fundamental y, además, por remisión de su artículo 10.2 de la Constitución Española, pudiendo estar en juego el sistema de derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, éstos deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La sentencia no discute que la situación de poligamia sea contraria al orden público porque constituye un factor de especial y determinante relevancia que acredita la inexistencia de un grado suficiente de integración en la sociedad española.

Ahora bien, sí considera el Tribunal Supremo que este criterio no puede ser aplicado al caso puesto que ocurre que aquí es el propio Estado Español quien, como sujeto de derecho internacional y a pesar de la proscripción del matrimonio polígamo en nuestro ordenamiento jurídico, admite un determinado efecto a dicho matrimonio en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 : que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión puedan ser en España beneficiarias de esa pensión generada por el esposo polígamo y siempre que fuesen beneficiarias de dicha

prestación según la propia legislación marroquí. Destacan aquí, cómo en el preámbulo del Convenio se dice, que: ***"El Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, resueltos a cooperar en el ámbito social, afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos, deseosos de asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país una mejor garantía de los derechos que ellos hayan adquirido, han decidido concluir un Convenio tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos "***

A juicio de la Sala, dada la situación que dicho Convenio tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, la existencia del citado Convenio Internacional de carácter bilateral pone de relieve que en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casacional, si el Estado Español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado.

El art 23 del Convenio establece, en los casos de existir poligamia, la forma de distribución de la pensión de viudedad causada en España por un trabajador marroquí entre quienes tengan la condición de beneficiarias según la legislación marroquí. De esta manera, lo que hace es admitir en España la condición de beneficiarias del causante que reconozca la legislación marroquí y, por tanto, la posibilidad de que las diversas y simultáneas esposas del causante puedan obtener una determinada cuantía de la pensión generada con cargo al erario público español por el esposo polígamo. Es decir, otorga la condición de beneficiaria a las sucesivas esposas por el reconocimiento de esa condición de beneficiaria en el país - Marruecos- donde se contrajo el matrimonio polígamo válidamente. De esta forma queda cohesionado el sistema pues, ante la situación de matrimonios polígamos válidos conforme a la ley personal del causante - Marruecos-, se admite la condición de beneficiarias múltiples con base a la normativa del mismo país para, a partir de ello, fijar la forma de distribución. La razón de ser de tal remisión -"conforme a la legislación marroquí"- no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente

casadas con el causante, en una institución o realidad social -la poligamia- que, siendo legal en Marruecos, en España sólo es contemplada por el Derecho penal.

En conclusión, en respuesta a la segunda de las cuestiones, el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 permite que, en el ámbito de clases pasivas del Estado y por vía interpretativa, pueda ampliarse la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad del súbdito marroquí causante de la pensión de viudedad a la segunda y sucesivas esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español.

Y en la tercera de las cuestiones de interés casacional, que se refiere a la forma en que debería repartirse entre esas múltiples beneficiarias la pensión de viudedad, la respuesta es ya obvia y ha sido admitida incluso por la defensa de la Administración del Estado sobre la base de que el artículo 23 del Convenio estipula que la distribución de la pensión será "por partes iguales".

Conclusiones:

1º) Que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español.

2º) Que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí.

3º) Que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

En el mismo sentido se resuelven sentencias posteriores como la STS 4150/2019.

6.2 En relación con la adquisición de la nacionalidad española

La nacionalidad genera un vínculo político, jurídico y social con el Estado del que quiere solicitar su nacionalidad y este vínculo requiere que la persona permanezca en el territorio de ese Estado y que se integre en sus costumbres y estilo de vida. En caso de poligamia, los Tribunales han venido expresando que es causa de denegación de la nacionalidad puesto que no se cumple el requisito de “suficiente grado de integración en la sociedad española” exigido en el artículo 22.4 del Código Civil (AL RACHED, 2020)¹¹⁰.

Así, encontramos diversas sentencias como la de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2019, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Justicia que deniega la nacionalidad española a un ciudadano senegalés al no haber renunciado a la poligamia en el momento de la solicitud.

La jurisprudencia ha dejado claro reiteradamente que la poligamia es contraria al orden público español y que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero, por lo que resulta irrelevante que esté admitida en el país de origen del solicitante (STS de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009, entre otras).

En cuanto al grado de integración en la sociedad española podemos decir que es un concepto jurídico indeterminado que, según la Audiencia Nacional, “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”¹¹¹.

