

PLURALIDAD DE FORMAS DE CELEBRACIÓN Y MATRIMONIO MUSULMÁN. UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Pese a las diferencias en cuanto a la concepción del matrimonio en Occidente y en el mundo musulmán, ambas realidades coinciden en que se trata de una institución clave que, como tal, es objeto de especial protección jurídica. Sin embargo, más allá de esta coincidencia, las diferencias son notables en cuanto a las reglas que gobiernan la institución en ambas tradiciones jurídicas. Ello genera problemas especialmente en países que, como la España actual, son receptores de grandes contingentes de población musulmana. En el encuentro humano, cultural y jurídico que la inmigración propicia, el derecho internacional privado juega un papel relevante por ser el sector del ordenamiento jurídico llamado a solucionar multitud de controversias que afloran de tal multiculturalidad. De esta manera, el objetivo en este trabajo es, cumplidos diez años de la vigencia de la Ley 26/1992, realizar una reflexión sobre la celebración del matrimonio musulmán en España.

Palabras clave: matrimonio, tradición jurídica, derecho musulmán, conflicto de leyes.

ABSTRACT: *In spite of the differences concerning marriage between the Western and Muslim legal traditions, both coincide in that they consider that this is a key institution which, as such, deserves special legal protection. However, beyond this common conception, there are notable differences in the rules that govern this institution in both legal traditions. This creates problems in countries which, as today Spain, are recipients of large groups of Muslim population. In the human, cultural and legal encounter caused by immigration, Private International Law has a relevant role to play as a branch of the law that helps to solve multiple controversies which spring out in multi-cultural societies. In this way, the goal of this article is, in the context of the 10 years of the Law 26/1992, to develop a reflection on Muslim marriages in Spain.*

Descriptors: *marriage, legal tradition, Muslim law, conflict of laws.*

* Profesora de derecho internacional privado y doctora en derecho en la Universidad de Córdoba.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho español y la pluralidad de formas de celebración del matrimonio*. III. *El derecho material musulmán en cuanto a la celebración del matrimonio*. IV. *El acuerdo de cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España*. V. *El sistema matrimonial español de derecho internacional privado*. VI. *La práctica de la Dirección General del Registro y el Notariado*. VII. *Breve referencia al derecho comparado europeo*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Como es clásico advertir, el término “matrimonio” adquiere una significación muy distinta tanto social como jurídica, según el contexto en el que nos encontremos. Dicha noción designa a la vez, el acto inicial de unión, es decir la celebración, y el estado civil que resulta del mismo.¹ De hecho, se está ante una de aquellas nociones que, dada su riqueza humana y sociológica, parece percibirse mejor por el profano que por el especialista.² Lo cierto es que al encontrarnos ante una institución apegada sobremedida a ser humano se ve afectada de lleno por los cambios sociales y por las creencias religiosas. Tradicionalmente, los pueblos occidentales, A partir de una concepción cristiana del matrimonio, han definido a éste como “uniones voluntarias de por vida entre un hombre y una mujer con exclusión de otras uniones conyugales”.³ Al trasladar tal noción al plano jurídico se observa que existen dos elementos esenciales en la formación del matrimonio: por una parte, el concurso de voluntades entre un hombre y una mujer, y por otra, éste implica un acto solemne de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas.⁴

1 Hayoit, P., “La conception existentielle du mariage et ses répercussions en matière d’erreur”, *Revue Droit Canonique*, 1983, pp. 9 y ss.

2 En palabras de Boulanger, F., *Droit civil de la famille. Aspects internes et internationaux*, Economica, 1990, t. I, collection Droit Civil, p. 125.

3 Asunto *Hayde v. Hayde*, 1866. Nuestro Código Civil (Cc.) no enuncia una definición del matrimonio sino que se limita en el artículo 44 a declarar que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.

4 En el Código Civil español tales requisitos se derivan de los artículos 44, 45 y 49.

Desde años atrás, en Occidente asistimos a una transformación en la concepción del matrimonio debido a dos factores. En primer lugar, ocurre una evolución en la mentalidad que se manifiesta en la diversidad de uniones donde se cuestionan elementos, antes inalienables de la propia institución matrimonial, como la heterosexualidad o la indisolubilidad del vínculo.⁵ Ante tales circunstancias, además de la proliferación de uniones de hecho no matrimoniales, hay cierto declive del matrimonio como institución. En segundo lugar, nadie puede negar que la sociedad europea, como consecuencia de las migraciones masivas procedentes del continente africano, y en menor medida asiático, se conforma como una sociedad multicultural. En España, si bien en otro estadio menor de consolidación, tampoco nos encontramos ajenos a tal diversidad cultural. En efecto, se asiste, desde hace ya unos años, a una inmigración importante procedente del norte de África, y principalmente del Magreb, cuya cultura, religión y derecho es de raíz musulmana. Tal profesión de fe no es ajena a lo jurídico sino que influye de manera directa en el estatuto personal, en las instituciones propias del derecho de familia y principalmente en la concepción del matrimonio, lo que deviene multitud de aspectos que colisionan con la noción cristiano-occidental imperante durante siglos en España.⁶ No se puede obviar que, si bien en la Europa de nuestros días los distintos ordenamientos jurídicos albergan sistemas matrimoniales laicos, su substrato no es otro que la tradición judeo-cristiana, atemperada, por supuesto, con los valores y principios constitucionales.⁷

5 Sobre esta diversidad de uniones, véase una clasificación realizada por Espinar Vicente, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, 1996, en especial pp. 13-51.

6 Torre, J. A. Tomás de la, “Celebración del matrimonio”, en Aguilar Benítez de Lugo, M. et al., *Lecciones de derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 88.

7 En este sentido, P. Orejudo destaca que “el derecho civil español para una persona judía o musulmana no es sino la versión española del matrimonio cristiano”. Véase Orejudo Prieto de los Mozos, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en derecho internacional privado español*, Aranzadi, 2002, p. 200; así como *id.*, “La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español”, *Actas del III Congreso de Inmigración en España*, Granada, 6 a 9 de noviembre de 2002, p. 329.

Pese a las diferencias en cuanto a la concepción del matrimonio en Occidente y en el mundo musulmán, ambas realidades coinciden que se está ante una institución clave que, como tal, es objeto de especial protección jurídica. Además, dicha tutela tanto del *ius connubis* como del *status maritalis* viene dada por el plano interno como el internacional al considerarse como un derecho fundamental de todo ser humano.⁸ En este encuentro humano, cultural y jurídico, el derecho internacional privado juega un papel relevante al ser el sector del ordenamiento jurídico llamado a solucionar multitud de controversias que afloran de esta multiculturalidad.

Ante tal diversidad de cuestiones, la intención de este trabajo es, cumplidos diez años de la vigencia de la ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (CIE),⁹ realizar una reflexión sobre la celebración del matrimonio musulmán en nuestro país. En efecto, es esta confesión por el creciente número de inmigrantes magrebíes, como por sus marcadas diferencias con la noción de matrimonio cristiano-occidental, la que mayor problemática plantea desde el punto de vista del derecho internacional privado.

II. EL DERECHO ESPAÑOL Y LA PLURALIDAD DE FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

En el aspecto matrimonial, uno de los mayores logros constitucionales ha sido la instauración de un matrimonio civil único con

⁸ A nivel internacional, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, y el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Pese a ser considerado como un derecho fundamental por tales convenios internacionales, la Constitución española parece haberlo privado de tal naturaleza al incluirlo en el artículo 32 que se sitúa fuera del capítulo II de la sección primera.

⁹ Junto a este acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE), se aprobaron mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ferede), y a través de la Ley 25/1992 de 10 de noviembre el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE), todos ellos se publicaron en el *BOE*, núm. 272, 12 de noviembre de 1992, la cual entró en vigor al día siguiente de su publicación.

pluralidad de formas de celebración,¹⁰ que acaba así con el largo periodo de confesionalidad preconstitucional incompatible con las manifestaciones básicas de una libertad religiosa y tolerancia de culto.

Con la entrada en vigor de la Constitución, el sistema matrimonial español se ha transformado notablemente, pues se ha reglamentado las situaciones privadas tanto de naturaleza interna como internacional. Junto al artículo 32 que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, los artículos 14 y 16 inspiran la nueva concepción del matrimonio en España, al instituir respectivamente la no discriminación por razón de religión y garantizar la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. Tales valores afectan tanto a la forma de celebración como a la capacidad y al consentimiento matrimonial. En efecto, ellos nos conducen ante un Estado laico pero que tiene en cuenta el factor religioso; hecho que abocará a la instauración de un matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración, civil y religiosa. En concreto, ha sido la Ley 30/1981, de 7 de julio,¹¹ la que ha desarrollado fundamentalmente este régimen

10 Si bien no es este el momento de detenernos en la polémica sobre la naturaleza exacta de nuestro sistema matrimonial, basta mencionar que la mayor parte de la doctrina considera que el ordenamiento jurídico español instituye el sistema anglosajón, es decir, un sistema de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración. No obstante, existe un sector minoritario que considera que se está ante un sistema latino donde existen varias clases de matrimonio que se rigen por su concreto derecho confesional. Entre los representantes de la primera tesis hemos de destacar a Clavería Gosálbez, L., "Notas sobre el denominado sistema matrimonial español", en varios autores, *Centenario del Código Civil*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, t. I, pp. 501 y ss.; González Campos, J. D., "Comentario al artículo 49 del Código. Aspectos de derecho internacional privado", en varios autores, *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, t. I, pp. 276 y ss. Entre los representantes de la tesis minoritaria, hemos de destacar a Díez del Corral Rivas, J., "Comentario al artículo 63 del Código Civil", en varios autores, *Comentario del...*, cit., en esta misma nota, pp. 306 y ss.; y a Gallego Domínguez, I. y Galán Soldevilla, L., "El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992", *Actualidad Civil*, núm. 13, 1993, pp. 221 y 222, quienes han señalado que con respecto al matrimonio canónico es donde surgen las mayores dificultades de encuadre sobre si se trata de una simple forma de celebrar matrimonio o, por el contrario, de una clase en sí; cuando se trata del matrimonio religioso no canónico, la cuestión parece clara, rigiendo un sistema facultativo anglosajón.

11 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. *BOE*, núm. 172, 20 de julio de 1981.

constitucional mediante una nueva redacción de los anteriores artículos del Código Civil (Cc.) que convierte las antiguas “clases” de matrimonio en “formas”,¹² suprime la obligación de probar la acatolicidad y, en consecuencia, convierte al matrimonio civil de subsidiario en facultativo. No obstante, si bien es cierto que el Código Civil desde 1981 admite la posibilidad de celebrar matrimonio religioso en forma no canónica, tal reconocimiento es puramente abstracto y necesitado para su efectividad de desarrollo legal. Otra disposición básica en cuanto a esta transformación es la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), de 5 de julio de 1980, ya que, por una parte, su artículo 2 prevé que los poderes públicos lleven a cabo una serie de prestaciones para que la libertad religiosa sea efectiva y real¹³ y, por otra, su artículo 7 prevé la celebración de acuerdos y convenios entre el Estado y las confesiones religiosas acatólicas. Sin embargo, éste no fue el caso de la Iglesia Católica, dado que al tiempo que se redactaba la Constitución se llevaban a cabo las negociaciones para sustituir el Concordato de 1953 por los Acuerdos de la Santa Sede,¹⁴ firmándose éstos en 1979, es decir al poco tiempo de la entrada en vigor de nuestra norma fundamental.¹⁵ En concreto, fue sobre la base de los mencionados artículos 14 y 16 de la Constitución y de la LOLR, que en 1992 se firmaron los acuerdos de cooperación con confesio-

12 Retomando la distinción de P. Molina entre “formas” y “clases”, considerando las primeras como solemnidades externas que exteriorizan las voluntades, y las segundas como los distintos modelos unitarios de regulación de la relación matrimonial. Molina Herrezuelo, P., “Problemática sobre la forma del matrimonio a la luz de los artículos 53, 73.3 y 789 del Código Civil”, *Anuario Civil*, 1990-2, p. 84.

13 Artículo 2.1.: “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona:... b)... celebrar sus ritos matrimoniales...”.

14 Los cuatro acuerdos firmados entre el Estado español y la Iglesia Católica Romana el 3 de enero de 1979 son los siguientes: a) El de asuntos jurídicos en el que se reconoce la personalidad, autonomía y libertad de la Iglesia Católica, el sistema de matrimonio civil-canónico y las relaciones de cooperación entre el Estado y la Iglesia; b) El de enseñanzas y asuntos culturales; c) El de asuntos económicos; y d) El de asistencia religiosa a las fuerzas armadas y servicio militar de los clérigos. Publicados en *BOE* de 4 de diciembre de 1979.

15 Incluso algunos autores han llamado la atención sobre este hecho, dado que el desarrollo armónico de la Constitución se ha visto soslayado en materia religiosa, ya que tales acuerdos más que postconstitucionales son preconstitucionales. Serrano, C., “Los acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas”, *Anuario de Derecho Eclesiástico y del Estado*, 1988, p. 96.

nes no católicas de reconocido arraigo en España —la evangélica, hebrea y musulmana—.¹⁶ Tal como será objeto de análisis, en tales acuerdos junto con cuestiones tales como la naturaleza de las confesiones o la educación religiosa en los colegios, se desarrolló un amplio artículo 7 con el fin de reconocer los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto o representantes de tales comunidades o confesiones religiosas, siempre que se cumplan un conjunto de requisitos que la misma disposición enumera.¹⁷

La mencionada pluralidad de formas no significa la admisión de cualquier forma o de matrimonios informales,¹⁸ *a sensu contrario* en el sistema español para la existencia del matrimonio continúa siendo imprescindible que el consentimiento se manifieste en una forma determinada legalmente establecida. J. D. González Campos precisa que la noción de “forma de prestación del consentimiento matrimonial” implica dos elementos: cómo ha de otorgarse tal consentimiento y que éste ha de prestarse ante una determinada autoridad, civil o religiosa que será la que declare constituida la unión.¹⁹ Si bien se trata de dos elementos perfectamente diferen-

16 Véase *supra* nota 9.

17 Ha de llamarse la atención que los acuerdos se refieren a ministros de culto en el caso de las confesiones evangélicas y las comunidades israelitas en España, mientras que hablan de representantes en relación a las comunidades musulmanas. La palabra culto es de tradición protestante y denota una diferenciación con la misa católica. Dado que el trasfondo de la palabra culto es plenamente cristiano, no entendemos la razón de su alusión a los rabinos como “ministros de culto”. Por otra parte, el término confesión o Iglesia se utiliza para las comunidades de base cristiana, tanto evangélicas como católicas romanas, mientras que el término comunidad es utilizado para las israelitas o musulmanas.

18 En el derecho anglosajón, sobre todo en algunas entidades de Estados Unidos de América, se admiten los matrimonios informales o no ceremoniales que se concluyen sin la intervención de ninguna autoridad civil o religiosa. Se trata de matrimonios constituidos solamente por el consenso entre las partes o por dicho consenso seguido de la cohabitación de las partes. Dado que el ordenamiento jurídico donde surgen los considera como matrimonios, no se trata de simples “uniones de hecho”. Sobre esta cuestión, véase Palson, L., “Marriage and Divorce”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, cap. 16, pp. 30-33. González Campos precisa que mediante una aplicación analógica del artículo 49 del Cc. *in fine* inspirada en el principio *favor matrimonii*, un matrimonio no ceremonial o informal sería válido en España en el caso de que fuese admitido como matrimonio por el ordenamiento del Estado donde se ha constituido y donde los contrayentes son considerados como cónyuges. González Campos, J. D., “Derecho de familia. El matrimonio”, en *id. et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 302.

