

# MATRIMONIO Y PLURALISMO

**Beatriz Souto Galván**

Prof. Titular de la Universidad de Alicante

**M<sup>a</sup> Rosa García Vilardell**

Prof. de la Universidad CEU Cardenal Herrera (Elche)

**Resumen:** La presencia de modos de vida derivados de contextos culturales diversos en la sociedad occidental actual es un hecho que conlleva múltiples consecuencias, entre ellas, de orden jurídico, que es necesario resolver. En este caso, analizamos un ámbito específico –el matrimonio– en un ordenamiento concreto como es el español, tratando de dar respuesta a algunos de los conflictos planteados por el desarrollo de prácticas matrimoniales que se realizan en el seno de grupos identitarios presentes en la sociedad española actual.

**Abstract:** The existence of different life-styles pertaining to different cultural contexts in present western society is something that has many different consequences. Among these are questions of a legal order that require solution. In this case, we analyse a specific field –marriage– in the Spanish legal system, in order to resolve some of the conflicts arising from the different means of contracting matrimony being carried out by the various cultural groups currently existing within Spanish society.

**Palabras clave:** pluralismo, grupos religiosos, sistema matrimonial español.

**Keywords:** pluralism, religious groups, Spanish marital system

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Matrimonio y diversidad cultural en el ordenamiento jurídico español. 2.1. Bases del sistema. 2.2. Alcance del reconocimiento de derechos colectivos en el ámbito matrimonial. 3. El orden público como límite al reconocimiento de derechos colectivos. 3.1. Libertad consensual: los matrimonios forzados. 3.2. Prácticas matrimoniales discriminatorias por razón de sexo. 3.2.1. La poligamia islámica. 3.2.2. El rito matrimonial gitano. 4. Consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

La diversidad cultural presente en la sociedad occidental actual -derivada tanto de la presencia de minorías nacionales y étnicas preexistentes como de la inmigración- es un hecho que conlleva múltiples manifestaciones de orden social, económico,

jurídico, etc. En este caso, vamos a analizar un ámbito específico, como es el matrimonio, y algunas de las consecuencias jurídicas derivadas de las diversas prácticas culturales desarrolladas por grupos identitarios presentes en la sociedad española actual. Y, nos remitimos al estudio de un ordenamiento concreto, como es el español, porque al margen de las actuaciones de Naciones Unidas o la Unión Europea en relación con esta temática es, desde nuestro punto de vista, esencial comprobar *de facto* cómo responden los ordenamientos nacionales ante el desarrollo de una sociedad cada vez más plural.

En este contexto, es necesario también hacer referencia a los conflictos que se han generado en relación con algunas prácticas matrimoniales que atentan contra los derechos de las mujeres, ya sea por falta de libertad consensual a la hora de contraer matrimonio o por vulnerar el principio de igualdad.

Los últimos datos publicados por la Secretaría de Estado de inmigración, muestran un total de extranjeros con residencia legal en España de 4.744.169. Europa es el continente que mayor número de residentes aporta, seguido de Latinoamérica. Y, por países, destaca Rumanía y Marruecos, con un número muy similar. La presencia de inmigrantes ha generado, lógicamente, una transformación social, tanto desde una perspectiva demográfica y económica, como cultural y política.

La respuesta dada por la doctrina iusfilosófica a la presencia de modos de vida derivados de distintos contextos culturales en la sociedad occidental actual es tan plural como la propia diversidad que analiza. El liberalismo clásico, esencialmente individualista<sup>1</sup>, choca con concepciones como el

---

<sup>1</sup> Díaz-Polanco, en su obra “Elogio de la Diversidad” sintetiza el núcleo básico del llamado “liberalismo procedimental” en: primacía absoluta del individuo sobre la comunidad, la precedencia de la razón a cualquier particularidad sociocultural y, en consecuencia, la imposibilidad de reconocimiento de justificación moral a cualquier derecho fundado en lo colectivo (DÍAZ-POLANCO, H., *Elogio de la Diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Siglo Veintiuno, 2006, p.101)

liberalismo comunitarista o el republicanismo que abogan por un mayor reconocimiento y garantía de los derechos de las comunidades, prevaleciendo en algunos casos, incluso sobre los derechos individuales.

Las identidades colectivas, sean de tipo cultural, nacional o religioso siguen generando un importante rechazo por parte de quiénes, desde la perspectiva liberal más tradicional, atribuyen a las mismas su incapacidad para permitir la generalización de los derechos<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, se propugna que el liberalismo, al reconocer y proteger los mismos derechos fundamentales a todos los hombres frente a las intromisiones por parte del Estado o de los demás individuos, garantiza una libertad de elección muy amplia, permitiendo adoptar a cada uno su propia concepción de la vida buena<sup>3</sup>.

Siguiendo esta línea discursiva, entra en juego un principio más que permite articular las relaciones entre el Estado y el individuo, en relación con la propia elección de planes de vida por parte del individuo: ¿La esfera de la política debe ser neutra en relación con la cultura?<sup>4</sup>. Sí –se afirma- el Estado debe respetar la pluralidad de formas de vida y no debe promover en ningún caso ninguna concepción particular del bien<sup>5</sup>. El Estado sólo podría intervenir para solucionar conflictos entre las diversas interpretaciones de la vida buena o para impedir que una tiranice a las demás<sup>6</sup>. “El Estado liberal –nos indica Renato Cristo- es

---

<sup>2</sup> del Real Alcalá, J. A. “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*, Dykinson, 2005, p.177.

<sup>3</sup> RUIZ RUIZ, R., “Liberalismo y comunitarismo: dos perspectivas antagónicas del fenómeno multicultural”, en *Derechos Fundamentales*, *Valores y Multiculturalismo*, Dykinson, 2005, p.41.

<sup>4</sup> VILLACAÑAS BERLANGA, J. L., “El derecho a la identidad cultural: reconocimiento y multiculturalismo”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, nº. 24, Tercer trimestre de 1998, pp.17-48, p.18.

<sup>5</sup> RUIZ RUIZ, R., “Liberalismo y comunitarismo...”, o.c., p.41.

<sup>6</sup> CRISTO, R., “La crítica comunitaria a la moral liberal”, *Estudios Públicos*, 69 (verano 1998), pp.47-68, p.48.

sinónimo de Estado neutral, es decir, antiperfeccionista y no paternalista. Su virtud es la tolerancia frente a la diversidad de concepciones del bien. Para contrarrestar las interferencias sociales y políticas el liberalismo ha auspiciado la constitución de santuarios o enclaves de protección al interior de los cuales el individuo se encuentra a salvo frente a esas interferencias”<sup>7</sup>.

En definitiva, esta opción defiende sin ambages que sólo un Estado ideológicamente neutral puede asegurar la autonomía del sujeto, rechazándose, en consecuencia, la adopción por parte del Estado de medidas públicas que promuevan las diversas culturas o formas de vida mediante el reconocimiento de derechos específicos a determinados ciudadanos<sup>8</sup>.

La respuesta del liberalismo individualista ha sido ampliamente criticada por aquéllos que reclaman un mayor reconocimiento de la diversidad cultural, desde el momento en que –como afirma Barranco Avilés– “la pertenencia –la identidad cultural– condiciona el ejercicio de los derechos y el disfrute de la libertad y de la igualdad, por lo que algunas características culturales deben tenerse en cuenta, precisamente, en la configuración jurídica de la libertad y de la igualdad, del mismo modo que se tiene en cuenta la condición de mujer o de niño a partir del proceso de especificación de los derechos fundamentales”<sup>9</sup>.

Esta posición –que calificaríamos de intermedia–, trata la diversidad étnica y cultural como algo inherente a la esencia y desarrollo del ser humano, y, en consecuencia, reclama el reconocimiento de la ciudadanía multicultural. Sin embargo el reconocimiento de derechos multiculturales posee, desde esta perspectiva, dos límites insoslayables, que permiten ubicar a estas

---

<sup>7</sup> Ibid, p.52.

<sup>8</sup> RUIZ RUIZ, R., *Liberalismo y comunitarismo...*, o.c., p.60.

<sup>9</sup> BARRANCO AVILÉS, M<sup>a</sup> C, “La concepción republicana de los derechos en un mundo multicultural”, en *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*, Dykinson, 2005, p.17.

propuestas dentro del propio liberalismo: “1º Que no conduzcan al dominio de un grupo sobre otros; 2º Que no permitan la opresión del grupo sobre sus miembros”<sup>10</sup>.

En este sentido, la propuesta de Kymlicka, por ejemplo, aboga por el reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo, que podrían ser otorgados a los individuos del grupo o al grupo como un todo, pero, en ambos casos, distingue entre “protecciones externas”, que pretenden reivindicar los derechos de un grupo contra la sociedad en la que éste se engloba, en aras de protegerlo frente a las decisiones externas (las de la mayoría); y, las “restricciones internas”, con las que se pretende proteger al grupo del disenso interno, y que, según el mismo autor, no son admisibles por atentar contra las libertades básicas individuales<sup>11</sup>.

Esta perspectiva se encuadra en el pensamiento liberal, puesto que impone como límites los propios del liberalismo procedimental. La diferencia estriba, en realidad, en que, en este caso, se aboga por la adopción de medidas de discriminación positiva que protejan las identidades colectivas, siempre que éstas no soslayen el núcleo básico liberal.

En el extremo opuesto, las tesis comunitaristas o multiculturalistas de signo no liberal<sup>12</sup> sostienen que el individuo sólo es significativo en el seno de la relación social. El bien de una persona se define por su pertenencia y participación activa en una comunidad, lo que hace absolutamente imprescindible la preservación de ciertos contextos culturales y la concesión de derechos especiales a determinados grupos o minorías culturales desventajadas, incluso, -y en ello se distinguen de la

---

<sup>10</sup> Villar Borda, L., *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp.32-33.

<sup>11</sup> KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural*, Paidós, 1996, p.58, p.211 y ss

<sup>12</sup> La distinción entre liberalismo y comunitarismo presenta una gran complejidad, puesto que las intensas diferencias doctrinales en el seno de ambas posturas llevan a plantear la necesidad de crear tipologías no reduccionistas de ambas teorías. Dentro del comunitarismo hay autores que se consideran ajenos a la tradición liberal y otros, la mayoría, se conciben en realidad como liberales-comunitaristas (FERNÁNDEZ-LLEBREZ, F., “La ambigüedad comunitarista de Alasdair Macintyre. El problema de las etiquetas en el debate liberalismo/comunitarismo”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm.104. Abril-Junio. 1999, pp.213-231, p.213).

posición que he llamado intermedia- anteponiendo las políticas comunes tendentes a su conservación a determinados derechos individuales<sup>13</sup>.

La protección de los intereses de las minorías culturales se articula, por tanto, desde esta vía, mediante el reconocimiento de derechos colectivos. “En este sentido, -sintetiza Ruiz Ruiz- quienes se proclaman partidarios del reconocimiento de los mismos suelen aducir que determinados grupos tienen una identidad claramente definida y capacidad para la agencia moral efectiva. Por tanto, del mismo modo que a las personas se les dota de unos derechos individuales para la protección de ciertos bienes valiosos que les son inherentes, cuya salvaguarda justifica la imposición de una serie de deberes a los demás, también los grupos o minorías poseen unos intereses legítimos –la autonomía política, la preservación cultural o el mantenimiento de la identidad- que han de ser preservados. Pero a diferencia de los derechos individuales, el titular de los derechos colectivos ha de ser necesariamente el grupo y no sus miembros individualmente considerados, pues hay ciertos bienes que únicamente los grupos pueden poseer...”<sup>14</sup>.

## **2. MATRIMONIO Y DIVERSIDAD CULTURAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

### **2.1. LOS GRUPOS IDENTITARIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL**

La Constitución española consagra un sistema de libertades que garantiza tanto el ejercicio individual como la expresión colectiva de los derechos humanos. Sin embargo, ésta última no se concibe como derechos de titularidad colectiva sino individual pero de ejercicio colectivo. Y, en este sentido, ha desarrollado una política de protección o apoyo a determinados grupos -no

---

<sup>13</sup> BARRANCO AVILÉS, M<sup>a</sup> del C., “La concepción republicana de los derechos en un mundo multicultural”, o.c., p.17.

