

ESTATUTO PERSONAL ISLAMICO Y EFICACIA EN DERECHO ESPAÑOL DEL REPUDIO UNILATERAL

(Comentario a la resolución de la D.G.R. de 18 de septiembre de 1971)

TEXTO DE LA RESOLUCION

En el expediente que se tramita ante el Registro Civil número 1 de Zaragoza, a instancia de don M. B. H. y doña M. C. S. N., sobre autorización para contraer matrimonio civil, remitido a este Centro en consulta por el Juez de primera instancia número 1 de dicha población.

RESULTANDO que, por escrito fecha 15 de mayo de 1970, presentado ante la Oficina número 1 del Registro Civil de Zaragoza, M. B. H. (mayor de edad, de nacionalidad española, vecino de Villa Cisneros, divorciado) y M. C. S. N. (española, soltera, menor de edad, vecina de Zaragoza) suplicaron se autorizase su matrimonio civil, acompañando la siguiente documentación: 1) partidas de nacimiento y certificados de residencia de ambos interesados; 2) fe de vida y soltería de la interesada; 3) documento expedido por la Oficina Cheránica de Villa Cisneros acreditativo de que el citado M. obtuvo divorcio definitivo de su esposa A. E. T.; 4) escritura notarial de licencia del padre de la contrayente para el proyectado matrimonio; y 5) manifestación repetida de la misma de haber abandonado o dejado de profesar la fe católica, contenida en un acta notarial y en certificación de su párroco;

RESULTANDO que, ratificados en su petición y subsanados en nuevo escrito los defectos observados en el inicial, fueron publicados los oportunos edictos concurriendo, por consecuencia de aquéllos, a la presencia judicial don E. S. A., vecino de Villa Cisneros, quien manifestó que el pretendido contrayente M. B., actualmente divorciado de la hija del declarante, hubo con la misma tres hijos, a los que dejó de prestar alimentos y desea hacer constar que "sería conveniente que, antes de volver a casarse, diese muestras de su deseo de cumplir con las leyes y alimentar a sus hijos, a los cuales no se ha preocupado de visitar siquiera en tanto tiempo";

RESULTANDO que el Gobierno General de la Provincia del Sahara, a instancia del Juzgado de Paz de Villa Cisneros, informó que no está registrado "en este Registro el nacimiento del citado natural, debiendo tenerse en cuenta que las inscripciones del personal natural son voluntarias"; que el solicitante es divorciado de D. B. L., con la que no hubo descendencia; que se casó después con A. E. S., de la que también se divorció, quedando tres hijos y a quien debía satisfacer, según fallo del Juzgado Cheránico de dicha ciudad, la cantidad de 2.000 pesetas mensuales, las cuales no abona desde el mes de agosto de 1969;

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal en su dictamen muéstrase contrario a la autorización solicitada, si bien opina que para evitar un posible conflicto legal, se eleve consulta al Juez de primera instancia al amparo del artículo 250 del Reglamento del Registro Civil; desarrolla su oposición aduciendo sustancialmente: a) con cita de los

artículos 9.º, 11, 51 y 83 del Código Civil, señala que diversas Resoluciones del Centro directivo tienen declarado que nuestra legislación no concede validez a divorcios vinculares decretados por autoridades extranjeras, al ser la indisolubilidad del matrimonio materia de orden público; b) por otra parte, no debe desconocerse que ciertos súbditos españoles, cuales son los musulmanes de Ifni y Sahara, pueden divorciarse válidamente lo que debilita extraordinariamente el fundamento de la excepción de orden público; c) aun cuando la religión musulmana atribuye al matrimonio, en principio, el carácter de perpetuidad, esa facultad de divorcio no obstante es admisible cuando el matrimonio se hubiese verificado en forma coránica; mas cuando se trata de contraer matrimonio civil con española no musulmana, hay que negar que la condición del varón sea diversa de la de los restantes españoles sometidos al Código Civil, así como la de la española misma, a la que no puede atribuirse el privilegio, negado a las demás españolas, de casar con divorciado con infracción del principio del orden público;