19 *Ibidem*, p. 300.

ciados, a los fines del derecho internacional privado existe una estrecha relación entre ellos, de manera que la norma que determina la autoridad competente está designando la ley aplicable a la forma, y viceversa.²⁰

Sobre la base de los principios inspiradores del sistema matrimonial español en cuanto a la pluralidad de formas de celebración del vínculo, nos adentraremos en los caracteres propios del derecho material musulmán en cuanto al matrimonio.

III. EL DERECHO MATERIAL MUSULMÁN EN CUANTO A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

La celebración del matrimonio en derecho musulmán tiene como nota característica la simplicidad tanto en cuanto a la forma de prestar consentimiento como al requisito de la presencia de autoridad competente para validar el acto. Como regla general, puede éste definirse como un contrato entre dos esposos concluido en presencia del tutor y de dos testigos.²¹ El *nikah*²² o celebración del matrimonio es muy sencillo puesto que, si bien normalmente

20 Abarca Junco, P., "La celebración del matrimonio y su nulidad", en Pérez Vera, E. *et al.*, *Derecho internacional privado*, UNED, Colex, Madrid, 2001, vol. II, pp. 111 y 112.

21 En cuanto a la naturaleza contractual del matrimonio en derecho musulmán, véase *inter alia* El Alami, D. Sudqi, *The Marriage Contract in Islamic Law (in the Shri'ah and Personal Status Law of Egypt and Morocco)*, Londres, Graham and Trotman, 1999, en especial pp. 10-26; Millot, L. y Blac, F. P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2a. ed., París, 1987, p. 298. *Ad exemplum*, los códigos sirio, iraquí y jordano, en sus artículos 1o., 3o. y 2o., respectivamente, dan una definición del matrimonio como: "un contrato entre un hombre y una mujer que tenga plena capacidad para ser su mujer con el objetivo de una vida en común y la procreación". El código argelino define al matrimonio como "un contrato que tiene lugar entre un hombre y una mujer de acuerdo con una forma legal. Cuya finalidad es, entre otras, la formación de una familia, basada en el amor, la compasión, la cooperación, la castidad de los dos esposos y la preservación de un linaje legítimo" (artículo 4o.). En Sudán existe una definición casi idéntica, pero pone el hincapié en que ésta es una unión para siempre (artículo 11). Por otra parte, el código marroquí sobre el *status* personal elabora más que una definición: "matrimonio es un pacto legal entre un hombre y una mujer para unir y mantenerlos juntos de un modo permanente, cuya meta es la integridad y la castidad y el crecimiento de la población de la nación mediante la fundación de la familia bajo el cuidado del marido, basada en una estable fundación, y requiriendo de las partes contratantes sobrellevar sus cargas con la verdad, la paz, el afecto y el respeto (artículo 1)".

22 Junto al término *nikah*, se puede encontrar asimismo empleado el término *zawaj*.

se lleva a cabo ante la autoridad religiosa, insistimos que esto no es indispensable para la validez del mismo.

En términos de requerimientos formales, el *nikah* contiene dos elementos básicos, una oferta y la aceptación fruto de esa naturaleza contractual aludida.²³ Tales declaraciones, las cuales deben ser pronunciadas en el mismo acto,²⁴ son realizadas por las mismas partes o bien por el tutor matrimonial (*wali*).²⁵ Uno de los elementos característicos del matrimonio musulmán es la presencia del tutor o *wali* cuya función primordial es reemplazar a la mujer en las negociaciones matrimoniales, figurando en la celebración al lado de ésta.²⁶ De acuerdo con el “clásico *Sharia tenets*” en el matrimonio, han de distinguirse dos categorías en cuanto a la función del *wali*: a) El tutor con capacidad para obligar actúa cuando la persona tiene limitada o carece de capacidad legal; b) El tutor sin capacidad para obligar interviene en el caso de que la mujer tenga plena capacidad legal, no obstante ésta, siguiendo la tradición, delega la conclusión del matrimonio a un tutor.²⁷ La diferencia en un caso y otro es relevante, puesto que mientras en el primero el

23 D. Pearl relata, al hilo del asunto *Ghulamkubra vs. Mohammad Shafi*, que la celebración del matrimonio musulmán comprende las siguientes fases: en primer lugar, el novio plantea una oferta de matrimonio que es aceptada por el representante de la novia, una vez que ésta no se ha opuesto. A continuación, el *mullah* o *cadí* demanda al novio por la oferta de matrimonio, y constatada su firmeza se dirige al representante de la novia. Una vez que ambas partes se han puesto de acuerdo, el matrimonio se considera completado. Pearl, D. y Menski, W., *Muslim Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 140.

24 Nasir insiste que el ofrecimiento y la aceptación deben coincidir en el mismo acto, ya que si el encuentro se produjera antes de la oferta y antes de la aceptación, la oferta deviene nula. Nasir, J. J., *The Islamic Law of Personal Status*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 49.

25 El tutor matrimonial debe ser varón, normalmente pariente próximo de la mujer. De acuerdo con la escuela *Sunni*, los tutores matrimoniales deben ser en el siguiente orden: 1o. Los hijos o incluso nietos; 2o. Ascendientes, el padre, abuelo o siguientes; 3o. Los hermanos y sus descendientes varones. Incluso, la figura del tutor puede venir representada por una persona extraña a la familia, pudiendo ostentar tal función el Estado y sus representantes, principalmente los jueces; *ibidem*, p. 53. Tales reglas son seguidas por la mayoría de los códigos nacionales musulmanes, *ad. ex.* el de Jordania (artículo 9), Marruecos (artículo 11), Túnez (artículo 8) o Siria (artículo 21).

26 Benmelha, G., *Éléments du droit algérien de la famille. Le mariage et sa dissolution*, París, 1985, vol. 1, p. 79.

27 En principio, la mujer sólo podría contratar por sí misma el matrimonio, si tiene capacidad para administrar sus bienes, es rica y considerada o está autorizada para ello; García Rodríguez, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 64.

tutor podría concluir el matrimonio, incluso sin el consentimiento o aceptación de la mujer, en el segundo caso el tutor funciona más como un agente que como un tutor propiamente.²⁸

En general, junto a los futuros esposos y al tutor matrimonial, la presencia de dos testigos es indispensable constituyendo una exigencia *ad solemnitatem* y no meramente formal.²⁹ Éstos deben ser varones musulmanes o, en su caso, un varón y dos mujeres, ya que el testimonio de éstas para el derecho musulmán cuenta la mitad. En cuanto a la profesión de fe de los testigos existe una excepción ya que si la esposa fuese no musulmana, éstos pueden ser asimismo no musulmanes, siempre que sean monoteístas.³⁰ En efecto, la presencia de tales testigos se potencia porque la celebración del matrimonio no siempre se acompaña de un documento escrito a modo de prueba, viniendo a cumplir éstos tal finalidad.

En principio, con la presencia de las personas mencionadas bastaría para la conclusión de un matrimonio válido, no requiriéndose por tanto la presencia de autoridad civil o alguna que haga sus veces, como sucede en los ordenamientos jurídicos occidentales. De modo que en los países musulmanes son las comunidades religiosas, incluso las no musulmanas, las que se atribuyen en su totalidad las competencias en materia matrimonial. La práctica en la mayoría de los países musulmanes es que el matrimonio se celebra por una autoridad religiosa o una autoridad civil con connotaciones religiosas. Por otra parte, tampoco se exige a efecto de validez que el contrato matrimonial sea registrado en un documento formal o informal, admitiendo de este modo el llamado matrimonio *coutumier*.³¹ En efecto, se parte de la idea de que el legislador no puede condicionar la validez de tal matrimonio a

²⁸ Nasir, J. J., *op. cit.*, nota 24, p. 52.

²⁹ En este sentido, Linant de Bellefonds, Y., *Traité de droit musulman comparé*, París, 1965, 2 vols., p. 99. Si bien esta es la regla general, ha de tenerse en cuenta la existencia de varias escuelas dentro del islam, con prácticas distintas en cuanto a las cuestiones matrimoniales, y en general de la familia. Así, para la escuela *Maliki*, a diferencia de las escuelas *Hannafi*, *Safi'i* y *Hanbali*, la ausencia de testigos en la celebración del matrimonio no llega a invalidar éste; Riosalido Gambotti, J., *Compendio de derecho islámico. Ibn Abi Zayd Al-Qay-rawani*, Madrid, 1993, p. 190.

³⁰ Véase, en este sentido, el artículo 16 del Código jordano.

³¹ Aldeeb Abu-Sahlieh, S. A., *Les musulmans en Occident entre droits et devoirs*, París, L'Harmattan, 2002, p. 155.

requisitos formales suplementarios. Pese a ser ésta su costumbre, tanto desde el punto de vista religioso como legal, los Estados islámicos insisten cada día más, con el fin de facilitar su prueba en caso de disputa, sobre la necesidad de guardar ciertas formas o de inscribir el matrimonio ante la autoridad civil estatal.³²

A la luz, por una parte, de los principios inspiradores del sistema matrimonial español, y por otra, de las características básicas del matrimonio musulmán, en el apartado siguiente nos adentraremos en el modo en que la celebración del matrimonio ha quedado instituida por el acuerdo de cooperación firmado entre el Estado y la Comisión Islámica de España.

IV. EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LA COMISIÓN ISLÁMICA DE ESPAÑA

1. *Génesis y caracteres generales*

Los antecedentes inmediatos de los acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español con las respectivas comunidades religiosas no católicas se encuentran en países de nuestro entorno como Alemania e Italia. En el caso alemán se optó por la firma de acuerdos que conceden el mismo trato a todas las iglesias, sean protestantes como católicas,³³ mientras que en Italia las confesiones

32 A modo de ejemplo, en Egipto, el legislador ha establecido como condición para que sea vista una causa matrimonial ante los tribunales egipcios, que tal unión sea probada mediante un acta formal de matrimonio (Decreto 78/1931 en cuanto al Reglamento y Procedimiento de los Tribunales, artículo 99, párrafos 4o. y 5o.). De mayor rigidez resulta la ley tunecina 3/1377 de 1957 sobre el estado civil, al establecer que un documento formal es la única manera de probar el matrimonio. Para un análisis completo sobre los requisitos formales exigidos por las distintas leyes estatales islámicas, véase Nasir, J. J., *op. cit.*, nota 24, pp. 70-75.

33 En el derecho alemán, las relaciones entre las iglesias y el Estado se han basado en la cooperación a través del derecho concordatario y del derecho contractual. Tal sistema está sustancialmente vinculado al *status* de la corporación de derecho público que se otorga no sólo a la Iglesia Católica y a la Protestante, sino incluso a otras confesiones minoritarias. Rouco señala que en el derecho alemán la tradicional igualdad jurídica entre la Iglesia Católica y las iglesias evangélicas favoreció que en los tratados con éstas se tendiera a aproximar la forma y el contenido al régimen concordatario; Rouco, A., "Los tratados de las iglesias protestantes con los Estados", *La institución concordataria en la actualidad*, Salamanca, 1971, pp. 114-118. Véase *amplius* Sabalza Bas, I., "Separatismo y cooperación en el derecho

distintas a la católica romana no gozan de igual tratamiento que esta última;³⁴ diferencias, tal como veremos, que también han quedado consagradas en el sistema español. En cuanto al contenido material de estos acuerdos de 1992, se coincide en dos datos: en primer lugar, para su redacción se toma como modelo los Acuerdos Iglesia-Estado de 1979, si bien se apartan de ellos en puntos importantes, tales como el matrimonio, y, en segundo lugar, la similitud entre los acuerdos con las confesiones no católicas es muy amplia.

Para la conclusión de estos acuerdos, cuya finalidad última es diseñar el marco de relaciones entre el Estado con determinadas comunidades no católicas, la forma legal elegida ha sido la ley, si bien su substrato está en el pacto bilateral.³⁵ En particular, tras el preacuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia, por una parte, y los representantes de las comunidades musulmanas, se aprueba en las Cortes Generales a través de la Ley 26/1992. El proceso negociador con las comunidades musulmanas fue más arduo que

comparado. La experiencia alemana”, en Reyna, V. y Felix Ballesta, Ma. Ángeles, *Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, Marcial Pons, 1994 (Madrid, 1996), pp. 45 y ss.; y Listl, J., “Desarrollo y significación de los concordatos y acuerdos eclesiásticos en el derecho eclesiástico de la República Federal de Alemania”, en varios autores, *Constitución y acuerdos Iglesia-Estado. Actas del II Simposio Hispano-Alemán*, Madrid, 1988, pp. 47-61.

34 En el derecho italiano, es la propia Constitución la que fija en sus artículos 7o. y 8o., respectivamente, la posición de la Iglesia Católica y del resto de confesiones religiosas. Para regular las consiguientes relaciones con el Estado, el sistema se basa en el principio de bilateralidad convencional. En concreto, las *intese* constituyen el instrumento con el que los órganos del Estado y los representantes de las confesiones determinan la reglamentación de sus relaciones a través de una ley que tendrá como base obligatoria un acto bilateral. Para profundizar sobre la naturaleza de dicha *intesa*, véase Camarero Suárez, M., “Los sujetos estatales y confesionales de los acuerdos. Federaciones confesionales y problemática”, en Reyna, V. y Felix Ballesta, M. Ángeles, *op. cit.*, nota anterior, pp. 207 y ss.

35 En relación a la naturaleza de tales acuerdos, Carrión Olmos destaca que dicho contenido, que podemos definir como bilateral, les dota de cierta singularidad respecto al resto de leyes —rigurosamente “unilaterales”—, en los que no sólo la iniciativa para su tramitación parlamentaria, sino también su contenido, corresponden exclusivamente al Ejecutivo; Carrión Olmos, S., “Sistema matrimonial y acuerdos con otras confesiones”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 1-7 de febrero de 1993, p. 93. Hay autores que, ante la gran similitud entre los tres acuerdos de cooperación, argumentan que más que un acuerdo, que supone la voluntad de dos partes, parece que ha habido una determinación del contenido sustancial por una de ellas, el Estado, pues de otra manera no se explicaría la profunda similitud aludida; Gallego Domínguez, I. y Galán Soldevilla, L., “El matrimonio no canónico...”, *cit.*, nota 10, pp. 226 y 227.

con las comunidades evangélicas y judías debido fundamentalmente a dos razones. Por una parte, su reconocimiento de notorio arraigo fue bastante posterior a la de otras comunidades religiosas y, por otro lado, la ausencia de un único interlocutor válido para la negociación, debido a la falta de consenso entre los propios musulmanes agrupados en torno a dos federaciones —la FEERI y la UCIDE—. ³⁶ A pesar de tales dificultades, fue concluido este acuerdo de cooperación que, si bien de naturaleza pareja a los dos precedentes concluidos por el Estado español con las otras confesiones religiosas no católicas, discrepa ampliamente del firmado con la Iglesia Católica Romana. En efecto, los Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede tienen la condición de tratados internacionales mientras que los aludidos acuerdos de cooperación se limitan, tal como ha calificado el Consejo de Estado en su Dictamen de 31 de enero de 1991, a convenios de derecho público interno. No es mi objetivo adentrarnos en tales diferencias, ³⁷ la razón de su exposición es destacar que ellas no sólo afectan a su categorización en cuanto a formas de pactar con el Estado, sino que van más allá en cuanto que van a justificar en el ámbito del derecho internacional privado, importantes diferencias en relación al reconocimiento de ciertos matrimonios y no de otros celebrados en el extranjero según se trate del rito católico o bien del evangélico, hebraico o musulmán.