<sup>14</sup> RUIZ RUIZ, R., *Liberalismo y comunitarismo...*, o.c., pp.57 y 58.

necesariamente minoritarios ni desfavorecidos-, en aras de posibilitar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

Específicamente, y respecto a la libertad religiosa, ha adoptado medidas que facilitan el ejercicio del derecho, como el reconocimiento de efectos civiles a formas matrimoniales propias, y otras de carácter prestacional como la incardinación de la enseñanza religiosa en el ámbito educativo público -cuyo coste asume el Estado español- o la cooperación financiera destinada al mantenimiento de los mismos.

La propia Constitución española determina esta diferenciación en el tratamiento de los grupos religiosos al establecer una cooperación específica con la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas. Pese a garantizar, en su dimensión individual, la libertad ideológica y religiosa con el mismo nivel de protección, únicamente va a dispensar un tratamiento singular a las creencias de carácter religioso. Y, por ahora, únicamente con la Iglesia Católica y algunas minorías (judíos, evangélicos e islámicos), promocionando así el hecho religioso en detrimento de otras concepciones de vida derivadas de construcciones filosóficas, ideológicas o culturales.

Ya la Constitución de 1978 determina esta diferenciación en el tratamiento de los grupos religiosos al establecer en el apartado tercero del artículo 16 una cooperación específica con la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas. Pese a que este precepto garantiza la libertad ideológica y religiosa –que debería interpretarse en el sentido apuntado por el Prof. Souto, esto es, como una única libertad que protege la capacidad de autodeterminación individual en relación con su propia cosmovisión<sup>15</sup>-, únicamente va a dispensar un tratamiento singular a las creencias de carácter religioso, a través de la cooperación con las confesiones religiosas. Esta cooperación se ha llevado a cabo con la Iglesia Católica y algunas minorías

---

<sup>15</sup> SOUTO PAZ, J.A., Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado, 3ª ed., Marcial Pons, 2007, p.220.

(judíos, evangélicos e islámicos), promocionando así el hecho religioso en detrimento de otras concepciones de vida derivadas de construcciones filosóficas, ideológicas o culturales.

El Tribunal Constitucional, en una interpretación conjunta del principio de neutralidad y el de cooperación, extrae la conclusión de que el artículo 16.3 introduce una idea de “laicidad positiva”, que se traduce en un compromiso estatal de carácter “asistencial o prestacional”:

“ el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional”<sup>16</sup>.

Esta interpretación ampara, por tanto, la efectiva actividad prestacional que el Estado español ha venido desarrollando desde 1979 con la Iglesia Católica y, a partir de 1992, con otras corrientes religiosas minoritarias. Se enmarca en un concepto de libertad “positiva”, que conlleva una función promocional que incentiva el hecho religioso. Gran parte de la doctrina eclesial participa de la interpretación apuntada, defendiendo plenamente el concepto de “laicidad positiva”. Se entiende, en este sentido, que el Estado español valora positivamente el hecho religioso, en cuanto factor social

---

<sup>16</sup> STC 46/2001, de 15 de febrero de 2001, F.J.4º

beneficioso para el bien común de la sociedad española<sup>17</sup>. Se justifica así la diferencia de trato con las concepciones no “religiosas” y el régimen específico otorgado a los grupos religiosos, puesto que éstos representan –los que poseen notorio arraigo- el “factor religioso” que ha de tenerse en cuenta a efectos de la cooperación dispensada por el Estado, según el mandato de art.16.3.

Tal vez la interpretación más adecuada sea la formulada por Ruiz Miguel cuando afirma que “un entendimiento riguroso de la igual libertad en materia religiosa (...) obliga a interpretar los deberes públicos de tener en cuenta dichas creencias y de “mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones” únicamente dentro del amplio ámbito de las acciones que posibiliten o allanen el ejercicio efectivo de la libertad religiosa de las distintas confesiones, pero sin rebasar el límite de la facilitación hasta llegar a la incentivación o promoción de actividades estrictamente religiosas, que traspasarían el principio de neutralidad estatal”<sup>18</sup>.

Las prestaciones derivadas de la “cooperación” entre el Estado y las confesiones religiosas han generado un trato diferencial y discriminatorio entre los individuos, en base a sus creencias, y entre los distintos grupos que las desarrollan. Sin

---

<sup>17</sup> Inicialmente formulado por VILADRICH, P. J., “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español, en VVAA, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 2ª ed., 1983. Un interesante análisis crítico de esta postura doctrinal puede verse en Polo Sabau, J. R., *Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias*, Málaga, 2006, pp.199-234.

<sup>18</sup> RUIZ MIGUEL, A., “Para una interpretación laica de la Constitución”, RGDCyDEE 18 (2008), Iustel, p.23. El mismo autor –en la obra citada-, en un análisis que me parece totalmente acertado, ha subrayado la tendencia mostrada por el Tribunal Constitucional a atribuir un especial protagonismo a las confesiones religiosas, “a mi modo de ver –nos dice Ruiz Miguel- basculando en exceso hacia una posición que cabría calificar como comunitarista, en el sentido de que parece poner prioridad en los grupos sobre los individuos, con los riesgos de dominación de éstos por aquéllos que, especialmente en el tema religioso, ello puede conllevar” (p.7).

embargo, y como apunta el Prof. Souto, “los derechos y libertades inherentes a la dignidad de la persona humana, como proclama el artículo 10 de nuestra Constitución, deberían conducir a un régimen general y común de todos los individuos y de todas la comunidades ideológicas y religiosas, limitando las excepciones a este régimen en virtud de circunstancias excepcionales y plenamente justificadas”<sup>19</sup>.

Además de las medidas apuntadas, el Estado español ha adoptado también mecanismos de integración y protección de los derechos de los inmigrantes, pero sin llegar al extremo de reconocer derechos colectivos cuya titularidad ostente el grupo cultural como tal. Los derechos culturales de los inmigrantes son reconocidos en nuestro ordenamiento a través del valor constitucional del pluralismo y la propia autonomía de los individuos que integran grupos de tal carácter.

Destaca entre las medidas adoptadas la aprobación en el año 2007 del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2007-2010), que ha contado con un presupuesto de más de 2000 millones de euros y contempla doce áreas de actuación: acogida, educación, empleo, vivienda, servicios sociales, salud, infancia y juventud, igualdad de trato, mujer, participación, sensibilización y co-desarrollo. En lo que ahora interesa es de destacar el área destinada a la mujer cuyo objetivo principal consiste en incorporar la perspectiva de género en el diseño, desarrollo y evolución de las políticas y programas de integración. El Plan introduce también el principio de interculturalidad -que fomenta el respeto de la diversidad cultural-, pero éste debe ha de articularse necesariamente –según se establece en el propio Plan- con el marco de valores básicos de la Unión europea y, más específicamente, con los valores y derechos consagrados en la Constitución española.

---

<sup>19</sup> SOUTO PAZ. J. A., “Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional”, o.c. p.185.

## 2.2. ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO MATRIMONIAL

Son varias las normas jurídicas que de diverso modo perfilan, desarrollan y concretan el sistema matrimonial vigente en el ordenamiento español<sup>20</sup> y que, por tanto, debemos tener en cuenta a la hora de describir sus líneas fundamentales. Así, junto al Código Civil -cuerpo legal en el que se perfilan los grandes descriptores de nuestro sistema matrimonial-, el estudio de dicha cuestión exige referirnos a nuestra Constitución, a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede firmado el 3 de enero de 1979, y a los Acuerdos suscritos por nuestro Estado con otras confesiones distintas de la católica, el 10 de noviembre de 1992.

Ciertamente, punto de partida en el desarrollo de este extremo es la Constitución española; norma que aunque efectivamente no diseña un específico y concreto sistema matrimonial, constituye el vértice de nuestro sistema, y por tanto el arranque de nuestro estudio. Máxime en el caso que nos ocupa, pues la constitucionalización de los principios de libertad religiosa y aconfesionalidad supuso un importantísimo giro en la regulación de la institución matrimonial, tradicionalmente sometida a la legislación eclesiástica<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Son muy numerosas las aportaciones doctrinales en relación a la calificación y desarrollo de esta cuestión, por ello y sin ánimo exhaustivo, nos basamos para el desarrollo de la misma en: CÁMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid 2002; CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español*, Madrid 1990; GARCÍA GÁRATE, A., *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*, Madrid 1995; PABLO CONTRERAS, P. de, *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, Pamplona 1985; REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, Madrid 1995, pp. 165-258; SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, Madrid 2007.

<sup>21</sup> Ésta ha sido, efectivamente, la tónica en torno al sistema matrimonial español, a excepción de los periodos republicanos. Concretamente, pueden diferenciarse tres momentos en la evolución histórica de la regulación del mismo: el primero, hasta 1870, en donde se encuentra vigente un sistema de matrimonio canónico obligatorio; el segundo momento, conformado por los periodos republicanos –

Dicho esto, son varios los datos constitucionales a tener en cuenta en orden a determinar las bases sobre las que se asienta nuestro sistema matrimonial<sup>22</sup>:

a) El pluralismo político garantizado en el art. 6 de nuestro texto constitucional, y que lógicamente conlleva también el ideológico.

b) La igualdad: recogiendo en el art. 9.2 la obligación, dirigida a los poderes públicos, de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas; igualmente se garantiza en el art. 14 del texto estudiado la igualdad de todos los españoles ante la ley, prohibiéndose toda discriminación por razón de religión; y se establece la garantía constitucional correspondiente –el recurso de amparo– para tutelar el anterior derecho (art. 53.2)

c) La libertad: se encomienda, igualmente, a los poderes públicos la función de promover las condiciones y remover los obstáculos para la real y efectiva libertad de individuos y grupos (art. 9.2); se constitucionaliza expresamente en el art. 16 la libertad religiosa y de culto, sin más limitación que el mantenimiento del orden público protegido por la ley; y se prohíbe obligar a declarar sobre ideología, religión o creencia (art. 16.2).

d) El principio de aconfesionalidad, recogido en el art. 16.3 de la Constitución, junto con el compromiso de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad

---

desde 1870 a 1875, y desde 1932 a 1938-, en donde se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio; y una última etapa a partir de 1875 hasta la promulgación de nuestra actual Constitución, a excepción del paréntesis republicano (1932-1938), en donde rige un sistema mixto, en el que se prevé un matrimonio canónico obligatorio para los que profesen la religión católica y un matrimonio civil de carácter excepcional para los que no la profesen. (SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, Madrid 2007, pp. 53-67).

<sup>22</sup> Seguimos en este punto la enumeración presentada por REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, *op. cit.*, pp. 165-166.

española y de mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones.

e) Se considera la familia como principio rector de la política social y económica, y se consagra la protección jurídica de la familia, entendiéndose que son lazos familiares protegidos por la ley todos aquellos que se derivan de la generación, tenga lugar ésta dentro o fuera del matrimonio (art. 39).

f) Junto a ellos hay que añadir, como señala el prof. Souto<sup>23</sup>, el principio del libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 de la Constitución.

Presupuestos que han encontrado su reflejo en el art. 32 de la Constitución, que se refiere expresamente al matrimonio, y en el que leemos textualmente:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Precepto que se incardina en el Título I de nuestra Constitución dedicado a los derechos y deberes fundamentales, y que, en cualquier caso, debe, por tanto, interpretarse de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos humanos ratificados por España, en los que es común el reconocimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y el principio de igualdad como rector de la convivencia matrimonial<sup>24</sup>.

En cualquier caso, y como decíamos, nuestro Texto Constitucional no delinea un específico sistema matrimonial<sup>25</sup>, si

<sup>23</sup> SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 69.