RESULTANDO que, aceptado este criterio por el Juez Encargado y elevado en consulta al Juez de primera instancia el expediente, se dictó auto por el mismo por el cual, abundando en la tesis del dictamen del Fiscal, decidió no haber lugar a conceder la autorización suplicada al entender que su concesión sería contraria al orden público al atacarse el principio de indisolubilidad del matrimonio mantenido en nuestras leyes, todo ello de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 11, 51 y 83 del Código Civil y sin perjuicio de que el solicitante musulmán pueda contraer nuevo matrimonio según el rito coránico; si bien conforme al artículo 250, párrafo segundo, del Reglamento del Registro Civil y con suspensión de la ejecución del auto, acordó elevar las actuaciones a la Dirección General para su resolución definitiva;

RESULTANDO que, a instancia del Centro directivo y para mejor proveer, se unieron a las actuaciones los siguientes documentos: 1) Certificación expedida por el Kadí del Juzgado Cheránico de Villa Cisneros, por la que, en relación al régimen del matrimonio de indígenas, informa: "1.º Toda boda con arreglo a la ley musulmana, y teniendo en cuenta la costumbre, puede efectuarse legalmente, en las siguientes modalidades: a) Si se va a efectuar en un lugar donde existe Kadí, deberá efectuarse con intervención del mismo. b) Si fuese en lugar donde no exista Kadí, puede efectuarse por el simple deseo de las partes, siempre que haya testigos musulmanes, que den legalidad a dicha boda. 2.º Todo divorcio, con arreglo a la ley musulmana, y teniendo en cuenta la costumbre, puede efectuarse en las siguientes formas: a) Si se efectúa en lugar donde haya Kadí, es necesaria la intervención de éste; b) Si se realiza en lugar donde no haya Kadí, es válido, con la presentación de testigos legales" ... "4.º Por lo que respecta a bodas a celebrar por un musulmán, para que sea legal, es necesario que la mujer pertenezca a "Religión que tenga libro" (musulmana, cristiana o hebrea)"; 2) Otra certificación expedida por el mismo Kadí en la que se afirma: "Que no existen datos en este Juzgado Cheránico, que se refieran al divorcio efectuado entre M. B. H. y D. B. L., pero llamados, con arreglo a lo que la ley ordena, testigos suficientes, han manifestado ante este Juzgado, que el citado divorcio existe y fue realizado con arreglo a la ley, y de acuerdo con la costumbre, por lo que lo declaramos válido y realizado. Por lo que se refiere al efectuado entre M. B. H. y A. E. S., consta en este Juzgado un documento cheránico, de fecha 2 de enero de 1969, que textualmente dice: "El llamado M. B. H., con esta fecha, ha divorciado definitivamente, a su mujer llamada A. E. S. Con la citada mujer tiene dos hijos pequeños y una hija, que está mamando, habiéndoles asignado el padre, de acuerdo con la ley y la costumbre, la cantidad de 2.000 pesetas mensuales; 1.000 para la manutención de los hijos varones y 1.000 pesetas para la hembra, durante el período de lactancia. Finalizado este período, percibirá,

la hembra, solamente 500 pesetas al igual que sus hermanos varones"; 3) Certificación del Jefe de la Oficina local de Villa Cisneros por la que se acredita existe una reclamación en dicha Oficina contra M. B. H. por parte de su ex-esposa, hasta un importe de 25.000 pesetas en concepto de manutención de los hijos.