36 Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas y Unión de Comunidades Islámicas de España. Sobre esta problemática negociadora, véase Fernández-Coronado, A., “Los acuerdos con las confesiones minoritarias desde una perspectiva histórica. *Iter* de las negociaciones”, en Reyna, V. y Felix Ballesta, M. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, pp. 146 y ss.

37 Llamazares ha estudiado en profundidad esta problemática, concluyendo que tal dispar naturaleza se traduce en importantes diferencias en aspectos tales como: los sujetos, el nacimiento y la extinción, así como la aplicación y la interpretación; Llamazares Fernández, D., “Los acuerdos y el principio de igualdad; comparación con los acuerdos con la Iglesia Católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo”, en Reyna, V. y Felix Ballesta, M. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, pp. 165 y ss.

2. *Ámbito de aplicación del acuerdo*

Siguiendo un criterio clásico de ordenación, atenderemos, con el fin de precisar el alcance que tiene la celebración del matrimonio según el rito musulmán, al ámbito de aplicación del instrumento jurídico en el que se incardina el acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica Española.³⁸

El *ámbito personal* engloba a tres niveles distintos que básicamente pueden distinguirse en toda confesión religiosa: la *comunidad local*, los *dirigentes religiosos* y los *fieles*. Para cada uno de estos sujetos, el acuerdo dispone una serie de formalidades y exigencias con el fin de ser destinatario y, por tanto, beneficiario de las disposiciones del mismo. En primer lugar, cada comunidad local³⁹ además de estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas debe pertenecer a la Comisión Islámica Española.⁴⁰ De este modo, cada comunidad particular pasa un doble filtro: el de su propia confesión de fe, al deber pertenecer a la CIE, y el estatal, al tener que estar inscrito en el mencionado registro. Con esto se permite que determinadas comunidades o sectas con fines o actividades contrarios tanto a la confesión musulmana como a los principios constitucionales queden excluidas de dicha cooperación con el Estado. En segundo lugar, el dirigente religioso (*cadí*, *mullah* o *imám*) de las distintas comunidades islámicas debe ser persona acreditada tanto por la comunidad particular que regenta como por la CIE.⁴¹ Y, finalmente, en relación con los fieles, tal acuerdo afecta directamente a todas aquellas personas, tanto de nacionalidad española como extranjera, que profesen la confesión musulmana en España.⁴²

38 Siguiendo así el criterio aportado por García Rodríguez, I., *op. cit.*, nota 27, pp. 220-223.

39 Lógicamente sólo puede hablarse de “Iglesia” en cuanto a que las entidades cristianas sean católico-romanas o evangélicas, mientras que cuando nos referimos a la confesión hebrea y musulmana ha de emplearse el término “Comunidad”.

40 Véase artículo 1o. del acuerdo. Tal como se ha especificado en la Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN), de 4 de enero de 1998 (apartado III, *in fine*, de los fundamentos de derecho, *Anuario de la Dirección General del Registro y el Notariado* —en adelante *AnDGRN*—, p. 2681).

41 Véase artículo 3o. del acuerdo.

42 Ha de llamarse la atención que las mencionadas disposiciones del acuerdo no hacen

En cuanto al *contenido material* del mencionado acuerdo de cooperación con la CIE, éste es muy variado y tiene como objetivo básico desarrollar el principio constitucional de libertad religiosa y de culto mediante una referencia expresa a los aspectos más relevantes del ejercicio de la profesión de fe. Del conjunto de sus 13 artículos,⁴³ el número 7 regula expresamente los efectos civiles del matrimonio celebrado según el rito musulmán con independencia de la nacionalidad española, no tanto de los contrayentes como de la autoridad religiosa competente ante la que se concluya el vínculo.

Con relación al *ámbito espacial* del acuerdo, dado que nada dice su articulado al respecto, éste viene dado por el propio ámbito de la ley que lo aprueba. A diferencia de los Acuerdos Jurídicos con la Iglesia Católica Romana que tienen el carácter de convenios internacionales, el resto de los acuerdos de cooperación con las confesiones evangélica, israelita y musulmana son pactos con el Estado español, aprobados mediante una ley estatal. Por esto, mientras que el efecto del primero va más allá de nuestras fronteras, los segundos se circunscriben al territorio español. Esta limitación, en cuanto a su ámbito territorial, casa con dificultad con el fenómeno religioso y con la profesión de una determinada confesión al no entender éstas de fronteras ni de límite espacial. Tal como analizaremos, dicha limitación territorial aflora especialmente en el ám-

alusión alguna en caso de elección por los contrayentes de una forma religiosa a la *professio religionis* de los mismos. En este sentido, J. D. González Campos entiende que tal profesión de fe es requerida si se opta por un matrimonio de tal naturaleza, apreciándose ésta conforme al ordenamiento de dicha confesión; "Artículo 49. III. Aspectos de derecho internacional privado", en varios autores, *Comentario...*, nota 10, p. 276.

43 Así, el artículo 1o. establece el ámbito de aplicación de las leyes; el artículo 2o. instituye la inviolabilidad de los lugares de culto; los artículos 3o., 4o. y 5o. se refieren a los ministros de culto: concepto y regulación del secreto en sus funciones, servicio militar, Seguridad Social; el artículo 6o. determina qué debe considerarse como propio de esta religión; el artículo 7o. se refiere a los efectos civiles del matrimonio según la forma musulmana; el artículo 8o. consagra, por una parte, el derecho a participar en actividades y ritos religiosos, y por otra, el artículo 9o. a recibir asistencia religiosa; el artículo 10, el derecho a recibir educación religiosa en la educación pública; el artículo 11 alude a las obligaciones y exenciones fiscales de las entidades religiosas; el artículo 12 establece el respeto a las fiestas religiosas en el orden laboral y educacional; y, para finalizar, el artículo 13 prevé la cooperación respecto a la conservación y fomento del patrimonio histórico, artístico y cultural de dichas confesiones.

bito matrimonial, dado que si el vínculo se celebra según el rito musulmán en el extranjero, éste sólo tendrá validez en España si ésta es una de las formas aceptadas según la *lex loci celebrationis*.

En cuanto a la *vigencia temporal* del acuerdo, éste se encuentra en vigor desde el 13 de noviembre de 1992, es decir desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La única duda que podría plantearse en este sentido se centraba en la posible retroactividad del mismo. Incógnita que pronto se desvaneció gracias a una instrucción de la DGRN, de 10 de febrero de 1993, que declara expresamente la inexistencia de todo matrimonio celebrado según estos ritos religiosos acatólicos con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo.⁴⁴

3. *La celebración del matrimonio musulmán según el artículo 7 del acuerdo*

El artículo 7 del acuerdo de cooperación se expresa así:

1. Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.

Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad.

Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente.

Tras nuestra aproximación al ámbito del acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, es el momento de centrarnos en este artículo 7, cuyos cinco apartados describen cómo ha de ser, qué requisitos debe haber y quiénes

⁴⁴ BOE, núm. 47, de 24 de febrero de 1993.

deben participar, con el propósito de que el matrimonio celebrado según el rito musulmán sea válido en España.

El apartado primero del mencionado artículo 7 especifica que “se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según *la forma establecida en la Ley Islámica...*”, pero no existe, por tanto, la más mínima recepción de los efectos civiles de normativas confesionales sustantivas. Con esto, si bien es cierto que el Islam contiene normas sobre el matrimonio que reglamentan también aspectos sustantivos del mismo como la capacidad, el consentimiento, el contenido o la extinción, no lo es menos que al no pasar tales uniones de ser matrimonios civiles en forma religiosa para los aspectos mencionados, la única legislación operativa será la civil a través de la jurisdicción estatal.⁴⁵ En esta cuestión, como en otras, se manifiesta una clara distinción en cuanto al tratamiento ofrecido al matrimonio religioso, según sea éste canónico o no. El matrimonio canónico, según lo configuran los Acuerdos Iglesia-Estado, tiene reconocida cierta identidad propia, pues se alude en su texto que este matrimonio debe “celebrarse según las normas del derecho canónico”, es decir, no sólo en cuanto a la forma, sino también con ciertos requisitos sustantivos.⁴⁶

Con carácter general, la celebración del matrimonio y su validez en el ordenamiento español se articula en torno a tres momentos: a) *la comprobación de la capacidad nupcial* de los cónyuges a través del expediente previo matrimonial;⁴⁷ b) *la prestación del consentimiento* ante dos testigos y una autoridad civil o religiosa; y c) *la inscripción del matrimonio en el Registro Civil* competente para que

45 Título IV del libro I del Código Civil.

46 Si se sigue la opinión de Gallego Domínguez, I. y Galán Soldevilla, L., “El matrimonio religioso no canónico...”, *cit.*, nota 10, p. 224. En este sentido, Llamazares Fernández comparte tal diferencia si bien puntualiza que únicamente se añade un requisito civil: el de la mayoría de edad de los testigos, ya que según el criterio doctrinal y jurisprudencial dominante, canónicamente basta el uso de razón y la capacidad para entender lo que es matrimonio. Llamazares Fernández, D., “Los acuerdos y el principio de igualdad...”, *cit.*, nota 37, p. 189.

47 En la celebración del matrimonio, según el rito canónico, no se exige ningún expediente previo ante el encargado del Registro Civil que autorice tal matrimonio o que certifique sobre la capacidad de los contrayentes. De hecho, el propio Código de Derecho Canónico regula en sus cánones 1063 y ss., un conjunto de medidas preparatorias del matrimonio que viene a cumplir la finalidad de acreditar la posibilidad de contraer matrimonio.

produzca plenos efectos. De acuerdo a estas pautas se articula el matrimonio tanto civil como religioso según la forma evangélica, israelita y musulmana, si bien en el caso de esta última con ciertas especificidades. Ciertamente, la cuestión es algo diversa cuando nos adentramos en el matrimonio coránico, tal cual es admitido por el acuerdo de cooperación. El acercamiento a tal reglamentación no siempre es sencilla debido, por una parte, a que tales diferencias apuntadas se encuentran en la propia naturaleza del matrimonio musulmán, tal cual es concebido por su derecho material, y por otra, por la constatación de una falta de claridad en cuanto a la redacción del mencionado artículo 7.⁴⁸

De la lectura del precepto antes transcrito parece admitirse dos modalidades de celebración de matrimonio musulmán *con o sin expediente matrimonial previo*, con lo que éste comporta de instrumento clave para comprobar si los contrayentes tienen la capacidad nupcial requerida. No obstante, hemos de advertir que dicha admisión de dos modalidades distintas de contraer matrimonio no es pacífica en la doctrina civilista e internacional privatista.⁴⁹ Desde mi parecer, si bien la redacción del artículo 7 de la Ley 26/92 es algo

48 De hecho, una de las principales razones de la DGRN, en su Instrucción de 10 de febrero de 1993 para esbozar una serie de medidas orientativas en cuanto a la aplicación de los acuerdos en relación al matrimonio, fue sin duda la falta de claridad y la confusión que podía generar la singular redacción del artículo 7o. de la Ley 26/1992.

49 A favor de esta dualidad de prácticas, García Rodríguez, I., *op. cit.*, nota 27, pp. 226-228; y Jordán Villacampa, M. L., "Reflexiones en torno a la justicia islámica y al acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España", en Reyna, V. y Felix Ballesta, M. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, pp. 704 y 705; Roca, E., "Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio", en Borrás, A. y Meinissi, S., *El islam jurídico y Europa*, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 257 y ss. No obstante, hay autores como Gallego Domínguez y Galán Soldevilla que no comparten tal dualidad opinando que, a pesar del tenor de la ley, ha de interpretarse que tal certificación de capacidad se exige no sólo para inscribir el matrimonio sino también deberá presentarse al imán o dirigente religioso ante el que se pretenda contraer tal matrimonio para poder celebrarlo efectivamente; Gallego Domínguez, I. y Galán Soldevilla, L., "El matrimonio religioso no canónico...", *cit.*, nota 10, p. 232. En este mismo sentido, Martinell considera que la declaración interpretativa de la instrucción es contraria a la ley dado que, por una parte, no se atiene a lo que dice verdaderamente tanto la letra como el espíritu del precepto y, por otra, aludiendo a razones de coherencia jurídica del propio sistema. Martinell, J. M., "Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación", en Reyna, V. y Felix Ballesta, M. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, pp. 682 y 683.

confusa en este sentido, la DGRN —en su instrucción de 10 de febrero de 1993— ha zanjado la cuestión, al reconocer que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden proceder asimismo a celebrar directamente éste sin acudir previamente al Registro Civil a tramitar el expediente previo.⁵⁰

La primera modalidad corresponde a las etapas mencionadas anteriormente para el matrimonio civil y los matrimonios religiosos, según los ritos evangélico y judío.⁵¹ En este caso, los contrayentes, tras promover el expediente previo de capacidad nupcial, darán su consentimiento, en un plazo de seis meses, a dicha unión ante la presencia de dos testigos mayores de edad y un dirigente religioso islámico o imán. Tras dicha celebración, el representante enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio.⁵²

Por otra parte, puede interpretarse del tenor del artículo 7, que podría contraerse matrimonio sin necesidad de promover el expediente previo matrimonial. En este caso, el matrimonio comienza con la celebración misma de éste, de igual modo ante dos testigos y un dirigente religioso. Si bien se atribuyen efectos civiles a esta unión, desde su celebración, esto se condiciona a que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, circunstancia que hasta la inscripción no podrá comprobarse por los funcionarios del Registro Civil. Tal como especifica el apartado segundo del artículo 7 del acuerdo, “las personas que

50 Se expresa dicha Instrucción de la DGRN, en su artículo IV, del siguiente modo: “aunque la letra del artículo 7o. del acuerdo con la Comisión Islámica de España puede inducir a confusión, de la comparación de su texto con el de los dos restantes acuerdos y de los antecedentes en la negociación, se desprende que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden acudir al mecanismo expuesto en el apartado anterior (se refiere con expediente matrimonial previo), pero también pueden, sin acudir previamente al Registro Civil, proceder a celebrar directamente el matrimonio religioso” (*cf.* apartados 1 y 3 del indicado artículo 7o.).

51 Véase artículo 7.2 del acuerdo de cooperación entre el Estado y la Ferede, por una parte, y el acuerdo con la CIE, por otra, y el artículo 56 del Código Civil.