<sup>24</sup> Por ejemplo, pueden verse, el art. 16 La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948, y el art. 23 del *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

<sup>25</sup> De hecho, y como ha señalado la generalidad de la doctrina, la característica básica del art. 32 de la Constitución española puede decirse que es la ambigüedad.

bien, apoyándonos en los datos aportados por el mismo, de modo resumido podemos afirmar la configuración del matrimonio como un derecho de la persona, garantizándose, al mismo tiempo, la igualdad jurídica del hombre y la mujer tanto en la posibilidad de acceso al matrimonio como en el estatuto jurídico del mismo. Se recaba la exclusiva jurisdicción del Estado en materia matrimonial, de modo que, en lógica concordancia con el principio de aconfesionalidad<sup>26</sup>, a él le compete todo lo relativo a la constitución del matrimonio, la sociedad conyugal y a su extinción. Extremo que, por otro lado, no impide que se otorgue relevancia jurídica a la celebración del matrimonio religioso, por lo que, en aras de garantizar el derecho de libertad religiosa y el derecho a la intimidad de creencias, nuestro ordenamiento ha optado por un sistema facultativo o electivo, excluyéndose así un sistema de matrimonio civil subsidiario, que supondría una directa vulneración de la prohibición constitucional de exigir a los ciudadanos declaraciones sobre su religión, y admitiéndose una pluralidad de modalidades matrimoniales.

Partiendo de esta última apreciación, una de las primeras cuestiones sometidas a debate, en el seno de nuestra doctrina científica, en torno al tema que nos ocupa es, precisamente, la interpretación y alcance que debía darse a la expresión constitucional “formas de matrimonio”. Cuestión que, además, se vio agravada debido a la distinta naturaleza y temporalidad de las diversas normas que componen nuestro sistema matrimonial, y a las que nos referiremos inmediatamente.

---

Ver, en este sentido, PABLO CONTRERAS, P. de, *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, Pamplona 1985, pp. 313 y 314, y la bibliografía allí citada.

<sup>26</sup> Según afirma nuestro Tribunal Constitucional el principio de aconfesionalidad impide que “los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos” STC 24/1982, de 13 de mayo, F.J. 1), lo que exige la secularización del matrimonio. (GARCÍA GARÁTE, A., *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*, o.c., p. 64)

Principalmente la polémica se ha centrado en determinar la calificación del sistema acogido por el ordenamiento español, es decir, si dicha expresión se refería sólo a la forma de celebración –civil o religiosa- del matrimonio, acogiéndose, por tanto, un sistema de matrimonio facultativo de tipo anglosajón; o por el contrario, debía interpretarse como tipos o clases de matrimonio, de manera que el Texto Constitucional estaría dando entrada en nuestro ordenamiento jurídico a los distintos matrimonios religiosos con su específica regulación confesional, adoptando de este modo un sistema facultativo de tipo latino.

La cuestión a dilucidar se centra, por tanto, en la regulación específica que del matrimonio religioso se hace en nuestro Derecho, esto es, en determinar el verdadero alcance del reconocimiento de los derechos colectivos en materia matrimonial por parte de nuestro ordenamiento; extremo que necesariamente nos lleva al análisis del conjunto de normas que desarrollan el sistema matrimonial español.

Como describíamos líneas más arriba, el constituyente encomendó al legislador ordinario el diseño de nuestro sistema matrimonial. Desarrollo que tuvo lugar, principalmente, a través de la Ley de 7 de julio de 1981 por la que se reforma el Título IV del Libro I del Código Civil, modificando la regulación del matrimonio, y estableciendo el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Y más recientemente, por las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que modifican diversos artículos del Código Civil.

En congruencia con la reserva de ley prevista constitucionalmente la normativa civil desarrolla en su integridad todo lo relativo a la constitución del vínculo, a su inscripción, al contenido, a la nulidad, disolución y separación, y a los efectos de estas situaciones de crisis conyugal. La regulación civil instaura definitivamente un sistema facultativo o electivo en cuanto a la forma; configurando, por tanto, y en cualquier caso, un régimen común para todos los españoles, cualquiera que hubiera sido la

forma de celebración<sup>27</sup>. Así, el art. 49 del Código Civil, admite la posibilidad de contraer matrimonio ante el Juez o funcionario determinado por el citado Código, u optar por contraerlo en la forma religiosa legalmente prevista. Del mismo modo se prevé, para los españoles, la posibilidad de contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma prevista por la ley del lugar de celebración. Y, seguidamente, el art. 50 del Código Civil permite, si ambos contrayentes son extranjeros, celebrar el matrimonio con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

Antes de la promulgación de la Constitución, el Estado español y la Santa Sede suscribieron, el 3 de enero de 1979, el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, en cuyo texto se aborda la cuestión matrimonial reconociéndose la eficacia civil del matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico, desde el momento de su celebración; añadiéndose, no obstante, que para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil. Inscripción que, como también se especifica en el mismo texto del Acuerdo, se practicará, en principio, por la simple presentación de la certificación eclesiástica ante el encargado del Registro Civil<sup>28</sup>.

Extremos que serán reproducidos con similares términos por nuestro Código Civil. Así, en el art. 60 de este último texto legal se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior; reconocimiento que se produce desde el momento de la celebración -como se

---

<sup>27</sup> Como señala el Prof. Souto “Los nuevos preceptos del Código Civil son aplicables a cualquier matrimonio “cualquiera que sea o haya sido la forma de su celebración”; por ello, los matrimonios contraídos con anterioridad, de acuerdo con un régimen matrimonial distinto y ajeno al estatal –por ejemplo, acogidos al sistema matrimonial canónico-, quedan sometidos al régimen común establecido por la nueva ley”. (SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 72).

<sup>28</sup> Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, art. VI.1

establece en el precepto siguiente-, si bien para los plenos efectos será necesaria la inscripción –continúa el art. 61-. Que según el art. 63 se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva. No obstante, se añade en el párrafo segundo del citado precepto, la posible denegación de la práctica del asiento cuando de la documentación presentada conste que el matrimonio no reúne los requisitos de validez exigidos por la legislación civil.

Llegados hasta aquí, no existe duda en torno al reconocimiento de efectos civiles del matrimonio canónico; sin embargo, la interpretación del alcance de la expresión “matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico” –expresión utilizada tanto por el Acuerdo como por el Código Civil-, sí ha sido objeto de una intensa discusión doctrinal; discusión que enlaza directamente, y como puede verse, con la cuestión que planteábamos al inicio de este punto.

Efectivamente, y como de nuevo señala el Prof. Souto<sup>29</sup>, las opiniones doctrinales que se generan en torno a dicha cuestión son fiel reflejo de la divergente interpretación del sistema matrimonial acogido por nuestra Constitución. De modo que para un determinado sector doctrinal nos encontramos ante una verdadera recepción del sistema matrimonial canónico en su conjunto, “entendiendo que se trata de un sistema no simplemente de reconocimiento de la forma del matrimonio canónico, sino más bien de un reconocimiento del matrimonio canónico en su configuración institucional”, con independencia de lo establecido en la legislación civil; lo que significa que cada matrimonio canónico es una “unidad jurídica negocial según las normas de Derecho Canónico”, produciendo efectos civiles desde el momento de su celebración.

Para otro sector doctrinal, sin embargo, la recepción se refiere únicamente a las normas formales del Derecho matrimonial Canónico, sin inclusión de las normas relativas a la capacidad, principalmente –como señalan los prof. Reina y

---

<sup>29</sup> SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. pp. 83- 84.

Martinell<sup>30</sup> - por dos razones: “*una* por la expresa asunción que hace la Constitución sobre que la ley regulará la edad y la capacidad, y *otra* por la desigualdad inconstitucional que supondría que unos súbditos, por el hecho de contraer canónicamente, estuvieran sujetos a unos criterios legales de capacidad distintos a los que correspondería a quienes contrajeran civilmente”. De este modo, y con base en el art. 63.2 –en el que, recordemos, se prevé la posibilidad de denegar la práctica del asiento-, se afirma que la fórmula recogida por el art. 60 puede calificarse como vacía de contenido, y que en modo alguno existen diferencias sustanciales respecto al tratamiento jurídico del matrimonio religioso canónico y de otras confesiones<sup>31</sup>; señalándose, de hecho, cómo la utilización de dicha terminología obedecía únicamente a la pretensión de adecuar y armonizar las disposiciones concordadas al nuevo sistema legal, manteniendo la expresión concordataria, y acaso, también, a que el resto de formas religiosas no tienen una regulación tan específica como la canónica<sup>32</sup>.

Junto a estas posturas, existe una tercera posición que, dada la dificultad de encuadrar el sistema matrimonial español en las clasificaciones tradicionales, postula lo que podría denominarse “un sistema mixto, a caballo entre el sistema anglosajón y latino”<sup>33</sup>.

A este respecto, señala el prof. García Gárate, como “la especial configuración del matrimonio canónico en nuestro

---

<sup>30</sup> REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 185.

<sup>31</sup> CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español*, Madrid 1990, pp. 31-34, en donde nuevamente se recogen los autores más representativos de la doctrina civilista que postulan esta tesis.

<sup>32</sup> SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 82; y, REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 208.

<sup>33</sup> Así se afirma por GARCÍA GÁRATE, A., *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*, o.c., p. 67. Del mismo modo, y más recientemente, mantiene esta postura ecléctica CAMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid 2002, pp. 56-63.

ordenamiento no permite calificarlo de matrimonio civil celebrado en forma religiosa. Sin embargo, tampoco afirmar su plena autonomía y singularidad frente al derecho civil, tanto en su dimensión sustantiva como procesal, puesto que su naturaleza canónica no le permite sustraerse a la regulación civil o a la plenitud de la jurisdicción estatal, bien sea en el enjuiciamiento de las causas matrimoniales, bien en el control de legalidad de sus sentencias y resoluciones”<sup>34</sup>.

Efectivamente, y coincidiendo con lo manifestado por la mayor parte de la doctrina, los arts. 63.2 y 80 del Código Civil son piezas fundamentales a la hora de calificar el sistema matrimonial vigente en nuestro ordenamiento y, del mismo modo, para determinar la posición del matrimonio canónico en la legislación civil<sup>35</sup>; cuestiones a las que nos referiremos inmediatamente.

En consonancia con lo señalado por el prof. De La Cámara<sup>36</sup>, puede decirse que nuestro Código Civil parte de la unidad del matrimonio, principio del que derivan una serie de efectos civiles que son comunes cualquiera que haya sido la forma de celebración, pudiendo decirse que son tres las diferentes formas de celebración que admite: la civil, la prevista por una confesión religiosa inscrita, y la resultante del matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico. Como puede verse, se trata de formas de contraer y no de clases, siendo ésta la tesis por la que se decanta la mayoría de nuestra doctrina, que afirma que el sistema asumido por nuestro Ordenamiento es el facultativo de tipo anglosajón<sup>37</sup>, y ésta es, además, la postura por la que parece decantarse nuestra jurisprudencia<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> GARCÍA GÁRATE, A., *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*, o.c., p. 67.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, CÁMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid 2002, p. 58.

<sup>36</sup> CÁMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid 2002, pp. 56-57.

<sup>37</sup> Ver en este sentido, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho

Pese a todo lo anterior, no puede negarse que el matrimonio canónico presenta ciertas singularidades en el entramado de nuestro sistema matrimonial, afirmándose, de hecho, por un determinado sector, y con base en la expresión utilizada tanto por el Acuerdo de Asuntos Jurídicos como por el Código Civil – *matrimonio según las normas del Derecho Canónico*–, que el mencionado matrimonio ocupa una posición especial<sup>39</sup>.

Recuerda, en este sentido, el prof. De La Cámara<sup>40</sup>, la clara distinción que el art. 60 del Código Civil establece entre el matrimonio canónico y el matrimonio religioso no católico, pues en relación al primero los efectos se producen por su celebración según las normas de Derecho Canónico, mientras que para el segundo supuesto, el legislador utiliza expresamente la expresión “formas religiosas”, vinculando la adquisición de efectos civiles a la celebración según dichas formas; subrayando la patente e indudable diferencia entre los términos “normas” y “formas”. Y, en esta misma línea, Navarro Valls advierte como la propia

---

Internacional Privado español”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, n° 110, mayo-agosto de 2004, pp. 425-477, concretamente p. 429, y la bibliografía allí citada.