RESULTANDO que el señor Subdirector, no obstante la propuesta preparada por el Servicio, propuso, confirmado el auto del Juez de primera instancia en cuanto no estima la libertad del contrayente varón para contraer el matrimonio civil que pretenden, sin perjuicio de que, antes de resolver y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley de 19 de abril de 1961, se remita copia de la proyectada propuesta a la Dirección General de promoción del Sahara para que sobre la misma manifieste las observaciones que estimase oportunas. Las razones que invoca son: 1.ª Que la cuestión planteada consiste en determinar si puede el Juez Encargado autorizar el matrimonio civil que se pretende contraer entre una española zaragozana y un nativo de Villa Cisneros, divorciado, con arreglo a la ley musulmana, de dos matrimonios coránicos anteriores; 2.ª Que, de acuerdo con el artículo 2.º de la Ley de 19 de abril de 1961 sobre organización del régimen jurídico de la provincia de Sahara, han de aplicarse en este territorio las disposiciones legales especialmente dictadas para dicha provincia, con preferencia a las normas coránicas o consuetudinarias y a la legislación de aplicación general en el resto del territorio y, por tanto, esta ordenación jerárquica de las fuentes ha de ser tenida en cuenta para determinar la capacidad para contraer matrimonio del pretendiente varón, conforme al título preliminar del Código Civil; 3.ª Que el debido respeto a las peculiares costumbres del territorio y a la religión de sus habitantes ha motivado necesariamente, de acuerdo con el artículo 7.º de la Ley de 19 de abril de 1961, que el Estado reconozca la plena validez de los matrimonios de indígenas celebrados con arreglo a las normas coránicas y consuetudinarias y, asimismo, de los divorcios vinculares de tales matrimonios aprobados o reconocidos por los Tribunales cheránicos; 4.ª Que este régimen singular, de acuerdo con su finalidad, debe entenderse estrictamente limitado a los matrimonios de musulmanes entre sí y no debe regir, en cambio, para los matrimonios de indígenas y quienes no lo sean, especialmente cuando, como en este caso, el otro contrayente está sometido íntegramente al Código Civil; 5.ª En efecto, que este matrimonio civil, si llegara a celebrarse, sería "uno e indisoluble" (artículo 22 del Fuero de los Españoles), sin que pudiera admitirse respecto de él divorcio vincular, no obstante el estatuto personal hasta entonces aplicable al contrayente varón: lo cual constituye un síntoma de que este peculiar estatuto no puede tener vigencia absoluta, en pugna con las normas generales españolas; 6.ª En definitiva, que ha de estimarse que esta clase especial de matrimonios civiles "mixtos" no está expresamente regulada por las normas propias de la provincia de Sahara y, por ende, ha de quedar íntegramente sometida, en su total régimen jurídico —es decir, no sólo en sus efectos, sino también en sus condiciones de fondo—, a las normas del Código Civil y, por tanto, que el pretendiente varón se halla afectado por el impedimento de ligamen (artículo 83, 5.º, en relación con los artículos 51 y 52 del Código Civil), pues, a estos efectos, su primer matrimonio legítimo recobra el rango de "uno e indisoluble": normas todas ellas que le son aplicables, no ya por excepción de orden público (art. 11, párrafo tercero, del Código Civil), sino directamente por su condición de súbdito español (art. 9.º del mismo cuerpo legal).

RESULTANDO que, pedido informe con traslado de la propuesta preparada por el Servicio a la Dirección General de Promoción del Sahara, informa ésta: "Examinado el proyecto de resolución que se acompaña al despacho de referencia, remitido a este Centro directivo a los efectos de lo prevenido en el artículo 3.º de la Ley de 19 de

abril de 1961, se observa que la resolución proyectada no roza con la competencia que se atribuye a la Presidencia del Gobierno para el gobierno y administración de la Provincia del Sahara. El estatuto personal del saharauí, derivado del reconocimiento de la norma coránica y consuetudinaria, que se contiene en el párrafo segundo del artículo 2.º de la Ley de 19 de abril de 1961, merece respeto en todo el ámbito nacional, y, en consecuencia, acreditada la validez de los actos que determinaron la disolución de los vínculos anteriores —como se razona en la resolución con referencia a los documentos aportados al efecto— no parece que puedan ser óbice al matrimonio proyectado los ligámenes anteriores y menos las obligaciones que pervivan relacionadas con los hijos o los bienes habidos en anteriores uniones. No parece tampoco posible aducir razones de orden público (principio concebido para resolver conflictos internacionales de normas), ya que es el mismo legislador el que respeta una regulación específica frente a la de ámbito más general. Otra cuestión será si el estatuto personal de uno de los contrayentes será exclusivamente atractivo de la normativa que ha de regular el matrimonio, quebrando en este caso el principio general de que “la mujer sigue la condición del marido” establecido en el derecho interregional. Por lo dicho y con referencia al punto exclusivamente planteado, este Centro directivo nada tiene que añadir a los hechos y razonamientos que se contienen en el proyecto de resolución que se consulta”;

Vistos los artículos 22 del Fuero de los Españoles, 9.º, 11, 14, 51, 52 y 83 del Código Civil, la Ley de 19 de abril de 1961 sobre régimen jurídico de la provincia del Sahara y las Resoluciones de 13 de octubre de 1930, 25 de marzo de 1950, 10 de agosto de 1961, 22 de febrero de 1966 y 27 de junio de 1969.