52 Ha de destacarse que mientras el artículo 7.1 se refiere al dirigente religioso o imán como la autoridad ante la cual ha de prestarse el consentimiento, el artículo 7.3 se refiere al representante de la comunidad islámica como la persona que ha de enviar al Registro Civil para su inscripción la correspondiente certificación. De modo que, el representante de la comunidad islámica en que se hubiera contraído el matrimonio, podrá o no coincidir con el dirigente religioso o imán ante quien se haya celebrado el matrimonio.

deseen inscribir el matrimonio celebrado de esta forma a efecto de que el mismo tenga plenos efectos, deberán acreditar previamente su capacidad nupcial". Con esto, el encargado del Registro Civil no se limitará, como sucedía en el anterior caso, a verificar si el matrimonio fue celebrado dentro de los seis meses siguientes a la emisión del certificado de capacidad nupcial, sino que además deberá comprobar que los contrayentes cumplen los requisitos legales exigidos en cuanto a capacidad nupcial. Tal como especifica la DGRN, en el apartado IV de la instrucción de 10 de febrero de 1993, cuando el matrimonio se ha efectuado sin la previa tramitación del expediente matrimonial, la inscripción en el registro será más dificultosa, ya que el encargado del mismo habrá de comprobar *a posteriori* si los esposos han reunido los requisitos de capacidad exigidos por la ley española, y muy especialmente la ausencia de impedimento de ligamen.

La falta de exigencia en la tramitación de este expediente no puede extrañarnos, ya que ésta era la intención del legislador civil de 7 de julio de 1981 para los matrimonios religiosos en general. Justamente, el artículo 63 del Cc. regula la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa, sin distinguir entre matrimonio canónico y no canónico, estableciendo la inscripción con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva. Se prevé un cierto control estatal *a posteriori*, en el párrafo segundo de este precepto, al establecerse que "se denegará la práctica cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título".⁵³

53 Según I. Gallego Domínguez y L. Galán Soldevilla esta interpretación se ve confirmada con el artículo 65 que establece que "salvo lo dispuesto en el artículo 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente...". Por tanto, alegan estos autores que "el artículo 65 está dictado teniendo *in mente* que los matrimonios del artículo 63 para su celebración no requieren expediente previo ante el Registro Civil, que autorice el matrimonio que declare la capacidad de los contrayentes". Gallego Domínguez, I. y Galán Soldevilla, L., *El matrimonio religioso no canónico...*, cit., nota 10, p. 231. En este mismo sentido, Rubio Rodríguez, J. J., *Derecho eclesiástico del Estado*, "Ad usum privatum", Córdoba, Librería Andaluza, 1987, p. 216; Albada-lejo, M., *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia*, Madrid, Bosch, 1991, p. 41. En contra de este planteamiento, véase Durán Rivacoba, R., *La inscripción en el registro civil del matrimonio canónico*, Madrid, 1988, pp. 98 y 105.

A pesar de esta heterogeneidad, es posible extraer una serie de puntos comunes en las dos modalidades descritas. En primer lugar, en la celebración del matrimonio es necesaria la presencia de dos testigos mayores de edad y un dirigente religioso o imán. Así pues, pese a la flexibilidad del sistema, el Estado no ha consentido reconocer efectos civiles en aquellos matrimonios —que tal como vimos existen en derecho musulmán— celebrados en forma exclusivamente privada. En correspondencia con el artículo 3.1. del acuerdo: “A los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las comunidades a que se refiere el artículo 1 del presente acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la Comisión Islámica de España”. Y llegados a este punto, hemos de cuestionarnos qué sucedería si el matrimonio se celebrase ante una persona que no cumple tales requisitos legales. En dicho caso, entendemos que debe ser aplicada analógicamente la solución reconocida para el ámbito civil en el artículo 53 del Cc., de modo que si tal dirigente religioso ejerce sus funciones públicamente, y al menos uno de los contrayentes hubiera procedido de buena fe, el matrimonio sería válido.⁵⁴ En segundo lugar, en ambos casos los efectos civiles del matrimonio se producen desde su celebración, siempre que se cumplan los requisitos de capacidad nupcial establecidos en el Código Civil.⁵⁵ Si uno o ambos contrayentes

54 Si bien el artículo 53 se refiere al matrimonio celebrado en forma civil, entendemos que dicha solución también podría extenderse a los matrimonios religiosos, dado que el sustrato que subyace en dicho precepto no es otro que el principio *favor matrimonii*, uno de los principios informadores del sistema matrimonial español. Con respecto a un estudio completo del artículo 53, véase González Porras, J. M., “La validez del matrimonio civil celebrado ante juez o funcionario incompetente”, *Estudios sobre el matrimonio civil*, Córdoba, Librería Jurídica Andaluza, 1985, pp. 149-174. Por el contrario, hay autores que vedan esta posibilidad. Así, Paz Agüeras concluye que “serán inválidos a efectos civiles los matrimonios contraídos ante personas que no reúnan estos requisitos aunque, de conformidad con la normativa eclesiástica propia de estas confesiones religiosas, puedan ostentar la condición de ministros de culto”. Paz Agüeras, “El matrimonio en forma religiosa en los acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones no católicas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 de febrero de 1993, p. 718.

55 En los matrimonios contraídos en forma evangélica y judía, también sus respectivos

son extranjeros, su capacidad matrimonial se rige, en principio, por la respectiva ley nacional (artículo 9.1, Cc.), pero teniendo en cuenta, en su caso, la ley que rijan el divorcio en concordancia con las normas aplicables de derecho internacional privado. Y, en tercer lugar, para los plenos efectos del mismo, es requisito *sine qua non* que se realice la inscripción del matrimonio en el Registro Civil correspondiente. Cabe la inscripción tardía sin perjuicio de las responsabilidades a que la misma pudiera dar lugar, respecto de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Y llegados a este punto, hemos de cuestionarnos cuál es el sentido de dicha dualidad, si para su eficacia civil y pleno reconocimiento los requisitos y condiciones a cumplir son exactamente los mismos, variando exclusivamente el momento de su constatación. Desde mi parecer, la existencia de la segunda opción esbozada sólo tiene razón de ser cuando los contrayentes desean que su unión se quede exclusivamente en el ámbito religioso, sin que sea inscrito ni reconocido civilmente.⁵⁶ Conectaría con esta idea el hecho de que el artículo 7.2 condicione la inscripción a que sean precisamente los contrayentes que deseen inscribir el matrimonio, quienes hayan de iniciar el expediente acreditativo de capacidad nupcial. En este sentido, R. Rodríguez Chacón señala que, a diferencia del matrimonio canónico, “el que surtan o no efectos civiles en estos matrimonios regulados en los acuerdos depende de la voluntad de quienes los contraigan”.⁵⁷ Pero precisamente puede

acuerdos subordinan sus efectos civiles a la comprobación y cumplimiento de los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Una vez más, el matrimonio según el rito canónico es distinto. El artículo VI del acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos en su párrafo 1o. establece: “El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio”.

56 Si bien, en ninguno de los acuerdos consta expresamente la opción de contraer matrimonio con la exclusión voluntaria de los efectos civiles, no es ésta una práctica desconocida en otros países de nuestro entorno, así Italia. En concreto, en el artículo 13 de la *intensa* del Estado italiano con la comunidad judía, especifica que “se mantiene la facultad de celebrar y disolver matrimonios religiosos, sin ningún efecto o relevancia civil, según la ley y la tradición hebrea”. El mencionado acuerdo entre las confesiones hebreas y el Estado italiano se aprobó mediante Ley 101, de 8 de marzo de 1989.

57 Rodríguez Chacón, R., “La autonomía de la voluntad en la eficacia civil del matri-

ser que las partes no es que deseen que su unión quede al margen del ámbito civil sino, simplemente, ésta no reúne los requisitos básicos para ello. En efecto, imaginemos que alguien contrae un segundo matrimonio ante un dirigente religioso, nunca podrá inscribir éste, si bien no podría negarse su existencia a los puros efectos intraconfesionales. Ante esta falta de automatismo en el reconocimiento de eficacia civil de los matrimonios islámicos sin expediente previo matrimonial, no faltan autores que alertan sobre la posibilidad de situaciones poligámicas *de facto* que, si bien no tendrán reconocimiento explícito, tampoco parecen sancionables.⁵⁸

La regulación expuesta por este acuerdo de cooperación no sólo ha planteado las dudas antes formuladas sino que, desde un primer momento, surgieron importantes incógnitas en cuanto a su alcance práctico. Por esta razón, la DGRN, en su instrucción de 10 de febrero de 1993, esbozó, si bien desde mi parecer no siempre acertadamente, una serie de normas orientativas sobre la aplicación de la entonces nueva regulación. De entre éstas destacamos, dado el objeto de nuestro estudio, las tres siguientes.

En primer término, dicha instrucción declaró el *carácter irretroactivo del nuevo sistema*. Una de las primeras incógnitas que se planteó, en el momento de aplicar la nueva regulación aportada por los acuerdos de cooperación, fue la validez de aquellos matrimonios confesionales no católicos celebrados con anterioridad a la vigencia de tales acuerdos. Sobre la base de que en la Ley 26/92, de 10

monio celebrado según los acuerdos españoles con las confesiones religiosas minoritarias”, en Reyna, V. y Felix Ballesta, M. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, p. 713. Como distingue este autor, tal autonomía de la voluntad que limita los efectos del matrimonio al ámbito exclusivamente intraconfesional está presente tanto en el matrimonio evangélico, judío como islámico. No obstante, con el matiz diferencial de que el islámico cuenta con la posibilidad adicional de lograr *ex post* la eficacia civil de una unión que inicialmente hubieran deseado como sólo religiosa, posibilidad que al ser obligatorio el expediente matrimonial previo no gozan los matrimonios celebrados según las otras dos confesiones religiosas.

⁵⁸ *Idem*, p. 721. En este mismo sentido, J. Martínez Torrón advierte que con este mecanismo “vendría a abrirse veladamente una puerta a la admisión a la práctica de la poligamia de los musulmanes, aunque, naturalmente, sin que se admitan efectos civiles para los matrimonios posteriores al primero de ellos que haya sido inscrito en el Registro civil”. Martínez Torrón, J., *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Granada, 1994, p. 166.

de noviembre, por la que se aprueba el mencionado acuerdo, no existe salvedad alguna explícita o implícita sobre este parecer, la DGRN ha concluido, por aplicación del principio general del artículo 2-3, Cc., que las nuevas leyes no tienen eficacia retroactiva. En consecuencia, el nuevo régimen sólo alcanza a regular los matrimonios previstos en el acuerdo que se celebren a partir de la entrada en vigor de la aludida ley. No obstante, ha de tenerse en cuenta que los matrimonios celebrados con anterioridad a tal vigencia, según el rito musulmán —al igual que el rito evangélico o judío—, podían constituir formas válidas de celebración si éstos se habían celebrado en el extranjero, de acuerdo con la ley del lugar, o si habiéndose celebrado en España, ambos contrayentes eran extranjeros, siempre y cuando dicho rito fuese una de las formas admitidas como válidas, según la ley personal de cualquiera de ellos.

En segundo lugar, la resolución de 10 de febrero de 1993, se ha encargado asimismo de especificar el *ámbito territorial* de los mencionados acuerdos de cooperación. A este respecto la DGRN afirma que sobre la base del carácter territorial de la Comisión Islámica —así como del resto de federaciones y comisiones firmantes de los otros acuerdos de cooperación—, el artículo 7 del acuerdo relativo a la cuestión matrimonial tiene limitado su campo de aplicación a los matrimonios musulmanes que se celebren en España. Por consiguiente, considera fuera de las previsiones de este acuerdo la inscripción de aquellos matrimonios según el rito musulmán que se celebren fuera del territorio español. Ha de observarse, sin embargo, que si estos matrimonios afectasen a algún ciudadano español, podrán inscribirse en el registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración, y si se comprueba que han concurrido los requisitos legales exigidos por el artículo 65 del Código Civil.

En tercer lugar, en cuanto al *ámbito personal*, dicha instrucción de 10 de febrero de 1993 esboza la siguiente norma de aplicación. La DGRN, atendiendo a la reglamentación fijada en el artículo 7 del mencionado acuerdo, considera que parece no existir dudas sobre su aplicación cuando se trate de matrimonios celebrados en

España, y al menos uno de los contrayentes es de nacionalidad española. En cambio, parece más discutible si dicha regulación se extiende al supuesto de que ambos contrayentes fuesen extranjeros dado que el artículo 50, precepto base en cuanto al matrimonio de éstos, parece no quedar afectado por las nuevas leyes. No obstante, si se tiene en cuenta que este artículo concede una opción a los extranjeros para celebrar el matrimonio en España, “con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cualquiera de ellos”, ha de estimarse que esta opción subsiste, y que incluso se ha ampliado porque la forma prescrita para los españoles comprende hoy no sólo la forma civil o la religiosa canónica, sino las formas religiosas previstas por los acuerdos de cooperación.

V. EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Pluralidad de factores conllevan que el matrimonio celebrado según el rito musulmán sea objeto de tratamiento por el derecho internacional privado. En efecto, en estas uniones aparece frecuentemente un “elemento extranjero” que internacionaliza la situación privada, ya sea por la nacionalidad de los contrayentes o por el lugar de celebración del matrimonio. Así, surgen numerosas cuestiones tanto de conflicto de leyes y de autoridades como de reconocimiento que es preciso resolver para determinar la validez formal del matrimonio. Dicha validez viene dada por un consentimiento prestado, según una de las formas legalmente previstas por el ordenamiento jurídico español. Ciertamente, no podemos obviar que en nuestro sistema la celebración del matrimonio es un acto solemne donde el consentimiento ha de prestarse según una determinada forma y ante una autoridad competente.

Los artículos 49 y 50, Cc., son los preceptos básicos que regulan la validez formal del matrimonio. El substrato básico de tales preceptos es el *favor matrimonii*, puesto que junto con la clásica regla *locus regit actum* actúa también de modo alternativo la ley personal, dando así, mediante una u otra, cabida a la celebración religiosa

del mismo. De este modo, la validez del matrimonio celebrado según el rito musulmán podrá venir de su carácter de forma religiosa legalmente prevista por el ordenamiento español, al ser la ley nacional de, por lo menos, uno de los contrayentes, o por ser la *lex loci celebrationis*, en el caso de celebración en el extranjero.

Antes de adentrarnos en la cuestión, ha de recordarse que la situación actual contrasta ampliamente con la existente, antes de la firma de los acuerdos con las distintas comunidades religiosas. Con anterioridad a la firma de éstos en 1992, los ciudadanos acatólicos no podían contraer matrimonio religioso con eficacia civil en España, y si dicha unión se celebraba, ésta se consideraba que nunca había existido y, por tanto, tal matrimonio religioso no suponía impedimento de ligamen para futuras uniones. Así las cosas, el único modo de que tales matrimonios religiosos no católicos, celebrados tanto entre españoles como extranjeros, tuvieran efectos civiles a la luz de nuestro ordenamiento, era que el consentimiento prestado en esta forma fuera válida, según la *lex loci celebrationis*, o si ambos contrayentes fuesen extranjeros, según la *ley personal de alguno de ellos*. Ésta fue la práctica existente, incluso tras la vigencia de la Constitución Española y la redacción de los entonces proyectos de acuerdos con las confesiones hebrea, islámica y evangélica. *Ad exemplum*, las resoluciones de la DGRN de 17 de junio y de 27 de septiembre de 1991, respectivamente, impiden la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio islámico celebrado entre español y marroquí en España, y permiten la celebración de un matrimonio civil entre marroquí y española, si hay constancia de una unión previa, según el rito musulmán, en la ciudad de Melilla.⁵⁹

Para adentrarnos en la actual regulación, en cuanto a la validez formal del matrimonio con elemento extranjero, habrá de distinguirse si éste se celebra en España o en el extranjero.