Otra sentencia anterior que confirma la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en casos de poligamia por falta de dicho requisito es la SAN de 16 de marzo de 2018¹¹² que dice: ***“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***

¹¹⁰ AL RACHED. *Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio poligámico: aspectos críticos y prácticos*. Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre 2020. Vol. 12 nº2. Págs. 841-858

¹¹¹ Apartado primero de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019

¹¹² SAN 16/03/2018 (Sala de la contencioso-Administrativo, Sección 3ª)

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”.

Además, debemos tener en cuenta que la adquisición de la nacionalidad no se puede comparar con los efectos periféricos que produce la situación de poligamia, esto es, los derechos concedidos por los tribunales españoles en relación con la pensión de viudedad y el derecho de alimentos. Los solicitantes deben tener un mínimo conocimiento de las instituciones y de la organización política del Estado español. La citada sentencia de 4 de febrero de 2019, en su apartado tercero, expresa que **“la nacionalidad constituye la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, y es algo más que la autorización de residencia y trabajo. Por ello, el nivel de exigencia de adaptación es mayor para los solicitantes de nacionalidad que para los solicitantes de residencia, puesto que pretenden ser residentes españoles”**¹¹³.

La Audiencia Nacional aclara que no es lo mismo residir en España que adquirir la nacionalidad español dado que esta última opción comporta toda una serie de derechos, entre los que se encuentran el sufragio activo y pasivo, pudiendo acceder a los diferentes cargos y funciones públicas, además de convertirse en 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”**¹¹⁴.

6.3 En relación con el orden público

No han sido muchos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos al presente TFG, pero podemos hacer referencia, en primer lugar, a la sentencia de 13 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que determinó que es un componente esencial del orden público el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la

¹¹³ En el mismo sentido viene la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004, en el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de (RJ\2004\5546); y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008, apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de (RJ\2008\6478)

¹¹⁴ SAN 4 de febrero de 2019

Constitución, determinando que son nulas las estipulaciones contractuales de las partes que vulneren el respeto a los mismos¹¹⁵. Esta sentencia vinculó el concepto de orden público a los principios constitucionales.

Esta misma doctrina fue aplicada posteriormente en otras dos sentencias, la primera de ellas, sobre materia económica¹¹⁶ donde, en su Fundamento Jurídico Cuarto, expresa que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión desde la vigencia de la Constitución de 1978. Y la segunda, sobre materia de divorcio¹¹⁷, que aclara que, en caso de colisión entre derechos fundamentales de las partes, prevalece el orden público en determinadas materias como las incluidas en el ámbito de protección del artículo 39.2 de la Constitución española de 1978 (ACEDO PENCO)¹¹⁸.

Respecto al Tribunal Supremo, sí que ha tratado con frecuencia la cuestión de orden público como en la STS de 7 de octubre de 1987 donde, en su Fundamento Jurídico Cuarto, recoge la doctrina sobre la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas. La sentencia del 8 de marzo de 1988 recuerda, por su parte, el matiz de orden público que debe regir en el instituto de la adopción. La sentencia del 3 de diciembre de 1988 expresa que el “status” de la persona afecta al interés social y al orden público y, sobre este mismo tema, se encuentran las sentencias de 5 de noviembre de 1987, 7 de diciembre de 1988, 19 de enero de 1990 y 28 de noviembre de 1992.

Otras sentencias se pronuncian sobre el alcance de la noción de orden público donde la más determinante es la de 5 de abril de 1966, que lo definió como “*aquel conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*”¹¹⁹. Este criterio fue ratificado posteriormente en la sentencia de 31 de diciembre de 1979.

Más reciente tenemos la sentencia de 2 de noviembre de 1990 y la del 19 de octubre de 1991, que explican que los conceptos de moral y orden público, como límites a la autonomía de la voluntad, deben ser interpretados en consonancia con el ordenamiento jurídico y la Constitución española así como con la vigencia social y cultural del momento en que se

¹¹⁵ STC 19/1985 (BOE nº 55 de 5 de marzo de 1985) de la Sala Segunda, dictada en el recurso de amparo nº 98/1984.

¹¹⁶ STC 15 de abril de 1986

¹¹⁷ STC 23 de febrero de 1989

¹¹⁸ ACEDO PENCO. *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*. Op. Cit.

¹¹⁹ STS 5 de abril de 1966. Aranzadi. Repertorio nº 1684 del año 1966.

apliquen¹²⁰. Por su parte, la sentencia del 9 de julio de 1992 afirma que los derechos fundamentales son cuestión de orden público.