CONSIDERANDO que la cuestión planteada consiste en determinar si existe ligamen que impida el matrimonio civil que pretenden contraer en Zaragoza dos súbditos españoles: ella, soltera y sujeta al estatuto de ordinario de los nacionales españoles; él, natural de la provincia del Sahara y divorciado, con arreglo a su peculiar estatuto personal, de dos matrimonios coránicos anteriores;

CONSIDERANDO que la cuestión de la subsistencia de los precedentes vínculos matrimoniales ha de decidirse, en principio, de acuerdo con las reglas del título preliminar del Código Civil, por el estatuto personal del contrayente, y según este estatuto los anteriores vínculos han quedado disueltos, como acredita la certificación del Kadí del Juzgado Cheránico de Villa Cisneros;

CONSIDERANDO que si ciertamente el Estado español, conforme a la remota tradición de nuestro derecho histórico (cf. Ley 6, t. VII, Partida 4.ª), respeta el régimen musulmán del matrimonio de los naturales de la provincia del Sahara, esto no impide que determinadas reglas de este régimen pudieran quedar sin efecto fuera del ámbito que le es propio, si estuvieran en contradicción con las ideas cardinales sobre el matrimonio según la concepción del Ordenamiento español;

CONSIDERANDO que si bien la indisolubilidad del matrimonio es idea básica en la organización de la familia, no es regla que, en nuestro Ordenamiento, no admita inflexiones (cf. art. 80 del Código Civil), por lo que no se ven razones suficientes de orden público para excepcionar el régimen normalmente aplicable e impedir el nuevo matrimonio, con española acatólica, a quien, conforme al propio estatuto religioso y jurídico, reconocido por el Ordenamiento español, ha dejado de estar casado;

CONSIDERANDO que, de otra parte, se trata ahora simplemente de calificar el estado civil del musulmán, natural de la provincia del Sahara, lo cual es de la incumbencia del estatuto peculiar aplicable, y no planteándose cuestión de ejecución sobre personas y bienes —lo que sería, además, de la competencia de los órganos judiciales—, resultaría

exorbitante enjuiciar ahora, desde el punto de vista del orden público en relación con la posición jurídica de la mujer, la causa de la disolución —el repudio—; sin que esto implique desconocer las disonancias de la concepción del Ordenamiento español y la del musulmán en orden al matrimonio, pero no sólo en relación a la disolución del vínculo, sino también en relación a la validez del vínculo mismo (edad, libertad, consentimiento, propiedades esenciales), lo que podría hacer problemática para el orden público español la existencia inicial del ligamen, aun admitida la idea de que el orden público se opusiera a su disolución.

Esta Dirección General, no obstante las razones contenidas en la propuesta del señor Subdirector y de conformidad con la preparada por el Servicio, ha acordado revocar el auto del Juez de primera instancia y declarar que no cabe denegar la autorización al matrimonio civil por causa del previo ligamen del varón, no obstante el divorcio; y sin prejuzgar las exigencias que, en orden a la celebración del matrimonio pretendido, imponga el estatuto personal del contrayente.

Dios guarde a V. S. muchos años.

Madrid, 18 de septiembre de 1971.—El Director general, *F. Escrivá de Romani*.

Sr. Juez municipal número 1 de Zaragoza.

I.—INTERES DE LA RESOLUCION

La resolución que comentamos en estas líneas es obvio que sienta un precedente importante en el "iter" hasta ahora seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en lo referente a la producción de efectos directos en nuestro orden interno de la disolución de matrimonio válido por causa distinta de muerte¹.

El divorcio vincular, institución desconocida en nuestro Derecho^{1 bis}, alcanza con esta resolución, paradójicamente, el carácter de instituto reconocido, siquiera sea en el ámbito de los conflictos interregionales y, en otro orden de cosas, en la colisión entre estatutos personales.