<sup>38</sup> Concretamente, nos referimos a la interpretación que se viene haciendo por parte de nuestros tribunales de la cláusula de ajuste al derecho del Estado, y a la que nos referiremos posteriormente.

<sup>39</sup> Interpretación lógica –como se señala por el prof. De la Cámara– dada la vinculación del Estado español al texto concordatario en virtud del art. 96.1 de la Constitución española, y teniendo en cuenta que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los Tratados o según las normas de Derecho Internacional. (CÁMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, *op.cit.*, p. 57). Dice el art. 96.1 de la Constitución: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas, o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

<sup>40</sup> CÁMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid 2002, p. 57. En relación a este extremo ver CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español*, *op. cit.*, p. 31, en donde se recoge la doctrina civilista más representativa de esta tesis.

remisión que el art. 60 hace al art. 59 del cuerpo legal comentado al referirse a “cualquiera de las formas previstas en el artículo anterior” indica que el “matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico” es algo más que una simple forma de prestación del consentimiento matrimonial, ya que tal remisión se hace directamente para los matrimonios religiosos distintos del canónico. En este sentido –continúa el autor-, el matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico es, efectivamente, una forma posible de prestar el consentimiento matrimonial, si bien, al singularizarse frente a las restantes, inevitablemente nos lleva a pensar en una figura jurídica que en sus virtualidades civiles es observada de modo distinto al de un simple vehículo confesional de recepción formal del consentimiento<sup>41</sup>.

A este respecto, podemos traer a colación ciertas singularidades propias de la forma canónica que, *a priori*, son tenidas en cuenta por el ordenamiento civil, contrariamente a lo que ocurre con el matrimonio religioso distinto del católico en las formas previstas por el ordenamiento español. Nos referimos concretamente, y por ejemplo, a la celebración del matrimonio canónico en forma extraordinaria, esto es, ante dos testigos únicamente<sup>42</sup>, pues si bien existen autores que niegan dicha eficacia ya que consideran que no reúne los requisitos de validez civil, entendemos, junto con los profs. Reina y Martinell<sup>43</sup>, que dada la letra del Acuerdo, en donde no se ha puesto límite alguno, y dado que no se debe distinguir donde la ley no distingue, el matrimonio celebrado en forma canónicamente válida, sea ordinaria o extraordinaria, puede tener efectos civiles. Y la misma afirmación debe realizarse respecto del matrimonio celebrado por poder según las normas del Código de Derecho Canónico, ya que del mismo modo opera la remisión general a las normas

<sup>41</sup> Ver SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 80.

<sup>42</sup> El Derecho canónico admite, en casos excepcionales, el matrimonio celebrado sólo ante dos testigos. (C. 1116 Código de Derecho Canónico)

<sup>43</sup> REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, o.c., pp. 187-188.

canónicas de celebración y, en consecuencia, si el matrimonio cumple las condiciones civiles de fondo, deberá reconocerse eficacia civil, aunque no reúna los requisitos civiles propios de esta modalidad de celebración<sup>44</sup>. Extremo que, como decíamos, contrasta con la regulación prevista en los Acuerdos celebrados con confesiones distintas de la católica, caracterizada por los mínimos exigidos en orden a la eficacia civil del matrimonio celebrado según estas formas, y por la omisión de las peculiaridades propias de cada forma confesional<sup>45</sup>, como veremos posteriormente.

No obstante, y como señalábamos, estas singularidades que presenta el matrimonio canónico no significa afirmar su plena autonomía respecto al derecho civil, como se desprende claramente de los arts. 63.2 y 80 del Código Civil.

El art. 63 –recordemos– se refiere a la inscripción del matrimonio religioso<sup>46</sup>, ordenando la denegación de la práctica del asiento cuando de los documentos presentados conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen

---

<sup>44</sup> Según el Derecho Canónico, puede contraerse matrimonio por procurador, requiriéndose un mandato especial para contraer con persona determinada, y que el mandante haya designado al procurador y éste desempeñe personalmente esa función; el mandato debe hacerse por escrito y ha de firmarse por el mandante y, además, por el párroco o el Ordinario del lugar donde se da el mandato, o por un sacerdote delegado por uno de ellos, o al menos por dos testigos; o que se haga mediante documento auténtico a tenor del Derecho civil. (C. 1105 del Código de Derecho Canónico). Por su parte, el art. 55 del Código Civil, contempla la posibilidad de autorizar en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito del Juez o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, que según el art. 1280. 5 del mismo cuerpo legal es un poder especial que debe autorizarse notarialmente en escritura pública, y en el que se determinará la persona con la que se celebrará el matrimonio.

<sup>45</sup> Ver SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 92.

<sup>46</sup> Dice el art. 63.1 del CC.: “La inscripción del matrimonio religioso celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil”.

en la legislación civil. Se trata, como puede verse, de una cláusula de revisión, mediante la que se garantiza la operatividad de la legislación civil sustantiva en lo referente a la válida constitución del vínculo matrimonial, también, como se afirma por la generalidad de la doctrina<sup>47</sup>, en el caso del matrimonio canónico.

Control que, a nuestro juicio, no implica la negación de esa especificidad del matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico, pues, como se ha manifestado por distintos autores, significa que el Estado persigue, para otorgar efectos civiles al matrimonio canónico, que no se prescinda de su Derecho. O, en otros términos, supone que el matrimonio canónico para surtir efectos civiles ha de celebrarse, en principio, cumpliendo las exigencias del Derecho Canónico, pero junto a ellas, debe cumplir los requisitos del matrimonio estatal, para ser, en definitiva, eficaz civilmente; lo que es muy distinto a afirmar que dicho matrimonio está sometido únicamente al Derecho del Estado<sup>48</sup>.

Junto al precepto que acabamos de comentar, el art. 80 se presenta también como clave fundamental para definir la posición del matrimonio canónico en nuestro ordenamiento. Según dicho precepto “las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las

---

<sup>47</sup> CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español, o.c.*, p. 35-40. Ciertamente han existido voces contrarias que han negado la posible aplicación del mencionado precepto al matrimonio canónico, e incluso que han manifestado su abierta contradicción con los términos del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (PABLO CONTRERAS, P. de, *Constitución democrática y pluralismo matrimonial, o.c.*, p. 155, y concretamente la bibliografía allí citada), sin embargo, hoy, la aplicabilidad del párrafo segundo del art. 63 al matrimonio canónico es la opinión ampliamente mayoritaria, sosteniéndose incluso por quienes defienden la consideración del matrimonio canónico como clase en nuestro actual sistema matrimonial.

<sup>48</sup> CARRIÓN OLMOS, S., *El sistema matrimonial español, o.c.*, p. 37. También, CÁMARA, M. de la, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil, op.cit.*, pp. 57-58.

partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Este precepto trae su causa en el art. VI.2 del Acuerdo de Asuntos Jurídicos de 1979, según el cual “los contrayentes a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho de Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente”.

Lo establecido en dichos preceptos no implica que el Estado renuncie a parte de su jurisdicción y establezca una reserva jurisdiccional en favor de la Iglesia. Se trata simplemente que la Iglesia puede ejercer libremente su jurisdicción, sin limitación alguna para el Estado, pues a él corresponde, en todo caso, el conocimiento exclusivo de las causas matrimoniales; extremo que, por otro lado, no es incompatible con la libre sumisión, a efectos civiles, de las partes interesadas a órganos extrajurisdiccionales, como los eclesiásticos<sup>49</sup>.

Por otro lado, y como se deduce de la lectura de los mencionados preceptos, únicamente las resoluciones en materia matrimonial de los Tribunales eclesiásticos pueden acceder al reconocimiento de eficacia civil en el Ordenamiento español; y no todas, pues quedan excluidas las resoluciones de separación y de disolución del matrimonio por aplicación del privilegio paulino y petrino. De modo que sólo podrán acceder al reconocimiento de efectos civiles las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial y las dispensas pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, y siempre que se declaren ajustadas al Derecho español; siendo, precisamente, esta declaración, la

---

<sup>49</sup> Ver SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 85.

cuestión clave en el tema que nos ocupa, y uno de los aspectos más problemáticos de nuestro sistema matrimonial español<sup>50</sup>.

Dicho esto, las distintas interpretaciones que se han dado, en torno a la citada cláusula, pueden agruparse en tres grandes corrientes<sup>51</sup>:

Una primera que interpreta el ajuste como un mero control formal del contenido de la resolución eclesiástica, sin que el juez pueda llevar a cabo una revisión material del contenido de la resolución. Se trataría de un simple control de legalidad, de un mero proceso de verificación de los requisitos descritos en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>52</sup>, previo a la ejecución. Hipótesis que ha sido rechazada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional, sobre la base de los principios de laicidad, y de unidad y exclusividad jurisdiccional<sup>53</sup>, y por un determinado sector doctrinal al entender que dicha tesis

---

<sup>50</sup> En relación a esta cuestión nos ofrece un exhaustivo estudio PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los Tribunales eclesiásticos en el Derecho español. La cuestión del ajuste al orden público constitucional*, Valencia 2006. Obra en la que nos basamos para el desarrollo de este extremo, principalmente, pp. 110-277.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 274-275, páginas en las que nos apoyamos para la descripción de las tres corrientes.

<sup>52</sup> Según el art. 954 de la LEC, que se mantiene en vigor según la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: "las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: a) Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; b) Que no haya sido dictada en rebeldía; c) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España; d) Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España".

<sup>53</sup> Concretamente, y como señala en el FJ 2 de su sentencia 66/1982, de 12 de noviembre, el principio de aconfesionalidad, que es el que informa la valoración estatal de las creencias de los ciudadanos, determina que no puede otorgarse de manera automática efectos civiles a las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos.

dejaría sin contenido la exigencia de que la resolución canónica se ajuste al Derecho del Estado<sup>54</sup>.

En segundo lugar, destaca un sector doctrinal que considera también la cláusula pacticia como ajuste de las resoluciones canónicas a las condiciones exigidas por el art. 954 de la LEC, interpretando el ajuste como un auténtico *exequátur*; si bien, diferenciándose de la primera corriente señalada, este sector sí es partidario de un cierto grado de control material sobre el contenido de la decisión en concreto.

En este sentido, según este sector y desde el punto de vista formal, el juez estatal deberá comprobar que se trata de una sentencia definitiva según las prescripciones del Código de Derecho Canónico, y que no ha sido dictada ante la ausencia involuntaria del demandado. Del mismo modo, para un determinado grupo de autores, el juez civil deberá, también, examinar la competencia del Tribunal eclesiástico que dictó la resolución canónica.

Por otro lado, y desde la perspectiva material, la cláusula de ajuste se interpreta como adecuación del contenido de la resolución al orden público interno, lo que no significa –se afirma por esta corriente– una nueva revisión en sede civil del fondo de la sentencia. No obstante, es obvio que uno de los mayores obstáculos de esta corriente consiste en la determinación del orden público español. Así, algunos autores entienden que esta limitación significa que el juez civil debe entrar a examinar el contenido de la decisión eclesiástica, pero no en lo relativo a la nulidad o disolución–el efecto principal–, efecto desvinculatorio que siempre es lícito en el Ordenamiento español, sino respecto a los efectos secundarios de la misma, donde existe plena autonomía estatal<sup>55</sup>; para otros autores, sin embargo, la

<sup>54</sup> CÁMARA, M. de la, El sistema legal del matrimonio en el Código Civil, op.cit., p. 204.

<sup>55</sup> Ciertamente, como señalan Reina y Martinell “junto al efecto principal, las resoluciones canónicas suelen o pueden incluir otras disposiciones de carácter secundario, que van desde prohibiciones más o menos amplias de contraer

adecuación al orden público comporta que el contenido de la decisión eclesiástica no sea manifiestamente contrario a los valores que definen a España como Estado Social y Democrático de Derecho<sup>56</sup>.

En último lugar, un tercer sector doctrinal defiende la concepción del ajuste como una revisión de fondo de la resolución eclesiástica, de modo que sólo podrán declararse ajustadas al Derecho del Estado aquellas resoluciones basadas en causas de nulidad o de disolución del matrimonio rato y no consumado que, al mismo tiempo, den lugar a la nulidad o disolución mediante el divorcio. Afirmándose, además, por este sector, la imposibilidad de homologar en sede civil la decisión eclesiástica cuando se ha dado la oposición de uno de los cónyuges.