7 CONCLUSIONES

Aunque la sociedad ha evolucionado enormemente en estas últimas décadas y ha abierto su mente a nuevas formas de vivir, de formar una familia y de relacionarse socialmente, como bien nos muestra el extracto de la encuesta del Centro de Investigaciones Sociales¹²¹ del Anexo II, en el que se ve que el 41% de la población encuestada está a favor de las relaciones abiertas en pareja, a mi modo de ver, la poligamia, entendida tal y como la entienden los musulmanes, nunca podrá ser aceptada por nuestra sociedad porque, como bien expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008: ***“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”***

La institución de la poligamia se enfrenta directamente con el artículo 14 de la Constitución Española, con el derecho a la igualdad de todos ante la ley, y ello implica que las mujeres insertas en esta institución no gozan de la libertad que tenemos el resto de nosotras en nuestro Estado de derecho y que tanto hemos luchado para conseguir. Es un retroceso, una vuelta a épocas oscuras en las que las mujeres estaban sometidas a los hombres y donde no se podían expresar libremente y vivir conforme a sus propias creencias y valores.

Pero también es cierto que algunas mujeres pueden voluntariamente aceptar esta institución por diferentes motivos y esas mujeres, si deciden emigrar a nuestro país, no deben verse desprotegidas por formar parte de un matrimonio completamente válido en su ordenamiento jurídico y no tienen por qué enfrentarse a dificultades por el hecho de que los Estados les denieguen el reconocimiento de su situación, generando con ello una gran inseguridad jurídica.

Por ello, la aplicación del orden público se debe hacer con matices, de forma atenuada, para evitar esas situaciones injustas cuando la institución de la poligamia es totalmente válida en el ordenamiento jurídico extranjero. En este sentido, el orden público sólo se aplicará cuando la institución objeto de convalidación atente gravemente contra el orden constitucional y contra nuestros principios y valores fundamentales. En el resto de situaciones, se deberá

¹²⁰ ACEDO PENCO *Op. Cit.*

¹²¹ https://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14584. Fecha 15/04/2023

aplicar de forma atenuada. Esta aplicación del orden público permitirá que puedan derivar ciertos efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos que no serían contrarios al ordenamiento jurídico español como son la reagrupación familiar de ulteriores cónyuges, los derechos sucesorios de las siguientes esposas, el derecho de alimentos y pensión compensatoria pos divorcio para segundo y sucesivos cónyuges, la filiación de los hijos comunes, el régimen económico del matrimonio poligámico y el derecho a la pensión de viudedad de las distintas esposas.

8 BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Á. (s.f.). El Orden Público Actual Como Límite A La Autonomía De La Voluntad En La Doctrina Y La Jurisprudencia.
- AL RACHED, H. (2020). Adquisición De La Nacionalidad Española Y Matrimonio Poligámico: Aspectos Críticos Y Prácticos. *Cuadernos De Derecho Transnacional. Vol 12*, 841-858.
- ALVAREZ, M., & SCONDA, M. (s.f.). *Fundamentos Romanísticos Del Derecho Contemporáneo*. Buenos Aires: Universidad De Buenos Aires.
- AZOUZ, A. A. (2008). *Al Mudawana*. Madrid: Atime.
- BONFANTE, G. (1965). *Instituciones De Dereco Romano*. Madrid: Reus.
- CALVO ÁLVAREZ, J. (1983). *Orden Público Y Factor Religioso En La Constitución Española*. Navarra: Print.
- CRESPO MORA, C., MARTÍN SALAMANCA, S., & SANTOS MORÓN, M. (2021). *Manual De Derecho Civil*. Madrid: Wolters Kluwer.
- DORAL, J. (1967). *La Noción De Orden Público En El Derecho Civil Español*. Navarra: Print.
- ESPAÑOLA, R. A. (2011). *Diccionario Avanzado*. Madrid: Sm.
- ESPINAR VICENTE, J. (2019). *El Matrimonio, Las Familias Y La Protección Del Menor En El Ámbito Internacional*. Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ CORONADO, A. (2009). Matrimonio Islámico, Orden Público Y Función Promocional De Los Derechos Fundamentales. *Revista Española De Derecho Constitucional*, 125-156.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2020). *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Civitas-Thomson: Print.
- GARCÍA, I. (2013). *Traducción Comentada De: El Corán*. Bogotá.
- GÓMEZ MARÍN, M., & GIL Y GÓMEZ, P. (1873). *Digesto, Código, Novelas E Instituta De Justiniano*. Madrid: Ramón Vicente.