La autorización de matrimonio civil entre natural saharauí español —doblemente "divorciado"² al amparo de su peculiar estatuto religioso— y nacional sometida al régimen de Derecho común, trasciende el puro y restringido ámbito de las situaciones excepcionales de disolución del vínculo matrimonial para incidir en el campo del precedente jurisprudencial, con repercusiones previsibles en nuestro sistema de Derecho de familia en la doble dirección interna e internacional.

Es incuestionable que la *ratio* fundamental que subyace en la doctrina de esta resolución —"...la indisolubilidad del matrimonio... no es regla que en nuestro ordenamiento no admita inflexiones"— puede ser básica para justificar una importante gama de efectos en nuestro orden interno de las sentencias de divorcio vincular obtenidas en el extranjero por nacionales o por súbditos de distinta nacionalidad, las cuales —como tendremos ocasión de constatar— hasta ahora eran rechazadas por una aplicación rigurosa y

¹ LALAGUNA, en un excelente trabajo sobre los efectos del divorcio en nuestro orden jurídico (*Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*, en "Revista de Derecho Privado", 1972, p. 487), ha observado gráficamente: "En este claro panorama de nuestra jurisprudencia aparece de modo inusitado, como una extraña sombra, una resolución de la Dirección de los Registros de 18 de septiembre de 1971... Suscita esta resolución un interés muy vivo. El supuesto que en ella se contempla es completamente singular. A la vez, la originalidad de la doctrina que en ella se contiene levanta una bandada de dudas en ese elemental orden de ideas por el que discurre habitualmente, como por su cauce, el pensamiento jurídico".

^{1 bis} Los distintos sistemas matrimoniales que España ha conocido en su Historia han tenido una constante: el respeto a la indisolubilidad matrimonial. Tanto en la época del llamado sistema puro de normación canónica que comienza con la Real Cédula de 12 de junio de 1564, como en los períodos de la ley de matrimonio civil de junio de 1870 y del Decreto de febrero de 1875, que instaura el sistema dualista, el divorcio no fue conocido. El sistema del Código Civil de 1889 se ha mantenido, en este punto, inalterable; excepción hecha de la ley de 2 de marzo de 1932 que tuvo escasa vigencia, siendo derogada por el artículo único de la ley de 23 de septiembre de 1939. Sobre la ley de divorcio española, vide: GONZÁLEZ RUIZ: *La ley de divorcio interpretada por el Tribunal Supremo*, Madrid 1933; DELGADO: *El divorcio: Ley de 2 de marzo de 1932*, Madrid 1932. En relación con la normativa derogatoria de la ley citada, vide: ROMERO VEITEZ: *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el Nuevo Estado español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1944, pp. 62-80 y 182-201.

² La resolución utiliza impropriamente el término divorcio cuando se refiere, en realidad, a un doble supuesto de repudio. Institución, como tenemos ocasión de constatar ampliamente en el texto, muy distinta a la del divorcio judicial.

sin paliativos de los arts. 9 y 11 del Código Civil a través del recurso al concepto de orden público interno o internacional según los casos.

En otro orden de cosas, el reconocimiento —fuera de su concreto y restringido ámbito de operatividad, es decir, el de los matrimonios entre naturales saharauis— del peculiar estatuto confesional islámico, en lo que a disolución del matrimonio se refiere, puede legitimar peticiones de eficacia civil de otros estatutos personales religiosos hasta ahora “comprimidos” en su esfera por el régimen del Derecho común. A su vez, supone esta resolución un interesante ejemplo de jurisprudencia englobada en el aún poco cultivado campo del Derecho del Estado sobre materias religiosas que, en nuestra Patria, comienza legítimamente a ensanchar los márgenes de su contenido, también en el campo de los conflictos internacionales, interprovinciales e interconfesionales³.

No se trata, pues, tan sólo del aislado reconocimiento de la validez del repudio unilateral obtenido bajo la legislación islámica, cuando entra en relación con el sistema general de nuestro orden matrimonial (eficacia discutible, como más adelante hacemos notar), sino nada menos que la afirmación de un criterio-puente que puede permitir la posterior atenuación del orden público en el tema de la indisolubilidad matrimonial que, hoy por hoy, viene constituyendo en la jurisprudencia y doctrina la “notion forte” en la materia⁴.