⁵⁹ Resolución de la DGRN de 17 de junio de 1991 (*BIMJ*, núm. 1611, pp. 4419-4421) y Resolución de la DGRN de 27 de septiembre de 1991 (*BIMJ*, núm. 1619, pp. 6119-6118). En sentido parejo, la Resolución de la DGRN de 20 de agosto de 1991 (*BIMJ*, núm. 1615, pp. 5199-5201) y la Resolución de 24 de junio de 1992 (*BIMJ*, núm. 1649, pp. 130-132) donde se niega la validez al matrimonio celebrado en España según los ritos islámicos, antes de la entrada en vigor de la Ley 26/1992.

1. *Matrimonio celebrado en España*

Siguiendo los preceptos del Código Civil, un ciudadano español contrae válidamente matrimonio con extranjero en España en las mismas formas que si lo hiciese con otro español, es decir, según la ley del lugar de celebración del mismo, que en este caso son las formas establecidas en el derecho español.⁶⁰ En particular, podrán contraer matrimonio según la forma civil “ante el juez o funcionario español competente” o “en la forma religiosa legalmente prevista” (artículo 49, 1o. y 2o., Cc.). En el caso de optar por una unión religiosa, debe tratarse de uno de los ritos correspondientes a alguna de las confesiones con las que el Estado español ha suscrito un acuerdo —matrimonio canónico, evangélico, hebreo o musulmán—.

Cuando los dos contrayentes que desean celebrar matrimonio en España son extranjeros, las posibilidades se amplían considerablemente. Junto a las mencionadas formas establecidas en derecho español —forma civil y religiosa, prevista en la ley—, tales contrayentes podrán contraer matrimonio según la forma prevista en “la ley personal de cualquiera de ellos” (artículo 50, Cc.). Esta opción comprende tanto el matrimonio celebrado según la forma civil, es decir el contraído ante funcionario diplomático extranjero en España —el llamado matrimonio consular—, como aquél concluido según la forma religiosa prevista en la ley personal de cualquiera de los cónyuges. Además, en este último supuesto, dicho matrimonio religioso tendrá plenos efectos civiles en España, siempre que éstos sean reconocidos por las mencionadas leyes personales, con independencia de que tal confesión sea una de las reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, cuando se opta por la celebración religiosa del mismo, no es re-

⁶⁰ En consecuencia, tratándose de matrimonios celebrados en España, y cuando uno de los contrayentes es español, no es posible acudir a la forma civil prevista en una ley extranjera, tal como sucede con el matrimonio consular celebrado en España, si uno de los contrayentes es español. Como indica, entre otras, la Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1949 (*AnDGRN*, p. 337) y la Resolución de la DGRN de 5 de agosto de 1981 (*AnDGRN*, p. 140).

quisito indispensable, tal como sucede con el matrimonio en forma civil, que al menos uno de los contrayentes extranjeros se encuentre domiciliado en territorio español.⁶¹

Con esto, los numerosos extranjeros musulmanes que se encuentran en territorio español, fundamentalmente de origen magrebí, podrán celebrar matrimonio entre ellos, según su rito religioso, de acuerdo con alguna de las siguientes premisas. En primer lugar, tendrán que seguir las pautas fijadas por el artículo 7 del acuerdo de cooperación firmado con la CIE en tanto que *lex loci celebrationis*. Y, en segundo lugar, según las pautas fijadas por la ley personal de alguno de los contrayentes que según el artículo 9.1, Cc., es la ley de su nacionalidad. Así, la unión sería válida en España aunque no se cumpliesen los requisitos fijados en el mencionado artículo 7, como la presencia del dirigente religioso que en el llamado matrimonio *coutumier* no resulta imprescindible, siempre que su ley personal valide civilmente esta práctica. Cuando se trata de matrimonios mixtos, entre musulmán y español, las posibilidades se limitan a las permitidas en el caso de que ambos cónyuges fueran españoles, siendo preceptivo que el matrimonio coránico para gozar de efectos civiles sea conforme a las mencionadas pautas esbozadas en el artículo 7.

Según se encuentra configurado el actual sistema matrimonial español de derecho internacional privado, resulta paradójico que los ciudadanos extranjeros puedan contraer matrimonio válido en España mediante ritos religiosos vedados para los propios nacionales españoles.⁶² En mi opinión, estimo imprescindible salvaguardar la ley personal en tanto que posible reguladora de una institución tan inherente a la persona como es el matrimonio, aquello

61 La exigencia de domiciliación en España de al menos uno de los contrayentes extranjeros que desean celebrar su unión en forma civil, es una demanda constante de la DGRN: *inter alia*, véase la Resolución de 4 de mayo de 1988 (BLMj, núm. 1494, pp. 2738-2739) y la Resolución de 23 de agosto de 1990 (BLMj núm. 1581, pp. 2863-2864). Por otro lado, la DGRN en una Resolución de 16 de abril de 1998 ha considerado que en caso de un matrimonio de dos extranjeros no domiciliados en España por el rito musulmán, y celebrado en España, es válido y, por tanto, puede inscribirse en el registro correspondiente al lugar de celebración (BLMj, núm. 1832, pp. 2734-2737).

62 En este sentido, la Resolución de 6 de mayo de 1982 que permitió el matrimonio celebrado en nuestro país por dos ciudadanos suecos en atención al rito protestante luterano. Véase nota a esta resolución en *REDI*, 1985, núm. 1, pp. 223-228.

que no parece coherente es que tal libertad en cuanto a la elección de la forma religiosa no se reconozca para todos los ciudadanos españoles con independencia de la confesión a la que pertenezcan sobre la base de una libertad religiosa y de culto que proclama la Constitución desde hace ya 25 años. Si bien no es el momento de reflexionar sobre el sentido de tal derecho fundamental, hay que recordar que el artículo 16 de nuestro texto fundamental garantiza dicha libertad religiosa y de culto tanto a los individuos como a las comunidades, “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Cuando nos referimos a la celebración del matrimonio de ciudadanos procedentes de países musulmanes, muchas veces el problema estriba en el reconocimiento de esta unión en sus propios países de origen. En efecto, en Estados como Egipto, Argelia, Jordania y Marruecos es imprescindible con fines de su validez que se respeten las normas de derecho musulmán relativas tanto al fondo como a la forma matrimonial. En concreto, el derecho internacional privado marroquí exige que sus ciudadanos respeten todas las condiciones que impone su estatuto personal, incluso cuando éste se celebra en el extranjero, lo cual tiene como consecuencia más notoria el no reconocimiento de aquellos matrimonios de marroquíes musulmanes celebrados en forma civil local. Por esta razón, los marroquíes musulmanes que residen en España, a diferencia de los que se encuentran en otros países europeos,⁶³ no se ven obligados a regresar a su país a celebrar su matrimonio, si desean que tenga validez en éste y en el Estado de residencia, en el caso de no realizarse ante el cónsul de su país.⁶⁴

⁶³ Sobre la reglamentación y práctica existente en otros países europeos, me remito al epígrafe VII de este estudio.

⁶⁴ En este sentido, véase circular de la DGRN de 5 de agosto de 1981 (*BIM* 7, núm. 1284-1250, p. 140).

2. *Matrimonio celebrado en el extranjero*

Al igual que sucedía con el matrimonio celebrado en territorio español, han de distinguirse dos supuestos en cuanto a la validez de las uniones celebradas en el extranjero: el primero, cuando ambos contrayentes son españoles, o al menos uno de ellos, y el segundo, si ambos son ciudadanos extranjeros.

En el caso de que al menos uno de los futuros cónyuges sea español, si atendemos al tenor literal del artículo 49, Cc., éstos podrán optar, con el fin de celebrar su matrimonio, entre la forma civil española —es decir ante un funcionario diplomático español en el extranjero, el llamado matrimonio consular—,⁶⁵ en cualquiera de las formas religiosas legalmente prevista en el derecho español o con arreglo a la forma establecida por la *lex loci celebrationis*, ya se trate de una unión civil o religiosa. Incomprendiblemente, la DGRN mediante su Instrucción de 10 de febrero de 1993 veda, sobre la base de un campo de aplicación territorial limitado al Estado español de los acuerdos de cooperación, la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en el extranjero por españoles, según las formas religiosas admitidas fruto de los acuerdos de 1992. De acuerdo a las consideraciones esbozadas en dicha instrucción, los ciudadanos españoles, ya sea con otro español o con un extranjero, sólo podrán celebrar válidamente matrimonio según el rito musulmán —así como evangélico o hebreo— fuera de España si dicha forma religiosa fuera admitida por la ley del lugar de celebración.⁶⁶ Dicha interpretación del artículo 7 de los distintos acuerdos de cooperación de 10 de noviembre de 1992 ha sido ampliamente criticada por la doctrina, si se atiende al

65 Véase *amplius* Arroyo Montero, R., *El matrimonio consular*, Madrid, 1991.

66 En este sentido, menciona expresamente la Instrucción de la Dirección General de 10 de febrero de 1993: “es evidente que los respectivos artículos séptimos de estos acuerdos tienen limitado su campo de aplicación a los matrimonios en esas formas religiosas que se celebren en España a partir de la entrada en vigor de las leyes mencionadas. Queda, pues, fuera de las previsiones legales la inscripción de los matrimonios según los ritos evangélicos, israelitas o islámicos que se celebren fuera del territorio español”. Asimismo, añade la DGRN en esta instrucción “que estos matrimonios, si afectasen a algún ciudadano español... podrán inscribirse en el Registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración”.

tenor del Código Civil, así como por incurrir en contradicción con el resto de la instrucción.⁶⁷ La situación es distinta cuando los contrayentes deciden ajustar la celebración del matrimonio a la forma canónica. En este caso, dicha unión tendrá plenos efectos civiles en España aunque la ley del país de celebración no admitiera la validez de ésta o bien de forma religiosa alguna.

En cuanto al sistema instaurado, afloran una serie de incoherencias fruto de las deficiencias del mismo. En primer lugar, no se admitiría un matrimonio según el rito musulmán celebrado en un Estado que no le reconoce efectos civiles; no existe, por tanto, el impedimento de ligamen para contraer nupcias de nuevo en España, bien por el rito civil o religioso. Ha de tenerse en cuenta que existen muchos países del entorno europeo que sólo reconocen válidamente el matrimonio civil, por lo cual el matrimonio musulmán no sería válido y, por consiguiente, tal unión no existiría pudiéndose contraer otra posterior al no existir impedimento de ligamen. Cuestión parecida ocurría antes de la entrada en vigor de los acuerdos del 92, cuando se celebraban tales uniones en territorio español, por lo cual se daba cabida incluso a matrimonios *de facto*, si bien no *de iure*, poligámicos. Y en segundo lugar, parece admitirse el matrimonio celebrado según el rito musulmán en el extranjero, si es conforme a la *lex loci celebrationis*, aunque con ello se acepten prácticas musulmanas, en cuanto al matrimonio, no permitidas en España, y por tanto, no acogidas por el acuerdo de cooperación de 1992.⁶⁸

El supuesto del matrimonio celebrado por extranjeros fuera de España no se contempla específicamente en los artículos 49 y 50 del Código Civil. No obstante, dado que el caso tiene interés para

67 Pérez Vera, E. *et al.*, *op. cit.*, nota 20, p. 114 (nota 5). En particular, J. Carrascosa González considera que “Este criterio, opuesto al sistema del artículo 49, Cc., resulta discriminatorio y carente de fundamento legal, pues el carácter territorial de los acuerdos celebrados con otras confesiones —que alude la DGRN—, no priva de contenido al artículo 49, Cc., que sitúa a todas las formas religiosas en pie de igualdad”. Pasquau Liaño, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada*, Comares, 2000, t. I, p. 531.

68 Asimismo, se reconoce cualquier forma religiosa prevista legalmente en el Estado de celebración, aunque no se encuentre entre las previstas en el ordenamiento jurídico español, admitiéndose, por ejemplo, la forma religiosa de la confesión mormón en el Estado de Utah, Estados Unidos de América, o el matrimonio musulmán en Marruecos con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo de cooperación.

el derecho internacional privado al plantearse posteriormente ante los tribunales españoles la validez de matrimonios celebrados en estas circunstancias, la doctrina coincide en recurrir analógicamente al artículo 50, Cc., para dar solución a tales supuestos. En consecuencia, ha de considerarse que tal unión será válida si “el consentimiento se ha prestado bien según la ley del lugar de celebración del matrimonio o bien de acuerdo a la ley personal de cualquiera de ellos”. Con esto, el matrimonio celebrado por extranjeros en el extranjero de acuerdo con el rito musulmán, y en general cualquier otra confesión religiosa, será válido en España siempre que la *lex loci celebrationis* permita tal matrimonio religioso o bien la ley personal de cualquiera de los contrayentes admita el matrimonio religioso fuera de su propio territorio.⁶⁹ De nuevo, el régimen fijado para los extranjeros que contraen matrimonio fuera de España es más flexible en cuanto al reconocimiento de uniones practicadas según un rito religioso distinto al canónico, que cuando se trata de los propios nacionales. En efecto, los ciudadanos españoles para validar tal matrimonio religioso han de contar con la ley del lugar de celebración, y no pueden ampararse en su propia ley nacional que, fuera de las fronteras españolas, sólo admite el matrimonio según el rito canónico.

VI. LA PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y EL NOTARIADO

En la última década, multitud de asuntos relativos a la eficacia civil en España de matrimonios celebrados según el rito musulmán han sido planteados a la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN). Sin duda, éstos constituyen un elenco de gran diversidad, tanto por la naturaleza del elemento extranjero —bien estamos ante matrimonios celebrados fuera del territorio español

69 No obstante, ha de llamarse la atención sobre la excepción que supone la Resolución de la DGRN de 16 de diciembre de 1992. En efecto, dicha resolución, a propósito de la inscripción del matrimonio canónico celebrado en Japón entre una japonesa y un vietnamita, después de señalar que la sola forma canónica carece de efectos civiles tanto para Vietnam como para Japón, considera que “no obstante, hay poderosas razones que inclinan a admitir esta forma matrimonial, a los efectos de inscripción” (*AnDGRN*, 1992, pp. 1814-1817).

o bien ante uniones donde algún contrayente es de nacionalidad extranjera—, o por las circunstancias anexas al caso. Se observa que la mayor parte de asuntos planteados atienden fundamentalmente a la solicitud de autorización para contraer matrimonio en nuestro país o bien a la inscripción de matrimonio ya celebrado tanto en España como en el extranjero. Como ha destacado M. Aguilar Benítez de Lugo,⁷⁰ la regulación matrimonial se encuentra atraída por la acción en sentido contrario ejercida por el *ius nubendi* y el orden público. En efecto, en la mayoría de los supuestos, la DGRN se debate entre la salvaguardia del principio *favor matrimonii*, que favorece la aplicación del derecho extranjero y, por otra, la interposición de la cláusula de orden público internacional que se opone a la admisión de aquellas situaciones que entran en fricción con los principios y valores que inspiran nuestra concepción del matrimonio. Dicha dialéctica también aflora en el asunto de la validez de la forma de celebración del matrimonio, más aún cuando la forma presente es el rito coránico.