---

ulteriores nupcias (impotencia, exclusión de los elementos esenciales del matrimonio canónico, etc.) hasta determinaciones en torno a las relaciones paternofiliales (guarda y custodia de hijos, ejercicio de la patria potestad, educación católica, etc.), sin olvidar la posibilidad –más rara en la *praxis* canónica- de que se pronuncien sobre la mala fe de alguno de los contrayentes en relación a la invalidez del pacto conyugal”. Y –como continúan explicando los citados autores- dichos efectos pueden ser pretendidos por cualquiera de las partes a la hora de ejecutar civilmente la resolución; siendo en este punto donde la jurisdicción civil, con plena autonomía, deberá determinar si la resolución se ajusta al Derecho del Estado, pudiendo modificar el contenido de dichos efectos secundarios. (REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, *op. cit.*, p. 200).

<sup>56</sup> No existe sin embargo una opinión unánime en torno a qué sentencias no son lícitas en España. Así, a modo de ejemplo, para algunos autores este desajuste tendría lugar cuando se trata de una sentencia dictada a causa de la existencia de un impedimento canónico dispensado en sede civil; en cambio, para otros, no podrán ser objeto de reconocimiento las sentencias basadas en causas de naturaleza estrictamente confesional, o en la exclusión de cualquiera de los bienes del matrimonio canónico, o en una condición propia de hecho de futuro. (Ver. PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los Tribunales eclesiásticos en el Derecho español.o.c.*, pp. 124-125, donde el autor recoge las distintas interpretaciones).

Nuestro Tribunal Supremo<sup>57</sup>, por su parte, afirma en sus últimas decisiones la imposibilidad de otorgar automáticamente el reconocimiento de eficacia civil a estas resoluciones, interpretando la declaración de ajuste como adecuación del contenido de las mismas a las condiciones requeridas por el art. 954 de la LEC. Y en esta dirección, se refiere a dos cuestiones expresamente: a la significación de orden público interno, y a la interpretación de la noción de rebeldía.

Así, el primer extremo comporta, a juicio del citado Tribunal, la necesidad de que el juez civil se cerciore de que tales resoluciones no se opongan a los principios constitucionales y a los principios rectores del matrimonio según nuestro Derecho interno.

Cuestión distinta es el segundo requisito, referido a la exigencia de que la decisión canónica no haya sido dictada en rebeldía, pues encontramos dos tesis contrapuestas en el seno de nuestro Tribunal. Así, en unas ocasiones, se ha interpretado en el sentido y con el alcance de la noción del que ha sido declarado ausente del procedimiento, de modo que las decisiones dictadas por los Tribunales eclesiásticos no pueden adquirir efectos civiles si la ausencia de alguno de los contrayentes se debe: bien a circunstancias ajenas a su voluntad, como consecuencia inmediata del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24 de la Constitución española; o bien, si voluntariamente decidió no comparecer ante la sede del Tribunal eclesiástico por

---

<sup>57</sup> En relación a esta cuestión ha sido el Tribunal Supremo quien más se ha pronunciado, y es por ello la doctrina que desarrollamos. No obstante, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera incidental en alguna ocasión, coincidiendo su actual doctrina con la tesis mantenida por el Tribunal Supremo. Brevemente, a juicio del Constitucional, el principio de laicidad y los derechos y libertades fundamentales consagrados en los arts. 14 a 29 de nuestra Constitución impiden la homologación automática de estas resoluciones; por lo que, desde un punto de vista formal, considera que sólo pueden ser homologadas civilmente las sentencias que reúnan las exigencias previstas en el art. 954 de la LEC, y siempre que ninguno de los cónyuges se oponga a dicho reconocimiento. (*Ibidem*, pp. 260-268)

razón de sus convicciones religiosas o ideológicas, o debido a su discrepancia con la parte dispositiva de la sentencia, pues, en virtud de los principios de libertad de creencias y de laicidad del Estado consagrados en el art. 16 del mismo Texto constitucional, no puede obligarse a nadie a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico<sup>58</sup>. Sin embargo, en otras ocasiones se ha manifestado en un sentido totalmente contrario, distinguiendo entre rebeldía voluntaria e involuntaria, y afirmando que la única rebeldía que constituye un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia se refiere “específicamente a los casos en que la falta de presencia del demandado es involuntaria, por no haber sido debidamente citado y emplazado con arreglo a las normas que regulan el proceso, o por haberlo sido de manera irregular o con tiempo insuficiente para preparar su defensa”<sup>59</sup>.

Con todo, puede decirse que los requisitos que debe valorar el juez estatal para declarar ajustada a derecho la resolución eclesiástica, según la tendencia actual, son los establecidos en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que resumidamente<sup>60</sup> podemos describir en los siguientes términos:

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp.268-274.

<sup>59</sup> STS (Sala de lo civil, Sección 1ª), nº 1084/2007 de 24 de octubre, F.J. 3 A) En esta dirección, se entiende por el citado Tribunal que el derecho de libertad religiosa no resulta por sí sólo suficiente para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de deberes legales, por motivos de conciencia. Sin olvidar que el mencionado derecho no es un derecho absoluto, siendo uno de sus límites el respeto y protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, entre los que figura el derecho a la tutela judicial efectiva, inherente, en este caso, al reconocimiento de la eficacia de las sentencias eclesiásticas, teniendo en cuenta, además, que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales, entre los cuales figura la jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos (*Ibidem*, F.J. 3 D).

<sup>60</sup> Seguimos en este punto el esquema presentado por el prof. Souto principalmente, SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. p. 223. Además de la citada obra de PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los Tribunales eclesiásticos en el Derecho español*, o.c., pp. 275-276.

a) En primer lugar se exige la necesidad de que se trate de una resolución firme, consecuencia del ejercicio de una acción personal, y que sea auténtica, es decir, que el documento sea veraz y no falso.

b) En segundo lugar, la adecuación de la resolución, en su contenido, al Derecho del Estado, al orden público constitucional español.

c) Y, en tercer lugar, se requiere que la decisión canónica no haya sido dictada en rebeldía. Aspecto que, como venimos señalando, mantiene dividida a la jurisprudencia, defendiéndose por un cierto sector un sentido amplio, de dicha exigencia, al incluirse la denominada rebeldía voluntaria; mientras que otro sector se muestra partidario de un sentido restrictivo, en el que sólo se admite la involuntaria.

Llegados hasta aquí, y enlazando con la cuestión que planteábamos al inicio acerca de la consideración del matrimonio canónico por la legislación civil, puede decirse que la fórmula contenida en el Acuerdo, y reproducida por el Código Civil vuelve a poner de manifiesto la irrenunciable jurisdicción estatal, y del mismo modo que ocurría con el reconocimiento de los plenos efectos civiles del matrimonio canónico, las resoluciones canónicas de disolución de matrimonio rato y no consumado y de nulidad matrimonial quedan sujetas al control estatal, volviéndose a tener en cuenta, en suma, y de modo decisivo, el Derecho estatal. Sin embargo, al mismo tiempo dicha remisión a la jurisdicción eclesiástica supone, nuevamente, otorgar cierta consideración al matrimonio canónico, singularidad que parece característica de nuestro sistema matrimonial<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Señalan Reina y Martinell como lo más específico de nuestro sistema matrimonial es su configuración fundamentalmente formal con connotaciones jurisdiccionales eclesiásticas; aspecto, por otro lado, que se erige en fuente de discusión doctrinal y de inseguridad. (REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 202).

Afirmaciones, estas últimas, que en cierto modo se confirman al analizar la regulación prevista por nuestro ordenamiento para el matrimonio religioso en forma evangélica, judía y musulmana.

El art. 59 de nuestro Código Civil, desarrollando el art. 2 b) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980<sup>62</sup>, contempla la posibilidad de prestar el consentimiento “en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”. Previsión que hasta el momento se ha canalizado a través de la celebración de acuerdos -en los términos previstos por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa<sup>63</sup>-, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la Comisión Islámica de España (CIE), y con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI)<sup>64</sup>.

Centrándonos en estos últimos supuestos, se trata de tres Acuerdos de contenido prácticamente equivalente; y, también, por tanto, en el régimen previsto en materia matrimonial. Dos son las características más significativas que presenta la citada

---

<sup>62</sup> Precepto que recoge como una de las manifestaciones del derecho de libertad religiosa, el derecho a celebrar ritos matrimoniales. Hay que decir, no obstante, que si bien el reconocimiento de dicha manifestación no implica la exigencia de que a esos ritos se les atribuya eficacia civil, el Estado laico puede, efectivamente, y como hemos visto, otorgar cierta relevancia jurídica a normas confesionales, optimizando de este modo la realización del derecho de libertad de conciencia; y en esta línea, el Derecho español ha otorgado eficacia jurídica a las normas confesionales de celebración del matrimonio, sin que en ningún caso pueda hablarse de una recepción completa de los ordenamientos jurídicos confesionales. (FERNÁNDEZ CORANADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, 2009, [pp. 125-156], pp. 133-134).

<sup>63</sup> Según el art. 7 LOLR: “El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”.

<sup>64</sup> Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992.

regulación<sup>65</sup>: en primer lugar, “la uniformidad normativa, evitando las peculiaridades o singularidades que pudiera ofrecer la concepción del matrimonio según las respectivas confesiones”; y, en segundo lugar, “la imposición de los requisitos esenciales de la forma civil, incorporándolos al marco de la forma religiosa propiamente dicha”.

En este sentido, y deteniéndonos algo más en este aspecto, por lo que respecta a los matrimonios evangélicos, éstos carecen de forma matrimonial religiosa. Concretamente, para las Iglesias protestantes el matrimonio es una cuestión secular, que pertenece a la competencia del Estado<sup>66</sup>. Buena muestra de ello es la propia terminología utilizada por los Acuerdos, pues a diferencia de los suscritos con los israelitas y con los islámicos en los que se hace alusión explícita a la “normativa formal israelita” y a la “forma religiosa establecida en la Ley Islámica”, en el Acuerdo con la FEREDE no hay referencia alguna a una forma matrimonial religiosa, si no que únicamente se alude al matrimonio celebrado ante ministros de culto de las Iglesias evangélicas<sup>67</sup>.

En el caso del matrimonio judío, el Derecho hebreo distingue dos momentos sucesivos en cuanto a la forma de celebración: los esponsales (*kiddushin*) y la celebración propia del matrimonio (*nissuin*) con la particularidad de que ésta no será válida si no ha sido precedida de la ceremonia de los esponsales. En la actualidad existe la costumbre de unir estos dos momentos en una única ceremonia. Y una vez celebrados se procede a la lectura del contrato matrimonial (*Ketubah*), previamente estipulado, ante el rabino, y en el que se contiene lo relativo a la

---

<sup>65</sup> Seguimos en este punto la exposición presentada por SOUTO PAZ, J.A., *Derecho matrimonial*, o.c. pp. 91-94.

<sup>66</sup> OLMOS ORTEGA, M<sup>a</sup> E., “El matrimonio y la familia de los miembros de las minorías religiosas en la comunidad valenciana”, en JORDÁN VILLACAMPA, M. L., (Dir.), *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia 2003, p. 212.

<sup>67</sup> REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho Matrimonial*, op. cit., p. 243.

dote, así como todo lo referente a las relaciones patrimoniales y hereditarias entre los cónyuges. En cualquier caso, para la validez del rito nupcial se requiere la presencia del rabino y dos testigos<sup>68</sup>.

Por último, para el Derecho islámico el matrimonio es un contrato que permite a las partes disfrutar legalmente la una de la otra; y consiste, concretamente, en la entrega de una dote a la mujer y en proporcionar su mantenimiento, recibiendo como contraprestación, el varón, el derecho a mantener con ella, lícitamente, relaciones íntimas. La celebración válida del contrato matrimonial requiere que se emita el consentimiento de las partes, a través de la oferta (*ijab*) y la aceptación (*quabul*) que deben otorgarla y expresarla el propio contrayente y el tutor matrimonial de la mujer (walí), sin necesitar la asistencia obligatoria de la autoridad civil o religiosa. Si bien, es necesario que dicho contrato se celebre ante dos testigos, que deben encontrarse presentes con el fin de asegurar publicidad al contrato<sup>69</sup>.