II.—CUESTIONES QUE PLANTEA

Prescindiendo de otras más tangenciales al fondo de la situación resuelta por la D.G.R., nos parecen de importancia fundamental para una recta intelección y crítica de la resolución de 18 de septiembre de 1971 las siguientes cuestiones: sistema matrimonial coránico y los límites de su asunción en nuestro orden interno; indisolubilidad del matrimonio y criterios jurisprudenciales de apreciación; y comparación entre los estatutos personales canónico e islámico en relación con la disolución del vínculo. El método que utilizamos se justifica si se observan los tres ejes sobre los que gira la resolución: estatuto personal religioso de las minorías no católicas, indisolubilidad matrimonial como norma de aplicación necesaria, y juego del orden público en la estabilidad familiar.

³ Junto a lo que se ha llamado por Jannacone “Derecho eclesiástico internacional” y por Ballardore Pallieri “Derecho internacional eclesiástico” entendemos correcto hablar de un “Derecho eclesiástico internacional privado” que se integraría por normas jurídico confesionales insertas en la estructuración de las normas de conflicto y los puntos de conexión en el ámbito de los sistemas universales de Derecho internacional privado. Cf. sobre este punto: Navarro Valls, Recensión al trabajo de ELGEDDAWY: *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en Droit international privé*, en “Ius Canonicum”, 1972, pp. 326-328; LÓPEZ ALARCÓN: *El Derecho eclesiástico internacional*, de próxima publicación en la “Revista del Instituto de Estudios Políticos”. Maldonado (*Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, 2.ª ed., Madrid 1970, pp. 217 y ss.) se refiere, desde otra perspectiva, al Derecho interconfesional que, sobre todo en el campo matrimonial, tiene una efectiva vigencia.

⁴ Cf. NAVARRO VALLS: *Divorcio vincular: orden público y matrimonio canónico*, Madrid 1972. En este trabajo tenemos ocasión de analizar exhaustivamente el juego del orden público interno e internacional en el tema del divorcio.

III.—ESTATUTO PERSONAL CORANICO Y SU RECEPCION EN EL DERECHO ESPAÑOL

A) LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA CONCEPCIÓN ISLÁMICA DEL MATRIMONIO

Acertadamente ha hecho notar Milliot⁵ que el matrimonio musulmán reviste los caracteres de una institución de orden privado con la fisonomía propia del acto legal ambivalente, situado en la línea límite que separa el derecho ritual del derecho contractual. Por su parte, Chechata⁶ ha puesto de manifiesto igualmente la doble base contractual y religiosa de la institución que le hace incrustarse en una específica sociología jurídica, dotada de caracteres peculiares, y cuyas líneas de fuerza pasan rozando los límites del Derecho público y privado.

El matrimonio islámico aparece en el contexto jurídico como un contrato que crea entre un hombre y una mujer un estatuto influenciado por intereses sociales, de naturaleza moral y religiosa. Sin embargo, al no reflejar los mismos intereses morales y materiales que el matrimonio en su construcción occidental cristiana, ha sido objeto entre los autores europeos de una notable controversia relacionada con la naturaleza jurídica de la institución⁷.

Una parte de la doctrina ve en el matrimonio islámico una manifestación clara del contrato de venta en el que la mujer constituye a la vez objeto y parte del contrato, siendo, al mismo tiempo, vendedor y cosa vendida. La mujer se vende a sí misma a cambio de una dote, y ésta es el equivalente del precio de la venta⁸.

Un mayor número de autores entiende, por el contrario, que la tesis del matrimonio-venta está viciada por un error inicial: la identificación entre los derechos del propietario y los deberes de los esposos. Venta y matrimonio no tienen la misma causa, y la *ratio* más profunda de aquél no se encuentra simplemente en la adquisición de derechos sobre la persona de la mujer. En Derecho musulmán —concluyen— el matrimonio confiere al marido un poder similar al *manus* romano y al *mundium* germánico, pero esta *potestas* no se confunde con un derecho de propiedad, sino que encuentra su base en un acto privado y contractual que tiene como finalidad esencial la procreación que perpetúa la especie⁹.

⁵ *Introduction a l'étude du Droit musulman*, París 1953, p. 204.

⁶ *Le lien matrimonial en Islam*, en el vol., "Le lien matrimonial", Strasbourg 1970, p. 57.