1. *Autorización para inscribir un matrimonio celebrado en España por el rito musulmán, antes de los acuerdos de 1992*

Mediante la Resolución de 17 de junio de 1991, la DGRN consideró que “mientras no haya acuerdos con el Estado, como es el caso de la Iglesia Católica, o una ley estatal que lo autorice” no es posible acceder a la inscripción de dicha unión conyugal.⁷¹ Extremo que ha sido objeto de tratamiento específico en la mencionada Instrucción de 10 de febrero de 1993, al declarar que los acuerdos carecen de eficacia retroactiva y, por tanto, tales uniones carecen de toda eficacia civil a la luz del ordenamiento español.

⁷⁰ Aguilar Benítez de Lugo, M., “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *BIM* 7, 1o. de febrero de 2000, núm. 1862, pp. 425-447, en particular p. 425.

⁷¹ Resolución de 17 de junio de 1991 (*RJ*, 1991/5687), en la que añade la DGRN “ni siquiera, teniendo en cuenta el derecho fundamental de libertad religiosa o el derecho a contraer matrimonio, pues la organización social que compete al Estado no puede quedar supeditada a las particulares creencias religiosas de los ciudadanos”.

2. *Autorización para celebrar un matrimonio civil, previa existencia de un matrimonio musulmán no disuelto, válido según su ley nacional*

La DGRN, en su Resolución de 11 de mayo de 1994, ante la solicitud para celebrar un nuevo matrimonio entre una ciudadana española y un ciudadano marroquí que no puede demostrar adecuadamente la disolución conforme a derecho de su anterior matrimonio, no ha dudado en declarar la imposibilidad de celebrar dicha unión.⁷² La DGRN advierte que si bien el contrayente marroquí, de acuerdo con su peculiar estatuto personal, es libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (artículo 12.3, C.c.), que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio.

3. *Autorización para celebrar un matrimonio civil, cuando sólo existe la sospecha de la celebración de un matrimonio musulmán previo*

La resolución de 28 de septiembre de 2001 autoriza a contraer matrimonio civil en Melilla a dos ciudadanos marroquíes, con independencia de la sospecha existente acerca de su matrimonio en Marruecos según el rito musulmán.⁷³ En concreto, la existencia de una celebración anterior no tiene más fundamento que un informe de la policía local que se limita a hacer constar que tal matrimonio ha tenido lugar, con base en unas gestiones practicadas ante el vecindario. Esta resolución advierte, entre sus funda-

⁷² Resolución de 11 de mayo de 1994 (R_J, 1994/5022). En este mismo sentido, la Resolución de 8 de marzo de 1995 (R_J, 1995/2601) y la Resolución de 22 de septiembre de 1994 (R_J, 1994/10187).

⁷³ AnDGRN, 2001, pp. 3697-3698. En este mismo sentido, resoluciones de 4, 17 y 25 de mayo, 9, 21 y 28 de junio, 14 de diciembre de 1990; 20 de agosto y 27 de septiembre de 1991; 24 de junio y 24 de septiembre de 1992; 20 de marzo de 1993 y 11 de enero de 1999.

mentos de derecho, que la “sola sospecha no ha de bastar por sí sola para coartar un derecho fundamental de la persona como el *ius nubendi*”.⁷⁴

4. *Autorización para inscribir un matrimonio, cuando exista un vínculo anterior no disuelto*

Mediante la Resolución de 2 de noviembre de 1999, la Dirección General del Registro y el Notariado ha de resolver un expediente remitido sobre la inscripción de un matrimonio acaecido en 1993 en Marruecos entre un ciudadano marroquí y una ciudadana española.⁷⁵ En este supuesto, la validez de tal matrimonio celebrado por el rito islámico se encuentra en entredicho ante la vigencia, en el momento de contraer el mismo, de un ligamen previo por el marido. En concreto, el encargado del Registro Civil se niega a su inscripción al comprobarse que el contrayente marroquí había celebrado un matrimonio anterior con otra mujer, a la que, unos meses antes del segundo matrimonio, repudió por primera vez de modo simple y con carácter revocable. Conforme al derecho marroquí, esta repudiación no supone disolución del vínculo, de modo que cuando el marroquí contrajo su segundo matrimonio estaba legalmente casado con otra mujer. En efecto, nos encontramos aquí ante una institución, “el repudio”, propia de los sistemas jurídicos de base islámica que se desconoce en los ordenamientos jurídicos occidentales.⁷⁶ Para su traslación al ordenamiento español se ha atendido a la clásica tesis de la “calificación por la función”, de modo que tras analizar la función y los efectos básicos que desarrolla la institución desconocida en el or-

⁷⁴ En este mismo sentido, la DGRN considera en la Resolución de 4 de marzo de 1998 que “el temor del delito y la conveniente prudencia para evitar matrimonios ilegales no debe traducirse prácticamente en un exceso de cautelas impropias de la general buena fe”, admitiendo asimismo la celebración del controvertido matrimonio *BIMJ*, núm. 1830, pp. 2421-2423).

⁷⁵ *AnDGRN*, 1999, pp. 3999-4001. En este mismo sentido, las Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 (*AnDGRN*, pp. 4045-4046) y de 14 de mayo de 2001 (*AnDGRN*, pp. 3179-3181).

⁷⁶ Sobre esta cuestión, véase Meron, Y., “L’accommodation de la répudiation musulmane”, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1995, pp. 921-939; Quiñones Escamez, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación “La Caixa”, 2000.

denamiento extranjero, se busca en el derecho del foro una institución propia que sea funcionalmente equivalente.⁷⁷ En este caso concreto, dicho repudio no puede equipararse nunca a nuestro divorcio, ya que aquél no conlleva necesariamente en derecho marroquí la disolución del vínculo. Asimismo, la DGRN mediante una resolución de 4 de junio de 2001 decidió no autorizar a una mujer marroquí que había sido repudiada por su marido, también de origen marroquí, a contraer de nuevo matrimonio en España, esta vez con contrayente español.⁷⁸ Ante estos supuestos, la DGRN concluye que:

Aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de cada contrayente, es claro que la ley extrajera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico.

5. *Solicitud de la inscripción de matrimonios celebrados por extranjeros fuera de España, con la sospecha de un vínculo anterior previo no disuelto*

A la DGRN han llegado varios asuntos relativos a la validez y su posible inscripción de matrimonios realizados en el extranjero según el rito musulmán por dos nacionales extranjeros que en varios casos ya han sido nacionalizados españoles. En estas uniones, la mayor problemática que se encuentran los funcionarios de los registros civiles a la hora de su inscripción es la falta de una documentación fehaciente que pruebe de manera fiel los hechos y las sospechas existentes en algunos casos de la existencia de un matrimonio previo. En particular, mediante la Resolución de 8 de abril de 1999, la DGRN niega la inscripción de un matrimonio según el rito musulmán acaecido en Tánger (Marruecos) en 1974, entre dos ciudadanos entonces marroquíes al no encontrarse el

⁷⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, Comares, 2002, t. I, p. 230.

⁷⁸ *AnDGRN*, 2001, pp. 3262-3264.

contrayente divorciado en aquella fecha de su primera mujer con la cual contrajo matrimonio en Marruecos en 1969.⁷⁹ Atendiendo a las reglas básicas de derecho internacional privado, dicha unión matrimonial que se pretende inscribir sería válida siempre que haya sido celebrada según la *lex loci celebrationis*, es decir la ley marroquí. Además, por otra parte, la capacidad matrimonial de los contrayentes se rige por su ley personal,⁸⁰ en este caso la marroquí que no considera la existencia de un vínculo matrimonial anterior, impedimento para la celebración de unas segundas nupcias. No obstante, pese a que dicho matrimonio ha sido celebrado según la forma legalmente prevista por el lugar de celebración, la DGRN entiende que “la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (artículo 12.3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra el derecho constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”.⁸¹

6. *Validez de un matrimonio, según el rito musulmán que no cumple los requisitos del artículo 7 del acuerdo*

Los hechos de la Resolución de 4 de enero de 1999 se refieren a la validez de un matrimonio celebrado en España por un nacional de Burkina Faso y una ciudadana belga ante dos testigos y un representante de la Comunidad Religiosa Islámica “Annur”.⁸² En este asunto, si bien la DGRN viene a confirmar que efectiva-

⁷⁹ *AnDGRN*, 1999, t. II, pp. 3128-3130.

⁸⁰ El derecho internacional privado español no contiene una regla específica reguladora de la cuestión de la capacidad nupcial. Ante dicha laguna, la doctrina mayoritaria estima que para solventar la misma ha de acudirse al artículo 9.1, Cc., que nos remite a la ley personal que, en este caso, sería la ley de la nacionalidad de los contrayentes. Esta solución responde fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, porque el artículo 9.1., Cc., es una regla de carácter general que sólo encuentra excepción ante la existencia de una regla específica. Y, en segundo lugar, dada la reiterada doctrina de la DGRN en este sentido (véase *inter alia*, la Resolución de 4 de diciembre de 1991 y la de 8 de marzo de 1995).

⁸¹ Apartado III de los fundamentos de derecho de la citada Resolución de 8 de abril de 1999. En este mismo sentido, véase la Resolución de 30 de septiembre de 1999 de la DGRN, *AnDGRN*, 1999, pp. 3819-3822.

⁸² *AnDGRN*, 1999, pp. 2678-2681.

mente los extranjeros pueden contraer válidamente matrimonio en España “con arreglo a la forma prevista para los españoles” y, por tanto, también hoy con arreglo a la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, esto es así siempre que se cumplan todos los requisitos a que se subordina la aplicabilidad de la propia Ley 26/1992, de 10 de noviembre. En concreto, para el reconocimiento de tales derechos respecto a las comunidades islámicas, resulta preciso su inscripción tanto en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia como en el registro de su incorporación a la Comisión Islámica de España o de alguna de las federaciones islámicas inscritas. Ya que en el momento de celebración de dicha unión, la comunidad islámica ante la que se ofició la misma no cumplía este último requisito, dicho matrimonio no puede ser inscrito en el Registro Civil al no haber sido concluido de acuerdo a la ley española.

7. Validez de un matrimonio consular, según el rito coránico

La Resolución de 23 de octubre de 2001 rechaza la posibilidad de inscripción de un matrimonio celebrado entre español y ciudadana marroquí en el Consulado del Reino de Marruecos en Algeciras.⁸³ Como constata esta resolución, dicho matrimonio resulta nulo a la luz de nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de dos premisas. En primer lugar, el matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España (artículo 50, Cc.) no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español. Por otra parte, aunque el matrimonio en cuestión se haya celebrado según el rito islámico, no lo ha sido ante un dirigente religioso islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las federaciones islámicas inscritas integradas en dicha comisión.

⁸³ *AnDGRN*, 2001, pp. 3854-3857. En un sentido parejo, véase las resoluciones de 13-2a. de enero de 1996, 21 de septiembre de 1998, 4 y 23-4a. de enero de 1999 y de 23-3a. de enero de 2001.

8. *Autorización para celebrar matrimonio civil en España cuando la contrayente musulmana carezca de los requisitos de capacidad nupcial exigidos por su ley nacional*

Mediante Resolución de 10 de junio de 1999, la DGRN ha acordado resolver un expediente planteado en relación a la posibilidad de contraer matrimonio civil por parte de dos ciudadanos extranjeros —ella marroquí y él alemán—, en la ciudad de Palma de Mallorca.⁸⁴ En concreto, dado que la ciudadana marroquí ya había estado anteriormente casada, si bien divorciada legalmente en Holanda, se acordó oficiar al embajador de Marruecos en Madrid sobre la capacidad de ésta para volver a contraer nuevas nupcias. Éste informa que la súbdita marroquí no puede contraer de nuevo matrimonio si no cumple los requisitos siguientes: 1o. el futuro esposo debe obligatoriamente ser musulmán, o si no lo es, tiene que convertirse a la religión musulmana; 2o. ella ha de justificar su estado de divorciada o de viudez mediante un certificado de consuetudinariedad expedido por el Consulado General del Reino de Marruecos en Madrid. El extremo que se discute en el expediente previo matrimonial es el de si la contrayente marroquí tiene capacidad para contraer matrimonio civil en España. Ante tales hechos, la DGRN argumenta que si bien la capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal del interesado (artículo 9.1, Cc.), dicha ley no deberá ser aplicada y en su lugar se aplicará la ley española cuando la norma extranjera, aplicable como regla, sea considerada contraria al orden público. La DGRN concluye que “no cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (artículo 32, CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (artículo 14, CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (artículo 16, CE)”. Ante tal razonamiento se estima que al ser la norma indicada manifiestamente contraria al orden público español, es válido dicho matrimonio civil en España.

84 *AnDGRN*, 1999, pp. 3383-3386.

9. *Solicitud de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero cuando se carezca de la correspondiente certificación extranjera*

A partir de 2000, la DGRN ha abordado en varias ocasiones la posibilidad de inscripción de matrimonios celebrados en Marruecos, según el rito musulmán, sin la aportación de una certificación del registro expedida por autoridad o funcionario del país de celebración. Así, en la Resolución de 28 de marzo de 2000,⁸⁵ las partes acompañan exclusivamente un acta notarial donde se recogen unas declaraciones testificales de la existencia del matrimonio. La DGRN concluyó que dichas certificaciones marroquíes⁸⁶ no reúnen las condiciones exigidas por el artículo 256, RRC, en el que consta que “se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”. Asimismo, en su resolución de 5 de febrero de 2001, la DGRN tampoco aceptó como prueba la certificación de matrimonio expedida por el Consulado General de Marruecos en Madrid, al considerarla incompleta e insistió que la prueba debe ser el acta original del matrimonio.⁸⁷ Ante tales circunstancias, la DGRN resuelve desestimando los recursos y, por tanto, denegando la inscripción solicitada.⁸⁸ Se puede estar en muchos de estos casos ante los llamados matrimonios *coutumier*, característicos de países con raíz musulmana, que al no cumplir los requisitos básicos formales, tienen grandes dificultades para ser reconocidos, de acuerdo con el derecho, fuera de su lugar de celebración.

⁸⁵ *AnDGRN*, 2000, pp. 2999-2301.

⁸⁶ En la mayoría de los casos, las partes aportan actas notariales que recogen manifestaciones de testigos o certificados administrativos de la existencia del matrimonio celebrado en Marruecos.

⁸⁷ *AnDGRN*, 2001, pp. 2882-2884.

⁸⁸ Junto a las mencionadas resoluciones, pueden nombrarse asimismo la Resolución de 31 de mayo de 2000 (*AnDGRN*, pp. 3277-3278); la Resolución de 24 de julio de 2000 (*AnDGRN*, pp. 3563-3565); la Resolución de 8 de septiembre de 2000 (*AnDGRN*, pp. 3611-3613); la Resolución de 14 de noviembre de 2000 (*AnDGRN*, pp. 3930-3932); la Resolución de 9 de enero de 2001 (*AnDGRN*, pp. 2567-2568); la Resolución de 1 de marzo de 2001 (*AnDGRN*, pp. 2861-2864); la Resolución de 16 de noviembre de 2001 (*AnDGRN*, pp. 2787-2789).