No obstante estas peculiaridades, propias del matrimonio de cada confesión, la regulación acordada se caracteriza, decíamos, por la uniformidad y supresión de las mismas.

Atendiendo al art. 7 de los respectivos Acuerdos, firmados en 1992, por el Estado español y las Federaciones y Comisiones citadas, una de las principales diferencias, respecto al régimen suscrito con la Iglesia Católica, viene constituida por la exigencia de la realización de un expediente de capacidad matrimonial ante el encargado del Registro Civil, previo a la celebración del matrimonio religioso, y con una validez de 6 meses.

---

<sup>68</sup>GARCÍA GÁRATE, A., El matrimonio religioso en el Derecho Civil. o.c., p. 151.

<sup>69</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, en RODRÍGUEZ BENOT, A., (Dir.) *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Madrid 2002, pp. 168-173.

Ésta ha sido, ciertamente, la fórmula asumida por las distintas confesiones acatólicas que han suscrito Acuerdos con el Estado, a excepción de los islámicos, para quienes este requisito es opcional, pudiendo acceder directamente a la celebración del matrimonio, y posteriormente, para proceder a la inscripción del mismo, acreditar su capacidad matrimonial mediante certificación.

Por otro lado, y como señalábamos, a diferencia del matrimonio canónico, es característico en el caso del matrimonio religioso acatólico, la omisión de las peculiaridades propias de cada matrimonio confesional; omisión que culmina con la imposición de los requisitos de la forma civil para reconocer la validez y eficacia civil de dicho matrimonio. De este modo, para la validez del matrimonio es necesario inexcusablemente el cumplimiento de los requisitos de forma civiles, esto es, que el consentimiento se preste ante el ministro de culto oficiante y, al menos, dos testigos mayores de edad. Estableciéndose, igualmente, la necesidad de su inscripción para el pleno reconocimiento de los efectos.

Finalmente, en caso de crisis conyugal, encontramos, igualmente, una diferente regulación respecto a la prevista para el matrimonio canónico, ya que la legislación aplicable en materia de nulidad, separación y divorcio, en el caso del matrimonio acatólico, es la civil, careciendo de valor jurídico en el ámbito estatal las decisiones de las confesiones religiosas en esta materia, como así se desprende de la redacción de los Acuerdos suscritos, en los que no existe cláusula alguna de reconocimiento, semejante a la establecida para las sentencias de nulidad y para las dispensas de matrimonio rato y no consumado dictadas por Tribunales eclesiásticos<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> En el caso de los protestantes es evidente la ausencia de Tribunales Eclesiásticos en esta materia dada la concepción del matrimonio en el mundo evangélico, pero tampoco nuestro Ordenamiento prevé esta posibilidad en el caso de judíos y musulmanes, pese a la existencia de Tribunales rabínicos o cheránicos

### 3. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COLECTIVOS

El concepto de orden público ha sido objeto de muy variadas interpretaciones, aunque dos son las posiciones preeminentes a este respecto: a) La concepción metajurídica, que entiende el orden público como conjunto de reglas no escritas, cuya observancia, de acuerdo con las concepciones ético-morales del momento, se consideran como condición de una convivencia próspera para la comunidad; b) la que basa el orden público sobre un fundamento legal positivo y, desde esta concepción, la que lo sitúa, concretamente, en el orden constitucional<sup>71</sup>. Es esta última postura la que, desde luego, parece más acorde con un Estado constitucional. El orden público se integraría, en consecuencia, por el conjunto de valores éticos y sociales que se encuentran juridificados en el marco de la Constitución<sup>72</sup>.

A nuestro juicio, el único problema que puede llegar a plantear el reconocimiento de efectos civiles a formas de celebración del matrimonio, sea su origen étnico, filosófico, ideológico o religioso, es que comprendan actuaciones que sean contrarias al orden público, -en la mayoría de los casos, en la práctica, por vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo o por contravenir el principio de libertad consensual matrimonial- porque, como ha apuntado Martinell, entonces habrá que elegir entre la tutela de la supuesta libertad individual y de los grupos en que las personas se integran, y los valores dominantes en la sociedad democrática, consagrados constitucionalmente<sup>73</sup>, es decir, optar, en definitiva,

---

(Ver, PÉREZ MADRID, F., *Inmigración y Libertad religiosa. Un estudio desde la Ley de extranjería*, Madrid 2004, pp. 150-151).

<sup>71</sup> ELÓSEGUI, M., *Derechos humanos y pluralismo cultural*, Madrid, 2009, pp.31-33.

<sup>72</sup> POLO SABAU, J. R., *Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias*, o.c., p.87

<sup>73</sup> MARTINELL, J. M., "Matrimonio y Libertad de conciencia", *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm.0, diciembre 2000, pp.73-106, p.81.

por un comunitarismo de signo no liberal, que desde luego, no tiene cabida en nuestro sistema jurídico.

### **3.1. LIBERTAD CONSENSUAL: LOS MATRIMONIOS FORZADOS**

La práctica denominada “matrimonio forzado” constituye el ejemplo más paradigmático de ausencia de libertad consensual. Aunque se suele manifestar en un contexto discriminatorio en cuanto afecta a la mujer en mayor medida que al hombre, no es exclusiva de aquélla. Por ello, creemos más oportuno dedicar un apartado específico al análisis de los supuestos en los que se priva a los cónyuges de libertad consensual y tratar de forma diferenciada otras prácticas matrimoniales que vulneran el principio de no discriminación por razón de sexo.

La Organización de Naciones Unidas ha instado en numerosas ocasiones y, a través de diversos instrumentos internacionales, a garantizar el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes<sup>74</sup>. Desde esta instancia, se ha precisado que el matrimonio forzado es aquél “en el cual falta el libre y válido consentimiento de por lo menos uno de los contrayentes. En su forma más extrema, el matrimonio forzado puede entrañar un comportamiento amenazador, rapto, encarcelamiento, violencia física, violación, y, en algunos casos, homicidio”<sup>75</sup>. Se ha constatado también que la motivación para provocar el matrimonio forzado obedece a causas diversas: “matrimonios para saldar deudas (Afganistán); para cobrar una dote (Tanzania); para promover intereses culturales y económicos, como sucede con los matrimonios forzados iniciados por terratenientes o dirigentes locales, cuyas decisiones invalidan las de las mujeres o

---

<sup>74</sup> DUDH, PIDCP, Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1964); Plataforma de Acción de Beijing (1995), Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los Derechos del Niño, etc.

<sup>75</sup> A/61/122/Add.1, párr.122.

niñas y sus padres (Afganistán); para lograr controlar la vida de una hija enviándola a países de origen con el fin de casarle con un hombre de dicho país (Reino Unido, Estados Unidos, Francia, Austria o Suiza); el matrimonio de niñas con extranjeros para que éstos obtengan un permiso de residencia (Reino Unido, Alemania); para denotar una cierta categoría, por ejemplo a través de la riqueza de la esposa (Kenya); como herencia, cuando una viuda es obligada a casarse con el hermano de su difunto marido, o cuando un viudo contrae matrimonio con la hermana menor de su difunta esposa, sin su consentimiento (África); en el caso de las *trokosi* o el sistema *devadasi*, el matrimonio en que se obliga a las muchachas a casarse con un dios local, representado por un sacerdote (Ghana e India); el matrimonio tras un secuestro o raptó (Afganistán, Ghana y Serbia, entre los romaníes); el matrimonio con cualquier hombre dispuesto, a menudo discapacitado o de clase baja, de una muchacha que se ha quedado embarazada mientras vivía con un pariente varón (Kenya); el matrimonio para “proteger” la virginidad de una muchacha y combatir la promiscuidad (Kenya); como compensación cuando un miembro de un clan ha matado a un miembro de otro (Afganistán); para aliviar la pobreza, y como beneficio económico (Zambia), y para facilitar la mutilación genital femenina (Etiopía)”<sup>76</sup>.

La Constitución española proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y la garantiza y promueve mediante el reconocimiento de las libertades consagradas en su Título I. Y, como hemos visto anteriormente, la libertad consensual se erige como uno de los pilares básicos del sistema matrimonial español, no sólo a través de su reconocimiento constitucional, si no también mediante la oportuna protección penal.

En España si bien no existe una disposición concreta que tipifique como delito “el matrimonio forzado”, un acto de este

---

<sup>76</sup> Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda (A/HRC/4/23, 24 de enero de 2007), p.11.

tipo puede estar sujeto a acción penal en relación con otros delitos conexos: delitos contra la libertad: detenciones ilegales (art.163 CP) y secuestros (art.164 y siguientes del CP); amenazas (arts.169 y siguientes del CP); coacciones (art.172 CP). Torturas y otros delitos contra la integridad moral (art.173 CP). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: agresiones sexuales o abusos sexuales (arts 178 y 181 CP). Se trata, en definitiva, de un claro atentado contra el orden público español, puesto que la libertad, y, en su caso, la libertad consensual matrimonial constituye, sin duda alguna, un elemento esencial del orden público, que no puede ser vulnerado en aras de preservar la identidad de determinados grupos culturales o ideológicos que persisten en el uso de de este tipo de prácticas.

La Generalitat de Cataluña, dentro del programa de Seguridad contra la Violencia machista, elaboró un Informe en 2009 sobre los matrimonios forzados tras constatar la presencia de esta práctica en su ámbito territorial, con el objetivo de prevenir y proteger a las posibles víctimas de los mismos. Y, entre otras medidas, en él se recomienda acometer una reforma penal que tipifique como delito esta práctica, al igual que se ha hecho en otros países europeos como el Reino Unido (2007)<sup>77</sup>, Bélgica, Alemania, Noruega o Austria.

## **3.2. PRÁCTICAS MATRIMONIALES DISCRIMINATORIAS POR RAZÓN DE SEXO**

### **3.2.1. LA POLIGAMIA ISLÁMICA**

Uno de los aspectos más conflictivos del matrimonio islámico y que más contrasta con los principios y valores de los países occidentales es la poligamia<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Forced Marriage (Civil Protection), Act 2007, 26 de julio de 2007.

<sup>78</sup> Otro de los puntos de conflicto es el repudio, que puede describirse como un acto unilateral del marido cuyo efecto es la disolución del matrimonio. En cualquier caso, es necesario señalar que aunque se trata de elementos obligatorios para el matrimonio islámico, su inclusión en el mismo es facultativa. Se trata de

La concepción islámica del matrimonio se sustenta en la *Sharia'h* o derecho sagrado, que significa el “camino trillado”, y cuya base principal es el Corán<sup>79</sup>. Pudiendo señalarse que nos

---

requisitos que dependen exclusivamente de la voluntad de las partes, fundamentalmente del varón; por lo que es perfectamente lícito que los cónyuges prescindan de ellos, en ejercicio de su libertad de conciencia, permitida por su creencia en relación a estos contenidos, y beneficiarse, de este modo, del derecho especial favorable que significa el acuerdo en materia matrimonial. “No son requisitos *ad valitatem* para el nacimiento y eficacia del vínculo en el Derecho islámico, que es jurídicamente perfecto sin su concurrencia. Sólo si se introducen, devienen en obligatorios para el acto matrimonial”. (FERNÁNDEZ-CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, [pp.125-156], p. 141). Trabajo en el que nos basamos para el desarrollo de este extremo junto con los que, sin ánimo exhaustivo, citamos a continuación: BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho Internacional Privado español”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, nº 110, mayo-agosto de 2004, pp. 425-477; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La situación de la mujer en el matrimonio multicultural: la práctica española y europea”, en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-486s.pdf>, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; GIMÉNEZ COSTA, A., “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al Derecho español”, en LASARTE ÁLVAREZ, C., y otros (Coord.) *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Madrid 2004; LABACA ZABALA, M. L., “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, en *Cartapacio de Derecho*, vol. 14, 2008, p. 33-34. [www.cartapacio.edu.ar](http://www.cartapacio.edu.ar); MORENO ANTÓN, M., “El matrimonio islámico ante el Derecho español”, en AAVV, *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional del Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad del País Vasco 2001, pp. 619-630; MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid 2002; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, en AAVV, *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado, o.c.*, pp. 745-760.