⁷ Cf. sobre este extremo: BELLEFONDS: *Traité de Droit musulman comparé*, París 1965, pp. 50 y ss.; MORAND: *Le mariage*, en "Études de Droit musulman algérien", Alger 1913, pp. 115-127; MOUSQUET: *Précis de Droit musulman*, Alger 1947, pp. 25 y ss.; SCHACHT: *An introduction to islamic law*, Oxford 1966, pp. 161 y ss.; MILLIOT: *ob. cit.*, pp. 274 y ss.; GARCÍA BARRIUSO: *Derecho matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos*, Madrid 1952.

⁸ Esta posición ha sido mantenida por MORAND: *loc. cit.*, pp. 118-120.

⁹ Cf. PESLE: *Le mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat 1936, pp. 30 y ss.; MILLIOT: *ob. cit.*, pp. 275 y ss.

El acto privado que da lugar a la sociedad conyugal requiere como condiciones esenciales de validez: ausencia de impedimentos, intercambio de consentimiento entre personas determinadas, constitución de dote, y observancia de ciertas formalidades previstas por la ley.

Los *impedimentos* se agrupan en dos categorías que se distinguen por su carácter permanente o temporal. Los primeros derivan del parentesco (que invalida el matrimonio entre ascendientes y descendientes en línea recta hasta el infinito, y en los tres primeros grados de la línea colateral) y la afinidad (que igualmente lo invalida entre el marido y la madre o hija de la esposa, invalidez que subsiste a pesar de la disolución del matrimonio). Los temporales traen su origen en circunstancias de orden religioso (el musulmán sólo puede desposarse válidamente con mujer que pertenezca a religión islámica, cristiana o judía) o político-sociales. En este último grupo se incluyen: a) La *tetragamia* o prohibición de contraer matrimonio con quinta mujer el musulmán ya ligado a cuatro esposas legítimas; b) Poliandria; c) *Idda* e *istibra*: deberes de continencia impuesta a la mujer después de la disolución del matrimonio o después de haber tenido relaciones extramatrimoniales¹⁰; d) Enfermedad grave, entendiéndose por tal la que es previsible tenga un fatal desenlace.

El *consentimiento* puede válidamente emitirse con finalidad matrimonial cuando se ha llegado a la pubertad, sin que sea necesaria la autorización de los parientes o tutores. No obstante, el impúber puede ser desposado sin su consentimiento e incluso con su formal oposición a través de la institución denominada en Derecho islámico *djarb*. En el supuesto del marido, éste puede repudiar a la esposa impuesta por los parientes al llegar a la pubertad; la mujer no goza de esa facultad.

El consentimiento debe prestarse con arreglo a estas cuatro reglas fundamentales: 1.ª) Debe ser verbal, sin que sea necesario una fórmula determinada; basta que las palabras pronunciadas sean explícitas y no dejen lugar a dudas acerca de la intención matrimonial; 2.ª) Cabe que sea emitido por procurador con poderes especiales para cada matrimonio; 3.ª) Debe ser puro y simple, sin que sea válido el sujeto a término o condición; 4.ª) El viciado por error o violencia hace irrito el acto.

Todo matrimonio supone la existencia de una *dote* que es elevada por el Derecho islámico a la categoría de "condictio sine qua non". Así, si en el momento del intercambio del consentimiento nada se ha fijado sobre este punto o si una cláusula particular de las capitulaciones matrimoniales la excluye, el matrimonio se entiende nulo. La dote debe estar también determinada en su *quántum*, aunque el régimen en este concreto aspecto difiere en los ritos malekita y hanebita¹¹. En el segundo, la indeterminación de la dote

¹⁰ La duración de la continencia —y consiguiente prohibición de contraer matrimonio a la mujer en esas circunstancias— oscila entre los cuatro meses y diez días, en el caso de viudez, y los dos meses en el supuesto de relaciones extramatrimoniales.

¹¹ A la muerte de Mahoma, sus seguidores interpretaron con matices diversos la doctrina contenida en el Corán. Esta discrepancia motivó la creación de cuatro escuelas

no invalida inicialmente el matrimonio, aunque la mujer tendrá siempre el derecho, antes de la consumación del matrimonio, de exigir la fijación de la cantidad. El sistema *malekita* es más riguroso, ya que exige al esposo la clara determinación del *quantum* antes de la celebración del matrimonio.