VII. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO EUROPEO

1. *Francia*

El principio básico que informa el sistema matrimonial francés en cuanto a la forma es, al igual que en otros actos jurídicos, la regla *locus regit actum*, sin dar cabida alguna, a diferencia de ordenamientos jurídicos como el nuestro, a la validez del matrimonio según la ley personal de los contrayentes.⁸⁹ El otro principio que informa el matrimonio en el ordenamiento jurídico francés es la laicidad del mismo.

En el ámbito del tráfico jurídico externo, tales reglas esbozadas se traducen en los siguientes criterios.⁹⁰ Según el derecho internacional privado francés, la forma del matrimonio al ser determinada por la ley del lugar de celebración no permite que en Francia se realice con validez ningún matrimonio que no sea ante la autoridad civil. Una jurisprudencia continuada se ha pronunciado contra la admisión de formas religiosas previstas por la ley personal de los cónyuges.⁹¹ En particular, la *Cour d'appel de Paris*, en su sentencia de 8 de diciembre de 1992 rechazó que un matrimonio celebrado según la costumbre musulmana tuviera algún efecto en derecho francés.⁹²

89 Véase artículos 165-170 y 172-179, *Code civil français*.

90 Véase *amplius* Mayer, P. y Heuzé, V., *Droit international privé*, Montchrestien, 2001, pp. 368 y ss.; Audit, B., *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 2000, pp. 545 y ss.

91 Se está, pues, ante una práctica jurisprudencial consolidada, como muestra una sentencia de la *Cour d'appel de Paris*, de 10. de marzo de 1922, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1922-23, pp. 310 y ss.

92 *Cour d'appel de Paris* de 8 de diciembre de 1992, *JCP*, IV, núm. 1188, 1993, p. 137. El problema que subyace bajo esta cuestión es la necesidad de un pronunciamiento sobre si la regla *locus regit actum* tiene o no carácter imperativo. De momento, en cuanto a esta problemática, la doctrina se encuentra dividida entre los que defiende el carácter imperativo de la mencionada regla y aquellos otros que defienden como válido un matrimonio celebrado entre dos extranjeros, según una forma religiosa reconocida por su ley nacional. En todo caso, la jurisprudencia francesa jamás ha autorizado a dos extranjeros a celebrar en Francia un matrimonio exclusivamente en una forma privada o religiosa prevista por su ley nacional. Guiho, P., "Nota a la sentencia de la *Cour d'appel de Paris* de 13 de diciembre de 1994", *Dalloz*, 1996, pp. 255 y ss.

Otro principio básico informador del sistema matrimonial francés es la calificación del carácter civil o religioso del matrimonio como una cuestión estrictamente de forma y, por tanto, perteneciente a la *lex loci celebrationis*. En la clásica sentencia *Caraslanis*, de 22 de junio de 1955, ante el conflicto de calificaciones planteado, la *Cour de cassation* admitió como válida la celebración de un matrimonio civil en Francia aunque la ley nacional de los esposos, en este caso la griega, exigiera una celebración religiosa.⁹³

No obstante, la celebración religiosa facultativa no está prohibida en Francia, si se realiza después de la ceremonia civil o consular (artículos 199-200, Ccfr.). De este modo, los nacionales de un país musulmán podrán celebrarlo, tras el matrimonio civil, y así legitimarlo según la ley islámica. La prueba de un matrimonio civil previo debe aportarse antes de la celebración de un matrimonio coránico. Este matrimonio coránico podrá considerarse como obligatorio en la relación entre los esposos, si uno se lo había prometido al otro antes de la celebración. De hecho, tal promesa tiene su plasmación en el ordenamiento jurídico francés, ya que si una de las partes se negara a dicho enlace religioso, cometería una falta constitutiva de causa de divorcio (artículo 242, Ccfr.).

Asimismo, ha de destacarse que la República francesa ha firmado un Convenio con el Reino de Marruecos, el 10 de agosto de 1981, donde se aborda la cuestión matrimonial.⁹⁴ En concreto, su artículo 6, 1o., insiste que “las condiciones en cuanto a la forma

⁹³ Ancel, B. y Lequette, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, pp. 215-224; véase, asimismo, notas a esta sentencia de Batiffol, H., *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1955, p. 723; Chavier, R., *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1956, p. 73. De este modo, se da lugar a lo que denomina la doctrina francesa como “*mariages boiteux*”, es decir, parciales o “cojos”, dado que siendo un matrimonio válido en Francia se considera nulo en el país de la nacionalidad de los contrayentes. No obstante, tal como han puesto de relieve Fadlallah: “mieux vaut un mariage boiteux que pas de mariage du tout”; Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, núm. 27, p. 28. Con respecto a esta cuestión, véase asimismo nota de Labrusse, C., *Trib. Const. Féd. d'All.*, 4 de mayo de 1971, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1974, pp. 57 y ss., especialmente p. 71; y nota de Bourdelois, B., Versailles, 30 de mayo de 1995, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1996, p. 639.

⁹⁴ *Convention entre la République Française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*, *Journal officiel de la République française*, de 1o. de junio de 1983; véase *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1983, pp. 532 y ss. Sobre esta convención, Moneger, F., “La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1984, pp. 29-69 (1a. parte) y 267-288 (2a. parte).

del matrimonio se reglamentan por la ley de aquella autoridad ante la que se celebra el matrimonio”. En el caso de matrimonios mixtos celebrados en territorio francés, para que esta unión sea válida en los dos países, el párrafo 3o. del mencionado artículo 6, exige una doble ceremonia. El matrimonio deberá sucesivamente ser celebrado por un representante del estado civil y, a continuación, registrado por el funcionario competente en el Consulado de Marruecos.

2. Suiza

En Suiza, el matrimonio es una institución laica. La celebración del matrimonio es de la competencia exclusiva del Estado, independientemente de la religión y de la nacionalidad de los cónyuges.⁹⁵ Según el artículo 116 del Código Civil suizo, un matrimonio concluido en territorio suizo sólo es válido si se celebra ante el representante del estado civil.

Constituye ésta una regla muy rígida que tiene dos manifestaciones importantes. Por una parte, el personal diplomático y consular extranjero tiene prohibido celebrar cualquier matrimonio en territorio suizo.⁹⁶ Y por otra, el matrimonio religioso no puede preceder al matrimonio civil, constituyendo el matrimonio religioso una mera formalidad facultativa posterior de los cónyuges, sin consecuencia jurídica alguna.⁹⁷ De este modo, si los futuros esposos se casan en Suiza únicamente ante una autoridad religiosa musulmana, sin haber concluido un previo matrimonio civil, el derecho suizo no reconoce tal matrimonio. Sin duda, esto tiene negativas consecuencias para todas las partes en presencia. Por un lado, si la mujer resulta abandonada por su cónyuge según el derecho

⁹⁵ Artículos 102 y 159 de la *Ordonnance du 1 juin 1953 sur l'état civil (Recueil systématique du droit fédéral, 211.112.1.)*. Para profundizar sobre las particularidades del matrimonio en el ordenamiento jurídico suizo, véase Werro, F., *Concubinage, mariage et démariage*, Berne, Staempfli Editions SA, 2000, pp. 39-80.

⁹⁶ Nota de 8 de febrero de 1995 del Departamento Federal de Asuntos Exteriores sobre la representación diplomática y consular en Suiza.

⁹⁷ Artículo 97, apartados 1o. y 3o. del Código Civil suizo. En efecto, la revisión realizada al Código Civil el 26 de junio de 1998, que ha entrado en vigor el 1o. de enero de 2000, ha confirmado este parecer.

suizo no existe matrimonio alguno. Y, por otra parte, las autoridades religiosas musulmanas se exponen a penas que van hasta la retirada del permiso de residencia. Sin duda, una cuestión complicada es la determinación de la validez de un matrimonio exclusivamente religioso celebrado en Suiza cuando éste es válido según el derecho del Estado del domicilio o de la nacionalidad de los contrayentes. En este sentido, el derecho internacional privado suizo se limita a concluir que “una decisión no puede ser tomada más que caso por caso”.⁹⁸

La legislación de derecho internacional privado se encarga expresamente, en el caso de que al menos uno de los cónyuges sea extranjero, del riesgo de los llamados *mariages boiteux*, es decir matrimonios celebrados en Suiza que no son reconocidos en el país de origen de uno o ambos esposos. El derecho internacional privado suizo prevé que este riesgo “no constituye una razón suficiente para hacer depender la autorización de un matrimonio civil a la posterior celebración de un matrimonio religioso”. En este supuesto, se prevé que el oficial del estado civil puede a lo sumo advertir a los contrayentes la posibilidad de que su matrimonio no sea reconocido en el extranjero.⁹⁹ Sin embargo, en el caso de que los futuros cónyuges extranjeros no estuviesen domiciliados en Suiza, el funcionario encargado del estado civil debe rechazar la celebración de un matrimonio civil siempre que éste no sea reconocido en el Estado de su domicilio o su nacionalidad.¹⁰⁰

3. Reino Unido

A diferencia de los anteriores países referidos, en el Reino Unido no existe un sistema legal de matrimonio laico. En efecto, la ley británica *Marriage Act 1949* se ha limitado a codificar las reglas eclesiásticas existentes en cuanto al matrimonio religioso, añadién-

⁹⁸ *Message* núm. 232, 4, p. 78. Diversos autores avalan el reconocimiento de tales matrimonios: Bucher, A., *Droit international privé suisse, Personnes, Famille, Successions*, Bâle Francfor-sur-le-Main, vol. 2, pp. 149 y ss.; Dutoit, B., *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle Francfor-sur-le-Main, 1997, p. 129.

⁹⁹ *Message* núm. 232, 4, p. 78.

¹⁰⁰ Artículo 43 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado.

do una forma exclusivamente civil de matrimonio. La mencionada *Marriage Act* no es una ley civil, ya que el Reino Unido mantiene la unidad de la Iglesia y el Estado, ostentando el Parlamento británico poder para legislar sobre materias puramente religiosas. Dicha ley autoriza a los miembros de otras comunidades religiosas distintas de la Iglesia Anglicana a celebrar legalmente sus matrimonios según sus propios ritos. No obstante, existen una serie de reglas: que dicha unión se celebre ante un representante de su comunidad habilitado para tal efecto, que los contrayentes no crean que tal ceremonia religiosa produce por sí misma efectos civiles y que se lleve a cabo en un edificio religioso registrado para ello. Así, las mezquitas pueden ser registradas con tal motivo. Aunque cada comunidad religiosa es libre de llevar a cabo la celebración según sus costumbres, la ley prescribe que se deben cumplir ciertas formalidades.¹⁰¹ Sin embargo, existen dos comunidades en el Reino Unido, los judíos y los cuáqueros, que están dispensados de tal requerimiento. A dicha libertad absoluta en cuanto a la forma han intentado unirse los musulmanes con numerosas reivindicaciones, sin éxito hasta el momento dada la fuerte oposición tanto del gobierno como de los partidos políticos.

El matrimonio celebrado en Inglaterra y Gales es válido sólo si es conforme a la Ley sobre Matrimonio de 1949. La consecuencia jurídica de la inobservancia de esta regla es la no existencia, en términos legales, de dicha unión, considerándose nula. De este modo, el ordenamiento jurídico británico no hace objeción alguna a cualquier ceremonia religiosa, siempre que los participantes sean conscientes de que tal ceremonia no tiene efecto legal alguno en Reino Unido.¹⁰² Así las cosas, un musulmán que oficie un matrimonio de dos musulmanes en una casa privada no tendrá sanción alguna, siempre que sea una ceremonia puramente religiosa y no se considere una *solemnisation of marriage*.¹⁰³ Ante tales

101 Artículo 44, *Marriage Act 1949*.

102 Sychold, M. M., "English Private International Law of Marriage in the Face of Religious Diversity", en García Rodríguez, I., *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, p. 288.

103 En el supuesto *R. vs. Bham* (1966, *Law Reports, Queen's Bench Division*, 159). *The Court*

circunstancias, la tendencia por parte de los musulmanes residentes en Inglaterra y el País de Gales es realizar dos celebraciones: la primera, puramente religiosa, seguida por una segunda, ante autoridades civiles.¹⁰⁴

En derecho anglosajón, las normas de derecho internacional privado se basan fundamentalmente en el principio *lucus regit actum*, que se traduce en la validez formal de la celebración del matrimonio si es conforme a la *lex loci celebrationis*. Junto a este principio, hemos de tener en cuenta la relevancia de la *lex domicilii* frente a la ley de la nacionalidad propia de los países continentales. En la cuestión matrimonial, el principio básico es el siguiente: los matrimonios celebrados en Inglaterra de acuerdo con las prescripciones de la Ley sobre Matrimonio de 1949 serán siempre válidos y, por tanto, producirán efectos civiles bajo el derecho inglés. De esta regla se desprende que en el caso de matrimonios celebrados en Inglaterra y Gales por personas con domicilio extranjero que sigan la mencionada *Marriage Act*, serán válidos aunque no se hubieran cumplido los requerimientos de su *lex domicilii*. Además, dicha conclusión se mantiene incluso para los llamados *limping marriages*, es decir aquellas uniones que no van a ser reconocidas como tales por el ordenamiento jurídico del domicilio de los contrayentes.¹⁰⁵

4. Alemania

Si bien es cierto que junto con Italia, Alemania constituye el precedente más próximo para el ordenamiento español en la cues-

of Criminal Appel, en atención a que el oficiante no tenía intención de celebrar un matrimonio bajo *Marriage Act* y a que resultaba obvio para todos los interesados la inexistencia de efectos civiles para los contrayentes en Inglaterra, no impuso sanción alguna al respecto.

¹⁰⁴ Tal como muestran los hechos en el caso *R. vs. Immigration Appeal Tribunal*, ex parte Khatiza Begum, 21 de mayo de 1990, *Queen's Bench Division*.

¹⁰⁵ M. M. Sychold ha resumido perfectamente la cuestión: "The fact that the national or domiciliary laws of one or both putative spouses may impose formal prerequisites to marriage which differ from those of the *lex loci celebrationis* is not considered to be in any way relevant in English private international law". Sychold, M. M., *op. cit.*, nota 102, p. 291.

tión de los pactos con el Estado, no es menos cierto que el caso alemán es distinto al español. En efecto, en Alemania se ha consagrado a través de estos pactos una igualdad entre las distintas confesiones, incluso las minoritarias, y por otro, en su marco no se reconoce ninguna forma religiosa como válida con efectos civiles.¹⁰⁶

La libertad para contraer matrimonio es un derecho que se garantiza en el artículo 6 de la Ley Fundamental Alemana, condicionada por el legislador al cumplimiento de ciertas normas y requisitos formales para que tenga validez jurídica. La Ley sobre Matrimonio de 1998 (*Eheschließungsrechtsgesetz*)¹⁰⁷ configura el sistema matrimonial alemán en torno a los siguientes dos principios: la laicidad del matrimonio y la *lex loci celebrationis*, para su reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Desde la vigencia de la Ley sobre Estado Civil de 1875, el matrimonio civil es, en derecho alemán, la única forma posible de contraer matrimonio. Aparte de ciertos supuestos de derecho internacional privado, los matrimonios religiosos se consideran no sólo sin efecto jurídico, sino que se denuncian como ilegales incluso cuando son celebrados antes del matrimonio ante el oficial del estado civil. Por otra parte, el artículo 13, BGB,¹⁰⁸ establece que la forma de celebración del matrimonio en Alemania se rige, en principio, por derecho alemán. Esta regla resulta imperativa si al menos uno de los esposos es alemán, de modo que el cónyuge extranjero al casarse en territorio alemán se encuentra bajo el derecho alemán que, como hemos visto, exige la forma civil.