<sup>79</sup> Concretamente, la *Sharia'h* -en donde se recoge todo lo que los musulmanes deben hacer o abstenerse de hacer, abarcando todos los aspectos de la vida musulmana: la política, la actividad religiosa, la vida social y familiar, la vida pública y privada, la economía, y el pensamiento- se ha construido sobre cuatro pilares: el Corán –como ya hemos dicho-, que contiene reglas generales y sentencias del Profeta; la *Sunna* que es la práctica de Mahoma, esto es, lo que la

encontramos ante una concepción radicalmente opuesta y distinta a la asumida por el Derecho occidental pues parte de la inferioridad de la mujer con respecto al varón<sup>80</sup>; siendo una de las principales manifestaciones de esta distinta posición el matrimonio polígamo, que el Derecho islámico permite al varón – a diferencia de lo que ocurre con la mujer, para quien el matrimonio es monogámico-, quien puede tener hasta cuatro esposas, siempre que pueda sostener económicamente a todas ellas<sup>81</sup>.

Cierto es que se trata de una posibilidad no obligada por la *Sharia*<sup>82</sup>, y que existe una cierta tendencia a su limitación o, incluso, prohibición en las leyes sobre Derecho de Familia de algunos Estados musulmanes<sup>83</sup>.

No obstante lo dicho, se trata de una práctica permitida en la mayor parte de países islámicos; y de una práctica que contraviene los principios y valores que conforman nuestra legislación. Como señala la prof. Fernández Coronado<sup>84</sup> “la

---

tradicción dice que hizo y dijo; la *Idjmà*, que es la opinión de los estudiosos del Derecho Islámico; y, por último, el *Qiyas*, que es el razonamiento lógico o la analogía que realizan los abogados, al que se une la *ijtihàd*, que es la interpretación del Derecho islámico. (RODRÍGUEZ BENOT, A., *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 165-166).

<sup>80</sup> En el versículo 228 de la Sura 2 se dice: “Los hombres son superiores a las mujeres, porque Dios les ha otorgado la preeminencia sobre ellas”.

<sup>81</sup> Leemos en la Sura 4, versículo 3: “No desposéis más de dos, tres o cuatro, y escoged aquellas que os hayan gustado. Si no las podéis sostener con decoro y equidad, no toméis más que una o limitaos a vuestras esclavas. Tal conducta, que es la sensata os facilitará los medios de ser justos y de dotar a vuestras mujeres”.

<sup>82</sup> Ver nota 80

<sup>83</sup> Así Túnez y Turquía han prohibido expresamente la poligamia. Y en otros países se establecen restricciones a la misma como, por ejemplo, en el caso de Marruecos, cuyo nuevo Código de Familia de 2004, en su art. 35.2, obliga al marido a guardar la igualdad entre las mujeres, y, en su art. 30.1, a informar a la esposa presente del hecho del matrimonio y a la futura de su situación de casado.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ-CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 143-144. Seguimos a la autora para el desarrollo de este extremo.

poligamia comporta un rechazo del ordenamiento contra dos de sus componentes que son contrarios a la concepción matrimonial derivada del contexto constitucional, pues chocan directamente contra el orden público interno e internacional”.

Efectivamente, y aunque, en principio, el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge el derecho a contraer matrimonio conforme a la ley nacional, e igualmente el art. 9.2 de nuestro Código Civil establece que la ley personal, determinada por la nacionalidad, regirá la capacidad y el estado civil, y si es común a ambos cónyuges, regirá también los efectos del matrimonio, el art. 12.3 del mismo texto legal expresamente establece que en ningún caso se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público<sup>85</sup>.

Dicho esto, y en primer lugar, la poligamia se introduce en el momento de constitución del vínculo, desvirtuándolo, al dar respaldo jurídico a un esquema que permite su simultaneidad con otro vínculo ya en vigor; chocando, de este modo, con la estructura monogámica del vínculo y con la exclusividad de los derechos interconyugales. En este sentido, el contenido del orden público estaría protegiendo la unidad y exclusividad del matrimonio.

Son varios los preceptos de nuestro Derecho dirigidos a tutelar, de un modo u otro, esa unidad y exclusividad de la relación matrimonial, desechando la posibilidad de dar cabida legal en nuestro ordenamiento a la poligamia. Así, nuestro Código Civil recoge el impedimento de vínculo, prohibiéndose en el art. 46. 2 la posibilidad de contraer matrimonio a los ya ligados por vínculo matrimonial válido, previendo la nulidad de este matrimonio en su art. 73. 2. El Código Penal, por su parte, tipifica la poligamia como delito en su art. 217, castigando con la pena de prisión de 6 meses a 1 año al que contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior. Del mismo modo, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su

<sup>85</sup> Resolución de la DGRN de 13 de junio, 7 de julio y 6 de septiembre de 2005.

Integración social, niega, en su art. 17.1.a -en materia de reagrupación familiar-, la posibilidad de reagrupación de más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero contemple dicha posibilidad. Igualmente, en el ámbito europeo, debemos traer a colación la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, cuyo art. 4.4 rechaza el reagrupamiento familiar en el caso del matrimonio polígamo, cuando el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro<sup>86</sup>.

De otra parte, y centrándonos en el segundo componente, es manifiesto que la poligamia islámica se apoya en una concepción de desigualdad de los cónyuges, al capacitar únicamente a uno de ellos, el varón, para realizarla; siendo éste, de hecho, el principal argumento esgrimido por nuestra doctrina contra aquella<sup>87</sup>.

A este respecto recordemos que nuestro Ordenamiento jurídico constitucionaliza el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el art. 14, concretando expresamente esa igualdad entre hombre y mujer en el ámbito matrimonial en su art. 32.

---

<sup>86</sup> Ofrece un magnífico estudio sobre inmigración y libertad religiosa, desde la perspectiva de la Ley de Extranjería, PÉREZ MADRID, F., *Inmigración y Libertad Religiosa. Un estudio desde la Ley de Extranjería*, Madrid 2004.

<sup>87</sup> Textualmente afirma la prof. García Rodríguez: “Existen argumentos de todo tipo, a favor y en contra del matrimonio poligámico que dependen sobre todo de cuestiones religiosas y culturales. Desde una perspectiva personal entiendo que condenar sin más la práctica de la poligamia “legal” cuando es conocida y aceptada en la sociedad occidental la poligamia “de facto” no es precisamente coherente. Además, en muchos casos de poligamia “de facto” (concubinato) existe tanto el conocimiento como el consentimiento –tácito mayoritariamente- de la esposa. De ahí que en otros foros, igual que aquí, no me manifieste absolutamente en contra de la poligamia legal sino de la discriminación que ello supone respecto de la mujer en los ordenamientos que la regulan y admiten. Es decir, que sea privativa y exclusiva del hombre y no de la mujer o que se imponga a uno de los cónyuges por la sola voluntad del otro”. (GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La situación de la mujer en el matrimonio multicultural: la práctica española y europea”, en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-486s.pdf> Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Precepto que, por otro lado, y como sabemos, debe interpretarse de acuerdo con las normas internacionales sobre la materia (art. 10.2). Y en este sentido, además de las Declaraciones y Convenios citados al comienzo de este trabajo, reviste especial importancia a este respecto la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979<sup>88</sup>. Cuyo Preámbulo recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana; definiéndose discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”<sup>89</sup>.

Y concretando estas primeras declaraciones, el art. 16.1 de dicha Convención establece expresamente el principio de igualdad en materia de matrimonio en los siguientes términos:

“Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos, relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de

---

<sup>88</sup> Ratificada por España mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983 (BOE de 21 de marzo de 1984).

<sup>89</sup> Art. 1 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 18 de diciembre de 1979, *cit.* Y en su art. 2 se recogen las distintas medidas que los Estados parte deben adoptar para evitar la discriminación contra la mujer, pudiendo destacar, entre otras: abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

igualdad entre hombres y mujeres: a) el mismo derecho para contraer matrimonio; b) el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución”.

En suma, y como ha manifestado en numerosas resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado, el matrimonio poligámico se opone frontalmente a la igualdad y dignidad humana y a la concepción de la institución matrimonial que maneja el Derecho español<sup>90</sup>, por lo que la cláusula de orden público impide la inscripción y eficacia directa de un matrimonio de tal tipo<sup>91</sup>.

No obstante, esa incompatibilidad entre las relaciones poligámicas y el ordenamiento español, “puede sufrir algunas matizaciones -como señala la prof. Fernández Coronado<sup>92</sup>-, no ciertamente en su núcleo jurídico, sino en algunos aspectos que cuelgan de ella y que son fruto de situaciones de hecho producidas al amparo de la ley personal que la admite”. Es lo que se ha denominado “*efectos colaterales* –continúa la autora- del

---

<sup>90</sup> Si bien, dicho todo esto, y como ha puesto de manifiesto la prof. Moreno Antón, la regulación del Acuerdo suscrito entre el Estado español con la Comisión Islámica, al menos en materia matrimonial, parece no contribuir a salvaguardar los principios que informan el sistema matrimonial español, puesto que puede ser una puerta abierta a la existencia de matrimonios contrarios al orden público, al menos *de facto*, ya que es el único Pacto, de todos los existentes con Confesiones religiosas, en el que no se han establecido cautelas previas a la celebración con el fin de controlar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley civil para la válida celebración del matrimonio. Recordemos que el art. 7.1 del Acuerdo islámico reconoce efectos civiles, desde el momento de su celebración, al matrimonio celebrado en forma religiosa islámica, sin ningún trámite previo, sin ningún filtro. (MORENO ANTÓN, M., “El matrimonio islámico ante el Derecho español”, *o.c.*, p. 628).

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo, las de 11 de mayo y 14 de septiembre de 1994, 8 de marzo de 1995, 3 de diciembre de 1996 y 20 de febrero de 1997.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *o.c.*, p. 144.

supuesto en sí mismo ilegítimo que pueden repercutir en derechos fundamentales de la persona y, por esta razón, ponen sobre el tapete la posible conveniencia de adoptar algunas soluciones jurídicas al respecto, ya que su ignorancia supondría la lesión de un derecho esencial de la persona afectada”.

Efectivamente, y como se ha puesto de manifiesto por un determinado sector doctrinal, desde los propios parámetros del Estado Social y democrático de Derecho se exige en ocasiones la aplicación de un orden público ponderado con el objetivo de garantizar una adecuada protección económica y jurídica de la familia<sup>93</sup>; el orden público sería, por tanto, no sólo un límite, sino además un correctivo circunstancial<sup>94</sup>. Máxime, si tenemos en cuenta –como se apunta por diversos autores<sup>95</sup>–, que la rígida aplicación de dicha cláusula puede provocar efectos perversos y contrarios, de hecho, a los propios principios constitucionales, como lo muestra la legislación española en materia de reagrupación familiar, a la que antes nos referíamos, y que implícitamente reconoce al varón, en el caso de matrimonio polígamo, la facultad de elegir a la esposa que podrá solicitar la residencia, al excluir el reagrupamiento de más de un cónyuge. Situación que no deja de ser paradójica pues, de un lado, nuestro Derecho rechaza las relaciones poligámicas en cuanto atentatorias de la igualdad y, sin embargo, de otro lado, avala actitudes discriminatorias del varón frente a la mujer, y les otorga efectos jurídicos, al permitirle elegir entre sus esposas.

Nuestro ordenamiento ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a estos efectos derivados de una situación poligámica en alguna ocasión aislada; concretamente, con motivo del reconocimiento y concesión de la pensión de viudedad. Y aunque

<sup>93</sup> LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *o.c.*, p. 146.