- GÓMEZ-URRUTIA, M. V. (2003). Matrimonio Poligámico, Orden Público Y Extranjería. *Revista Actualidad Laboral*, 581-601.
- GOTI ORDEÑANA, J. (1991). *El Sistema De Derecho Eclesiástico Del Estado. Parte General*. San Sebastián: Print.
- LA Emergencia Del Feminismo Islámico. (2008). *Congreso Internacional De Feminismo Islámico* (Pág. 84 Y Sigüientes). Barcelona: Oozebap.
- LABACA ZABALA, M. (2005). *La Familia Poligama Islámica En La Legislación Española*. Valladolid: Universidad De Valladolid.
- LAINA GALLEGO, J. (2017). La Licencia Matrimonial En España Durante Las Regencias. *Revista General De Derecho Canónico Y Derecho Eclesiástico Del Estado*. Pág. 45.
- MADRID, U. C. (2007). Memorias De Poligamia, Una Perspectiva Antropológica. Nómadas. *Revista Crítica De Ciencias Sociales Y Jurídicas*, 69-80.
- MANRESA Y NAVARRO, J., DE CÁRDENAS, F., & CHAMORRO PIÑERO, S. (1943). *Comentarios Al Código Civil Español*. Madrid: Print.
- MORENO QUESADA, B., GONZÁLEZ PORRAS, J., OSSORIO SERRANO, J., RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., GONZÁLEZ GARCÍA, J., HERRERA CAMPOS, R., & MORENO QUESADA, L. (2017). *Curso De Derecho Civil Iv Derecho De Familia Y Sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MOTILLA DE LA CALLE, A., LORENZO VÁZQUEZ, P., & CIÁURRIZ LABIANO, M. (2002). *Derecho De Familia Islámico: Los Problemas De Adaptación Al Derecho Español*. Madrid: Colex.
- MUÑOZ, X. O. (2020). *Compendio De Derecho Civil Tomo Iv Tercera Edición*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PÉREZ, P. J. (2012). Jurisdicción Española Y Poligamia Islámica: ¿Un Matrimonio Forzoso? *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*.
- ROLDÁN VERDEJO, R. (1980). *La Ley De Matrimonio Civil De 1870: Historia De Una Ley Olvidada*. Granada: Print.
- ROSA, G. E. (s.f.). *La Nueva Mudawwana Marroquí: Entre Tradición Y Modernidad*. Jaén: Junta De Andalucía.

- RUIZ, A. J. (2005). *Diccionario De Derecho Romano*. Madrid: Edisofer Sl.
- TAPINOS, G. (1993). *Inmigración E Integración En Europa*. Barcelona: Fundación Paulino Torras Doménech: Print.
- TOMÁS VILLARROYA, J. (1987). *Breve Historia Del Constitucionalismo Español*. Madrid: Print.
- TORRENT RUIZ, A. (1987). *Manual De Derecho Romano Privado*. Zaragoza.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., FRAGUAS MASSIP, R., MARTÍNEZ GIL, J., & SIMÓ SANTONJA, V. (1968). Conflicto De Leyes En Materia De Sucesiones Por Causa De Muerte, Cuestiones Preliminares E Incidentales, Orden Público, Capacidad, Transmisión Y Adquisición. *I Comisión Del Ix Congreso Internacional Del Notariado Latino*, (Pág. 149 A 241).
- VALVERDE MARTÍNEZ, M., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). Poligamia En Marruecos Y Pensión De Viudedad En España. El Tribunal Supremo Y El Orden Público Internacional Atenuado. *Cuadernos De Derecho Transnacional Volumen 10*, N° 2. Págs. 718-731.
- VIÑAS FARRÉ, R. (1977). La Cláusula De Orden Público En Las Convenciones De La Conferencia De La Haya De Derecho Internacional Privado. *Revista Jurídica De Cataluña*, 51-74.

TEXTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

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

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

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.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN 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. Instrumento de ratificación por España. BOE núm. 69 de 21 marzo de 1984

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 SOBRE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS de 8 de noviembre de 1979.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Española de 1978

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

RD Legislativo 670/87, de 30 de abril, de Clases Pasivas del Estado

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Texto Refundido de Ley Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril)

WEBGRAFÍA

<https://www.congreso.es/cem/>

https://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14584

<https://www.newtral.es/poligamia-senegal-espana-pension/20220131/>

<https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=44&referencia=SP%2FS ENT%2F1031519&cod=0JQ01g0G90FG03D0ly0FQ01i00q0Fb0Le1iT09Q01i0l%260810 FV29E0802MR1y%2F05v07s0%26V0Ha2JJ1jU>

<https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=44&referencia=SP%2FS ENT%2F936212&cod=01%2D07u1%2Fu0XJ08K1yF0G%5F07k17V0%26607a1%2Fu0 GL07k1gL00r0JP1u929H0If1%3DP1CY0Ip17T1jT0Ef1Mq0G%2D>

https://elpais.com/diario/2008/02/17/sociedad/1203202803_850215.html

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6876304>

<http://revista.reicaz.es/numeros-anteriores/n-011/el-matrimonio-poligamico-y-la-pension-de-viudedad/>

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1175790

https://www.derechocambiosocial.com/revista019/las_pensiones_de_la_poligamia.htm

<http://archivodeinalbis.blogspot.com/2013/05/las-pensiones-de-viudedad-y-la.html?m=1>

<http://accursio.com/blog/?p=833>

<https://www.lainformacion.com/espana/el-ts-obliga-a-las-esposas-de-un-poligamo-a-compartir-la-pension-de-viudedad/6341204/>

<https://elmundoarabe.org/las-bodas-musulmanas/>

<https://www.ahmadiyya-islam.org/es/articulos/el-sistema-de-matrimonio-islamico/>

<https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/mundo-musulman-sexualidad/20170814185926142597.html>

<https://perfectvenue.es/es/2021/05/20/el-matrimonio-arabe-y-sus-tradiciones/>

<https://perfectvenue.es/es/2021/08/20/el-matrimonio-musulman-y-sus-tradiciones/>

<http://archivodeinalbis.blogspot.com/2013/05/las-pensiones-de-viudedad-y-la.html?m=1>

<http://accursio.com/blog/?p=833>

<https://www.lainformacion.com/espana/el-ts-obliga-a-las-esposas-de-un-poligamo-a-compartir-la-pension-de-viudedad/6341204/>

<http://www.millenniumdipr.com/ba-35-eficacia-de-las-relaciones-poligamicas-en-el-orden-social-derecho-a-la-pension-de-viudedad>

<https://vlex.es/tags/paises-poligamos-2601962>

https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/tribunal-supremo-reconoce-poligamia_117722_102.html

<https://maldita.es/malditobulo/20220524/que-sabemos-de-una-pension-de-viudedad-a-cuatro-mujeres-casadas-con-un-hombre-marroqui-solo-hay-un-caso-que-haya-llegado-al-supremo-de-dos-mujeres-en-el-que-una-unica-pension/>

<https://www.mundiario.com/articulo/sociedad/poligamia-musulmana-instala-hecho-espana-y-efectos-seguridad-social/20150111150034026024.html>

<https://www.iberley.es/noticias/ts-declara-situacion-poligamia-no-impide-reconocimiento-pension-viudedad-esposas-simultaneamente-hubieran-estado-casadas-causante-28745>

[http://proyectoatl.com/Biblioteca_de_Contenidos/File/Biblioteca/Legislaci%C3%B3n/Legislaci%C3%B3n_marroqu%C3%AD/Espa%C3%B1ol/C%C3%B3digo_de_Familia_de_Marruecos_\(Espa%C3%B1ol\).htm](http://proyectoatl.com/Biblioteca_de_Contenidos/File/Biblioteca/Legislaci%C3%B3n/Legislaci%C3%B3n_marroqu%C3%AD/Espa%C3%B1ol/C%C3%B3digo_de_Familia_de_Marruecos_(Espa%C3%B1ol).htm)

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/el-matrimonio-poligamico-y-el-orden-publico-2019-06-07/>

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4683-el-delito-de-bigamia-en-el-codigo-penal-espanol-consideraciones-penales-y-criminologicas/>

<https://www.rcvabogados.es/es/noticias/matrimonio-resolucion-de-6-de-abril-de-2018-13a/>

https://elpais.com/diario/2008/02/17/sociedad/1203202803_850215.html

<https://fernandezrozas.com/2019/08/02/no-es-inscribible-el-matrimonio-poligamico-celebrado-en-gambia-por-un-gambiano-que-luego-adquirio-la-nacionalidad-espanola-res-dgrn-4-septiembre-2018/>