Cuando nos encontramos ante situaciones de tráfico externo, la reglamentación aportada por el derecho internacional privado alemán es la siguiente. En primer lugar, las autoridades alemanas no condicionan la validez del matrimonio civil de los esposos, cuya ley

106 Véase *amplius*, sobre el sistema matrimonial alemán, Gottwald, P.; Schwab, D. y Büttner, E., *Family and Succession Law in Germany*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 2001; Schearz-Liebermann von Wahlendorf, H. A., *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit allemand)*, Lyon, Editions du CNRS, 1989.

107 La nueva reglamentación de la celebración del matrimonio se produjo mediante *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts vom 4.5.1998*, *Bundesgesetzblatt*, I, 833.

108 *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18 de agosto de 1896.

nacional no reconoce más que el matrimonio religioso, a la celebración posterior de dicha ceremonia religiosa.¹⁰⁹ No obstante, para evitar dichas distorsiones entre el reconocimiento por parte del derecho alemán y no por su propio derecho nacional, el funcionario del encargado del estado civil debe advertirlo a los futuros esposos.

Cuando los dos cónyuges son extranjeros, el artículo 13.3, GBG, establece que el matrimonio puede celebrarse sobre suelo alemán en la forma establecida por el país de origen de alguno de ellos, sea ésta religiosa o consular. Este precepto sólo fija como condiciones que dicha unión sea oficiada ante persona debidamente autorizada por el gobierno del Estado de origen de uno de los esposos y según la forma prescrita por la ley de ese Estado. En el caso de los inmigrantes de origen magrebí residentes en Alemania, dicha opción reviste gran utilidad en tanto que sus países sólo reconocen el matrimonio religioso. En la práctica, el gobierno extranjero en cuestión es quien indica a las autoridades alemanas, las autoridades religiosas habilitadas para celebrar tal unión.¹¹⁰ En efecto, el artículo 13. 3 del EGBGB dice así: “el matrimonio de aquellos esposos cuando ninguno de ellos es alemán puede no obstante celebrarse ante cualquier persona debidamente autorizada por el Estado de uno de los contrayentes y según la forma prescrita en el mismo”. Por consiguiente, tales autoridades religiosas deben ser autorizadas por su propio Estado de procedencia coincidente con alguno de los cónyuges. No obstante, tal matrimonio religioso no es posible si uno de ellos es de nacionalidad alemana, ya que en ese caso dicha unión se consideraría inexistente.¹¹¹

109 Sentencia de *L'Amtsgericht Düsseldorf*, 27 de mayo de 1981, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1981, p. 182, nota de E. Jayme.

110 En un caso planteado ante *L'Amtsgericht Bonn*, dos ciudadanos argelinos celebraron su matrimonio ante el *mufti* de Colonia. Dado que aquél no había recibido la autorización personal para celebrar el matrimonio por el gobierno argelino, el hecho de que el derecho argelino prevea de manera general el matrimonio religioso no es suficiente para cumplir con los requerimientos del mencionado artículo 13, apartado 3o.; Sentencia de 2 de diciembre de 1981, *Zeitschrift für Standsamtwesen*, 1982, p. 249.

111 Como destaca S. Aldeeb y A. Bonomi, este principio de nulidad de estos matrimonios ha sido atemperado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, bajo ciertas condiciones, asimila tales uniones a los matrimonios reconocidos en virtud del artículo 6 de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional ha decidido que el artículo 6 de la Constitución exige que el cónyuge superviviente de este tipo matrimonio sea considerado como “viudo” en el sentido de la legislación social alemana, es decir que igualmente tenga derecho a una

Como consecuencia de esta reglamentación, una sentencia de 19 de enero de 1978 no reconoció un matrimonio habido entre una alemana y un ciudadano sirio en la mezquita de Francfort, en razón de la nacionalidad alemana de la esposa.¹¹²

5. Italia

Tras la conclusión del Concordato de 1929 entre la Iglesia Católica y el Estado italiano, el legislador de esa época siente la necesidad de instituir un tipo de matrimonio “religioso” para aquellos pertenecientes a confesiones religiosas minoritarias.¹¹³ Desde entonces, y bajo una serie de acuerdos con dichas confesiones, las llamadas *intense*,¹¹⁴ el derecho material italiano reconoce la validez a matrimonios celebrados según las formas previstas por una religión distinta de la católica siempre que se cumplan ciertas condiciones. En concreto, el matrimonio *acattolico* puede producir los efectos del matrimonio civil cuando dicho culto es admitido por el Estado y el ministro de culto ha sido expresamente reconocido para ello por el Ministerio del Interior.¹¹⁵ Los esposos que deseen contraer matrimonio por un determinado rito religioso no católico

renta; Aldeeb, S. y Bonomi, A. (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess, Zürich, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 1999, p. 7.

¹¹² Sentencia de 19 de enero de 1978, de *L'Amtsgericht Wiesbaden, Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht*, 1978, núm. 23, pp. 248 y ss.

¹¹³ Sobre el matrimonio concordatario, véase artículos 5 a 23 de la Ley núm. 847, de 27 de mayo de 1929, disposición por la que se aplica el Concordato de 11 de febrero de 1929 entre la Santa Sede e Italia. *Codice Civile*, Milán, Giuffrè editore, 2001. Véase, asimismo, el artículo 8 del acuerdo del 18 de febrero de 1984, ratificado por la Ley núm. 121, de 25 de marzo de 1985.

¹¹⁴ Las *Intense* con la *Chiesa Tavola Valdese e Metodiste* (artículo 11 de la Ley 449, de 11 de agosto de 1984), con la *Chiesa Avventista* (artículo 17 de la Ley 516, de 22 de noviembre de 1988); con la *Chiese Assemblee di Dio in Italia* (artículo 15 de la Ley 517, de 22 de noviembre de 1988); con la *Chiese Battiste* (artículo 10 de la Ley 116, de 12 de abril de 1995) y la *Chiese Luterane* (artículo 13 de la Ley 520, de 22 de noviembre de 1995). Junto a las confesiones cristianas evangélicas, el Estado italiano ha firmado asimismo una *intensa* con la comunidad israelita en cuyo marco se regula el matrimonio celebrado según el rito hebraico (artículo 14 de la Ley 101, de 8 de marzo de 1989).

¹¹⁵ Además, se subordina la habilitación de estos ministros de culto a la posesión de la ciudadanía italiana y al conocimiento de la lengua italiana (artículo 21, *Regio decreto*, núm. 289/1930).

deberán obtener una autorización previa de la autoridad civil, donde deberá haber constancia expresa del ministro de culto ante el que se concluirá tal enlace.¹¹⁶ Tras la celebración, debe enviarse en el plazo de cinco días el certificado matrimonial para ser transcrito por el oficial del estado civil. Los autores coinciden en que en estos casos no se está ante un verdadero y propio matrimonio religioso con efectos civiles, sino que se trata de un mero matrimonio civil celebrado en una forma especial.¹¹⁷

Hasta ahora, Italia ha firmado *intense* con distintas confesiones cristianas evangélicas —*ad. ex.* adventistas, bautistas, metodistas, luteranos, asambleas de Dios, etcétera—, así como con las comunidades israelitas. En principio, el procedimiento esbozado para estas confesiones podría ser aplicado a los matrimonios musulmanes pese a la inexistencia de un acuerdo específico entre el Estado italiano y las comunidades musulmanas.¹¹⁸ En la práctica, el Ministerio del Interior italiano no ha autorizado a ninguna autoridad musulmana a celebrar un matrimonio coránico en Italia. Ha de destacarse que la celebración en Italia de matrimonios según el rito musulmán está previsto en un proyecto de convenio para regir las relaciones entre el Estado y las comunidades musulmanas, si bien su aprobación parece retrasarse continuamente en el tiempo.¹¹⁹

En el marco del derecho internacional privado, el artículo 28 de la nueva ley italiana de 1995 prevé que el matrimonio es válido desde el punto de vista formal si éste ha sido celebrado de conformidad con la ley del lugar de celebración o con la ley nacional de al menos uno de los esposos en el momento de celebración, o con la ley del Estado de la residencia común de los esposos en

¹¹⁶ Sobre esta autorización, Anelli, F., *Il matrimonio. Lezioni*, Milán, Giuffrè Editore, 1998, pp. 116 y 117.

¹¹⁷ Bonilini, G. y Cattaneo, B., *Il diritto di famiglia*, vol. I: *Famiglia e matrimonio*, UTET, 1995, p. 293.

¹¹⁸ En este sentido, Lillo, P., “Brevi note sul regime dei matrimoni ‘ebraico’ e ‘islamico’ in Italia”, en varios autores, *Il diritto ecclesiastico*, 1994, p. 528.

¹¹⁹ Acciai, R., “La bozza di intesa fra la Repubblica italiana e l’Unione delle Comunità ed Organizzazioni Islamiche in Italia (UCOII)”, en Parlato, V. y Varnier, G. B. (eds.), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Turín, 1996, pp. 197-220.

ese momento. Sobre la base de este precepto parece admitirse, en principio, que un matrimonio entre extranjeros en Italia es válido, aunque sea según la forma coránica, cuando uno de los esposos posea la nacionalidad de un país de derecho musulmán. Con anterioridad a la reforma de 1995, se excluía de manera general la posibilidad de celebrar el matrimonio en Italia sobre la base de la ley de la nacionalidad de los cónyuges, incluso siendo extranjeros, en forma distinta al matrimonio civil consular. Como consecuencia de la nueva reglamentación, la doctrina mayoritaria tiende a admitir la posibilidad para los extranjeros de celebrar matrimonio en suelo italiano ante una autoridad religiosa distinta a las que tienen acuerdos suscritos, siempre que así lo prevea la propia ley de la nacionalidad de al menos uno de los cónyuges.¹²⁰

VIII. CONCLUSIONES

La intención última de este estudio ha sido esbozar una reflexión sobre las ventajas y los inconvenientes de nuestro sistema matrimonial, en tanto que respuesta adecuada a las necesidades y demandas de la realidad social. Desde hace unos años, España se conforma paulatinamente como una sociedad multicultural llamada a desarrollarse en un Estado laico y constitucional, si bien con una indudable tradición cristiana, en concreto, católico-romana. Ante dicha realidad, el derecho internacional privado debe dar respuestas a multitud de situaciones generadas por la presencia en nuestro territorio de personas y de familias que se vinculan a otra esfera jurídico-cultural: el mundo musulmán. Si hemos de emitir un balance final, podemos afirmar que el sistema matrimonial español se adecua *grosso modo*, es decir no sin ciertas dificultades, a las exigencias de la creciente multiculturalidad de nuestra sociedad.

120 En este sentido, Carella, G., "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (Provvedimenti commentati)", en varios autores, *Le Nouve Leggi civile commentate*, 1996, p. 1171; y Saravalle, A., *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1995, p. 1053. Para una síntesis sobre la anterior posición doctrinal y jurisprudencial sobre esta cuestión, véase Vitta, E., *Diritto internazionale privato*, Turín, 1973, vol. II, p. 210 (notas 114 y 115); Ballarino, T., *Diritto internazionale privato*, Padua, 1982, pp. 718 y ss.

Entre las virtudes del sistema matrimonial español podemos destacar las siguientes. En primer lugar, *la existencia de una pluralidad de formas legalmente admitidas*. Desde la entrada en vigor de los acuerdos de cooperación, el matrimonio civil único coexiste con una pluralidad de formas religiosas de celebración no exclusivamente canónicas. Con esto, los nacionales de determinados Estados confesionales islámicos pueden celebrar matrimonio coránico en España ante una autoridad religiosa, por lo cual resulta válida dicha unión a luz del ordenamiento jurídico español y según su ley nacional, es decir, su Estado de origen. Una segunda virtud es *la flexibilidad del sistema* al permitir a los contrayentes extranjeros, junto con las formas fijadas para los españoles, la validez de la celebración del matrimonio según la propia ley personal de cualquiera de los contrayentes. Mediante tal elección se está garantizando el respeto cultural y religioso del extranjero en nuestro país, al suponer un punto de equilibrio en la fricción constante entre “asimilación” y “respeto a la diferencia”. Ciertamente, cuando es posible ejercerla, la autonomía de la voluntad constituye el mejor de los criterios de determinación de la ley aplicable para la resolución de los conflictos en toda sociedad pluricultural.¹²¹

No obstante, el sistema matrimonial español presenta ciertos escollos que requieren una solución. En primer lugar, *la inadecuada interpretación realizada por la DGRN en cuanto al alcance territorial de los acuerdos de cooperación*. Mediante su Instrucción de 10 de febrero de 1993 se niega la validez de aquellos matrimonios celebrados en el extranjero por españoles según las formas religiosas admitidas por los acuerdos de cooperación distintas de la canónica. Con esto, por un lado, la aludida flexibilidad del sistema, cuando se refiere a los extranjeros, se resiente claramente en el caso de matrimonios en que al menos uno de los cónyuges sea español, y por otro, se mantienen importantes diferencias de trato entre la celebración canónica y el resto de confesiones religiosas de reconocido arraigo en España. Una segunda crítica al sistema se basa en *la limitación*

121 Sánchez Lorenzo, S., “Postmodernismo y derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVI, pp. 575 y 576; Jayme, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 251, pp. 154-156.

a ciertas formas religiosas para contraer matrimonio. Si bien no hay duda de que el reconocimiento como forma válida de los ritos evangélico, hebreo y musulmán junto al canónico es un avance importante, la limitación a tales formas atenta contra la prohibición de discriminación por razón de la *professio religionis*.¹²² Ante esta realidad, aflora una importante diferenciación de trato para las confesiones con las que el Estado español no ha suscrito acuerdo alguno, de modo que sus fieles no pueden ante sus dirigentes religiosos celebrar un matrimonio con efectos civiles. Esta regla tiene una excepción que muestra otra incongruencia más del sistema, cuando ambos contrayentes sean extranjeros, en cuyo caso pueden contraer matrimonio en territorio español conforme a la ley personal de cualquiera de ellos, incluida la religiosa no legalmente prevista en España.

Finalmente, he de llamar la atención sobre la *difícil laicidad de la institución matrimonial*. En la concepción y en los caracteres de la institución matrimonial, y en particular en su forma de celebración tal cual se esboza en el ordenamiento jurídico español, se evidencia una influencia de la concepción cristiana del mismo. En efecto, esto es lógico en tanto que creencia dominante durante siglos y mayoritaria en la actualidad. No obstante, pese a tales influencias, considero que nuestro actual sistema matrimonial ha sido abierto a la diferencia, sobre todo cuando proviene del extranjero, constituyendo un buen punto de partida para nuestra aún incipiente sociedad multicultural.

¹²² Véase González Campos, J. D., “Derecho de familia. El matrimonio”, en *id.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 291; Carrascosa González, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000, pp. 94 y 95.