<sup>95</sup> LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.*, p. 35-37; MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de familia islámico*, *o.c.*, pp. 144-145.

no podemos afirmar la existencia de un criterio uniforme en nuestros tribunales, resulta especialmente significativa la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002<sup>96</sup> que, apoyándose en una interpretación flexible del orden público, resuelve dividir la pensión de viudedad entre las dos viudas de un trabajador senegalés, que había contraído matrimonio con ellas de acuerdo a su ley personal, que permite la poligamia.

Tesis defendida por un determinado sector doctrinal<sup>97</sup>, como decíamos, para el que la cláusula de orden público debe interpretarse necesariamente a la luz de los principios constitucionales, entre los que se encuentra, como ya se dijo, la protección social, económica y jurídica de la familia que, según establece el art. 39 de la Constitución, deben garantizar los poderes públicos. La aplicación del orden público ponderado, actuando así como límite y como correctivo cuando sea necesario, permitiría la posibilidad de admitir situaciones de hecho derivadas del matrimonio polígamo, otorgándole, por tanto, ciertos efectos, siempre que con ello se pretenda impedir la lesión de los derechos de la parte más débil, y sin que ello suponga una aceptación de tales relaciones por parte del ordenamiento. Sólo de este modo –se afirma por este sector- se evitarían situaciones injustas que suponen un quebranto de nuestro propio ordenamiento jurídico, y de la protección que otorga a la familia.

Con todo, la ponderación de derechos con la consecuente relativización del orden público podría implicar, en cierto modo,

---

<sup>96</sup> AS 899/2002. Decíamos, no obstante, que nuestros Tribunales no mantienen una postura uniforme a este respecto como lo muestra una sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 30 de julio de 2003, que atribuye la pensión de viudedad a la primera mujer, al declarar nulo el segundo matrimonio por impedimento de vínculo (AS 2003/3049).

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *o.c.*, pp. 145-146; y LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *o.c.*, p. 38.

el reconocimiento de los grupos identitarios, sin embargo, entendemos, que dicha relativización obedece principalmente, aún cuando se empiezan a tener en cuenta ciertas singularidades, a la protección de los derechos y libertades fundamentales, dado el principio personalista que informa nuestro ordenamiento.

### **3.2.2. EL RITO MATRIMONIAL GITANO**

Uno de los conflictos más recientes que se han planteado en España en relación con la problemática que estamos tratando es el referido a la petición de la etnia gitana de reconocimiento de eficacia civil de sus ritos matrimoniales propios. Esta demanda ha adquirido notoriedad a raíz de un litigio concerniente a la denegación por parte del INSS de la pensión de viudedad a una mujer de etnia gitana casada exclusivamente por el rito matrimonial gitano, que ha sido resuelto finalmente por el TEDH.

El Tribunal Constitucional español, al resolver este caso entendió que no se apreciaba la existencia de trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbres gitanas con el vínculo matrimonial, aunque admite que los poderes públicos puedan, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Sin embargo, concluye afirmando que la ausencia de dicha regulación, no justifica la alegación de un trato desigual, bajo la invocación del artículo 14 CE. El ordenamiento jurídico –dice- no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial sino que, incluso en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones

matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana<sup>98</sup>.

Por último, no aprecia, de ningún modo, que el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, implique, directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica. Y, concluye: no se genera discriminación porque las formas de celebración del matrimonio de carácter confesional, tienen su fundamento exclusivo en consideraciones religiosas, por lo que no se encuentra un término válido de comparación con las uniones que tienen su fundamento en consideraciones étnicas<sup>99</sup>.

Sin embargo, el Magistrado Rodríguez-Zapata, en Voto Particular, disiente en este punto de la mayoría, y reclama la necesidad de garantizar en España derechos colectivos a la minoría gitana, aplicando medidas de discriminación positiva:

“en toda sociedad pluralista y genuinamente democrática no sólo se debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, con el único límite –obligado– del “orden público constitucional”-. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal no se ha ocupado hasta ahora de la protección de los usos, prácticas o costumbres de una etnia o colectividad caracterizada (...) En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige, a mi juicio, medidas de discriminación

---

<sup>98</sup> STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, F.J.4<sup>o</sup>.

<sup>99</sup> Este argumento ya había sido utilizado previamente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 7 de noviembre de 2002 que estima la pretensión del INSS.

positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural”.

El TEDH, en Sentencia de 8 de diciembre de 2009<sup>100</sup>, al resolver este mismo caso, niega, también, que el no reconocimiento de efectos civiles a la forma tradicional del matrimonio gitano implique una violación del derecho a contraer matrimonio (art.12 Convenio de Roma), ni se trate de una forma de discriminación racial prohibida por el artículo 14 del Convenio de Roma.

Sin embargo, falla a favor de la demandante, reconociendo su derecho a la pensión de viudedad, al existir violación del artículo en conexión con el artículo 1 del Protocolo núm.1 –que garantiza el derecho de propiedad-. Estima el Tribunal de Estrasburgo que la demandante pertenece a una comunidad en la que la validez del matrimonio, de conformidad con sus ritos y tradiciones, no ha sido puesta en duda ni ha sido considerada contraria al orden público por el Gobierno ni las autoridades internas. La fuerza de las creencias colectivas de una comunidad definida culturalmente –sostiene- no puede ser ignorada.

El Tribunal de Estrasburgo, en una peculiar argumentación, afirma que la pertenencia a una minoría no puede dispensar el cumplimiento de las leyes –evidentemente, tampoco las matrimoniales- pero sí puede influir en la manera de aplicar esas leyes. Y, en este sentido, esa diferenciación en la aplicación de la ley, se usa para demostrar la buena fe de la demandante. El Tribunal afirma que la creencia de la demandante de que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana.

La argumentación en defensa del estatus específico que debe reconocerse a las minorías, me parece insuficiente, al

---

<sup>100</sup> Affaire Muñoz Diaz c. Espagne (Requête n°49151/07)

considerar el TEDH finalmente que la discriminación se produce porque el Tribunal Constitucional español en una Sentencia previa había reconocido la pensión de viudedad en un caso concerniente a un matrimonio canónico no registrado, provocando de este modo un trato discriminatorio no justificado.

El problema, a mi juicio, no puede solventarse argumentando que la pertenencia a una minoría cultural debe apreciarse en la “aplicación de la ley” en cada caso concreto, puesto que, en referencia al tema que estamos tratando, esto es, la ausencia normativa de posibilidades de reconocimiento de efectos civiles a formas matrimoniales derivadas de una costumbre cultural, podría adolecer de inconstitucionalidad, desde el momento en que la legislación española decide adoptar medidas de discriminación positiva exclusivamente dirigidas a grupos confesionales, esto es, a minorías de carácter religioso.

Como he señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional afirma que no se genera discriminación porque las formas de celebración del matrimonio de carácter confesional, tienen su fundamento exclusivo en consideraciones religiosas, por lo que no se encuentra un término válido de comparación con las uniones que tienen su fundamento en consideraciones étnicas. Entiendo que el reconocimiento de efectos civiles a distintas formas matrimoniales es una opción legislativa que no forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de creencias, ya que este se garantiza a través de la no injerencia o coacción en la celebración de esos ritos matrimoniales, pero si se adoptan medidas de discriminación positiva para grupos confesionales, el ordenamiento jurídico debe prever las mismas medidas para grupos culturales o ideológicos no confesionales, salvando aquéllos que en sus ritos no se ajusten al orden público español.

Si la opción del legislador español es el pluralismo formal en el ámbito matrimonial debe desarrollarlo respetando el principio de igualdad y no discriminación, atendiendo a la demanda de los grupos que por razones ideológicas, culturales o religiosas han desarrollado formas matrimoniales propias.

El Magistrado Rodríguez-Zapata, en el Voto Particular formulado a la STC de 16 de abril de 2007, antes comentada, afirma, sin duda alguna, que no existen en el caso –refiriéndose al matrimonio celebrado según los ritos gitanos- problemas de consentimiento, dignidad femenina o prueba que puedan ser cuestionados desde la perspectiva del orden público constitucional. Igualmente, el Tribunal de Estrasburgo estima que la demandante pertenece a una comunidad en la que la validez del matrimonio, de conformidad con sus ritos y tradiciones, no ha sido puesta en duda ni ha sido considerada contraria al orden público por el Gobierno ni las autoridades internas.

El rito gitano de celebración del matrimonio ha sido descrito por Felix Ballesta con bastante detalle<sup>101</sup>. Parece que el momento de emisión del consentimiento se realiza en el acto de *pedimento de la novia*, en el que los novios confirman su deseo de contraer matrimonio. De todo el ceremonial es relevante destacar la prueba de virginidad que se realiza a la novia, que se hace en la casa del padre de la “iniciada” y que determina la validez de las nupcias. Aunque nadie lo haya puesto en duda este acto podría incurrir en discriminación por razón de sexo, y, en consecuencia, en una efectiva vulneración del orden público. Eliminar el ritual de la “prueba del pañuelo” parece dejar sin contenido el ceremonial matrimonial gitano, pero, evidentemente, modificando ese aspecto, no existe ningún tipo de justificación para no reconocer esta forma matrimonial de celebración.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Descrita, en términos comparativos, la regulación específica que prevé nuestro Derecho respecto al matrimonio religioso parece que el ordenamiento español ha pretendido optimizar el reconocimiento del derecho de libertad religiosa de

---

<sup>101</sup> FELIX BALLESTA, M<sup>a</sup> A., “El matrimonio gitano y los Acuerdos de 1992”, en *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez*, coord. José Antonio Souto Paz, Ed. Comares, 2008, pp.134-137.

los individuos mediante la atribución de efectos civiles al matrimonio celebrado según determinados ritos religiosos. Entendemos, en este sentido, que la filosofía que inspira nuestro Derecho es el reconocimiento de derechos individuales, o en otros términos, la promoción del ejercicio de las libertades individuales –en este caso a través del derecho a contraer matrimonio según el propio rito religioso-, y no tanto un reconocimiento de los derechos colectivos, en materia matrimonial en este caso.

Esta última apreciación es matizable, especialmente en relación al Ordenamiento canónico, quizás porque la forma prevista para la validez del matrimonio es similar a la configurada por la legislación estatal –no olvidemos que los ordenamientos civiles se apoyan en el Derecho canónico para la construcción de su Derecho matrimonial-, quizás por su propia naturaleza, al reconocérsele a la Santa Sede subjetividad internacional. No así de los grupos confesionales acatólicos, en cuanto las singularidades propias de cada matrimonio confesional han sido omitidas, imponiéndose los requisitos de la forma civil. Tal vez, en este último caso, el rasgo comunitarista se deriva más bien del procedimiento utilizado para dotar de efectos civiles a estas formas matrimoniales, ya que de las dos vías previstas por el art. 59 del Código Civil español únicamente se ha utilizado la pacticia, y no la vía unilateral, otorgando, entendemos, cierta relevancia al grupo.

Cabe plantearse, por otro lado, si la opción del legislador español en la configuración del sistema matrimonial vigente es conforme o no con el principio de igualdad proclamado en el artículo 14, puesto, que como hemos visto, ha restringido el reconocimiento de formas matrimoniales a la civil y cuatro formas religiosas, a tenor de los acuerdos celebrados con las confesiones religiosas de mayor arraigo en nuestro país.

Tal vez la solución más acorde con la norma constitucional sería restringir el pluralismo formal, aceptando como única la forma civil, puesto que un reconocimiento masivo de formas,

ritos o prácticas matrimoniales desarrolladas en el seno de grupos culturales, ideológicos o religiosos plantea serios problemas de ajuste al orden público español. O, si la opción del legislador español es el pluralismo formal en el ámbito matrimonial debe desarrollarlo respetando el principio de igualdad y no discriminación, atendiendo a la demanda de los grupos que por razones ideológicas, culturales o religiosas han desarrollado formas matrimoniales propias.

Con independencia de lo anterior, se ha podido comprobar que el ordenamiento jurídico español, aun otorgando cierta relevancia a la promoción y desarrollo de los grupos identitarios –en especial, a los de carácter religioso-, prima, sin embargo, la protección del núcleo básico que constituyen los derechos y libertades fundamentales, entre otros y por lo que ahora interesa, la dignidad, libertad e igualdad de la mujer en el seno de las relaciones familiares.