9 ANEXOS

Anexo I

34

REPUBLIQUE DU MALI
Un Peuple - Un But - Une Foi

REGION DE : Districte de Bamako
CERCLE DE :
ARROND OU COMMUNE DE : la Commune II
CENTRE principal DE la Commune II

VOLET N°3
(à remettre au déclarant)
EXTRAIT D'ACTE DE MARIAGE N° 111 Bq 3

1 Date de déclaration : 12-03-2009
2 Date de célébration : 27-03-2009

EPOUX

3 Date de naissance : vers 1979
4 Localité de naissance : Guelleda / ci Kalokani
5 Prénom :
6 Nom :
7 Prénom et Nom : Ye Koro
8 Domicile :

MERE

9 Prénom et Nom : Mossakouma
10 Domicile :

EPOUSE

11 Date naissance : 26-08-1992
12 Localité de naissance : Saboupa / Kalokani
13 Prénom et Nom : Siba

PERE

14 Prénom et Nom : Sadio
15 Domicile :

MERE

16 Prénom et Nom : Doussouba
17 Domicile :
18 Régime matrimonial : Bien séparés
19 Option matrimoniale : Polypatrie

L'OFFICIER D'ETAT CIVIL

20 Prénom et Nom : A. Fakumata
L'Officier

Signature époux.

34

REDMI NOTE 8T
AI QUAD CAMERA

Anexo II

CIS

Estudio nº3339. ENCUESTA SOBRE RELACIONES SOCIALES Y AFECTIVAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA DE LA COVID-19 (II)

Octubre 2021

Pregunta 11

¿Podría decirme si está Ud. muy de acuerdo, de acuerdo, en desacuerdo o muy en desacuerdo con las siguientes frases?

	Muy de acuerdo	De acuerdo	(NO LEER) Ni de acuerdo ni en desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo	N.S.	N.C.	(N)
El amor verdadero lo puede todo	16,5	50,3	3,5	24,1	3,7	1,4	0,5	(3.011)
Se puede estar enamorado/a de una persona a la que solo conoces por Internet	2,2	23,6	1,9	52,0	13,2	6,4	0,8	(3.011)
Si se ama verdaderamente, se es fiel a la pareja siempre	27,3	49,6	1,9	17,8	1,8	1,1	0,5	(3.011)
Se pueden tener relaciones sexuales con alguien sin querer a esa persona	12,8	53,2	1,0	24,0	6,5	1,7	0,8	(3.011)
Una persona puede mantener dos o más relaciones románticas a la vez	3,7	36,0	1,7	43,5	11,0	3,1	1,0	(3.011)
Los miembros de una pareja pueden mantener su relación afectivo sexual sin convivir juntos/as para preservar su independencia	8,6	54,1	1,7	27,3	3,8	3,4	1,3	(3.011)
Los miembros de una pareja pueden acordar tener relaciones sexuales con otras personas fuera de la pareja sin que haya vínculo sentimental	4,6	36,0	1,7	39,6	14,2	2,7	1,2	(3.011)

Pregunta 12

En estos momentos, si iniciara una relación de pareja ¿qué grado de importancia daría Ud. a los siguientes aspectos: mucha, bastante, poca o ninguna?

	Mucha	Bastante	Poca	Ninguna	(NO LEER) N.P.	N.S.	N.C.	(N)
Que fuese menos atractivo/a que Ud.	3,6	7,1	39,4	46,8	-	1,8	1,3	(3.011)
Que tuviese menos dinero que Ud.	2,3	4,0	36,1	56,0	-	0,7	0,9	(3.011)
Que tuviese más estudios que Ud.	5,6	9,4	29,9	53,7	-	0,5	0,9	(3.011)
Que tuviese diez años más que Ud.	12,9	17,5	28,5	39,2	-	0,9	1,1	(3.011)
Que las relaciones sexuales no fueran satisfactorias	30,9	35,8	18,4	11,4	-	1,6	1,9	(3.011)
Que no se implicara en las tareas domésticas	41,7	37,7	12,0	7,2	-	0,5	1,0	(3.011)
Que no quisiera tener hijos/as	22,4	16,5	21,4	33,1	3,5	1,6	1,4	(3.011)
Que tuviera independencia económica (ingresos por pensión, salario, etc.)	23,1	26,8	23,0	25,2	-	1,0	1,0	(3.011)
Que deseara contraer matrimonio	14,4	15,9	30,6	35,8	-	1,9	1,3	(3.011)
Que tuviera las mismas creencias religiosas	15,8	17,6	26,6	38,1	-	1,1	0,9	(3.011)