La dote pertenece por entero a la mujer y debe ser aportada al matrimonio por el marido o por persona que se haya obligado a ello, en cuyo caso esta última es la deudora de la misma y a ella puede ser reclamada judicialmente por la esposa.

A diferencia de los demás sistemas jurídicos universales, el matrimonio musulmán no requiere necesariamente la intervención de oficial público civil o autoridad religiosa, aunque no cabe decir que sea un contrato puramente consensual. El consentimiento tiene que ser prestado ante dos testigos cuya presencia constituye una solemnidad del propio acto, ya que no es exigida, tan sólo, con miras a la posterior prueba de existencia de tal matrimonio sino como un requisito de su propia validez. Ambos testigos han de ser púberes (mayores de 18 años para el rito *malekita* y de 15 para el *hanebita*), musulmanes (aunque los *hanebitas* admiten, en caso de matrimonios mixtos, que puedan ser cristianos o judíos), y varones.

El matrimonio que carece de alguna de las cuatro condiciones esenciales expuestas se entiende nulo. Sin embargo, esta nulidad puede ser perfecta (*batil*) o imperfecta (*fasid*), según que sea o no susceptible de sanación.

En el matrimonio *fasid* la sanción de invalidez es, no una nulidad pronunciada por autoridad judicial (como sucede en el matrimonio *batil*), sino una repudiación formulada por el marido, a mandato del juez, o por el *cadí* mismo sustituyendo al marido. Reviste el carácter de una disolución del matrimonio sin efectos retroactivos¹².

La *prueba* normal del matrimonio musulmán son las aseveraciones de los testigos asistentes al mismo, aunque se admite el juego de las presunciones basadas en datos indiciarios subsidiarios.

La válida conclusión del matrimonio produce toda una serie de precisos efectos minuciosamente fijados por la legislación.

En el terreno patrimonial el matrimonio islámico no crea una comunidad de bienes entre los cónyuges. La mujer conserva el poder de gestión sobre

diversas: *malekita*, *hanebita*, *zahirita* y *hanbalita*. En este, necesariamente, breve resumen de la concepción islámica matrimonial destacamos, tan sólo, las diferencias esenciales entre las dos primeramente citadas cuyas doctrinas son seguidas, respectivamente, por dos grandes núcleos de población islámica: Norte de Africa y Medio Oriente. Sobre la historia de las vicisitudes interpretativas de la fuente básica musulmana, vide: GIBB: *La structure de la pensée religieuse de l'Islam*, París 1950.

¹² Casos de matrimonios nulos absolutamente son los contraídos mediando impedimento de tetragamia, afinidad o consanguinidad en primeros grados, *idda*, enfermedad grave, y de orden religioso (matrimonio entre musulmán y mujer idólatra o entre infiel y mujer musulmana). En estos supuestos la nulidad no puede ser sanada, y debe el *cadí* pronunciarla, haya o no sido consumado el matrimonio. En los restantes casos de nulidad menos plena el matrimonio puede ser disuelto, ya sea de oficio o a instancia de parte, salvo en el caso de que el matrimonio haya sido consumado o que las irregularidades hayan sido sanadas.

su propio patrimonio con la única limitación que supone la necesidad de autorización marital en los supuestos de donaciones "inter vivos" o prestación de cauciones en favor de terceros.

En el ámbito de los efectos personales, sobre el marido reacen las siguientes obligaciones: deber de cohabitación y prestación del débito conyugal; deber de subvenir a las necesidades de la mujer; abstención de malos tratos; y deber de autorizar a la mujer la visita de parientes cercanos. Por su parte, la mujer debe obediencia y fidelidad al marido, así como no puede abandonar el domicilio conyugal¹³.

La posibilidad del matrimonio polígamo complica extraordinariamente el sistema de filiación y deberes entre padres e hijos¹⁴. Admitida la tetragamia para el varón las relaciones sucesorias están sometidas, a su vez, a un complejo de normas de no fácil identificación en lo relativo a los derechos sucesorios¹⁵.

B) LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO MUSULMÁN

Según el Corán y las interpretaciones de las escuelas malekita y hanebita la disolución del matrimonio islámico puede producirse en alguno de los siguientes supuestos: 1) Muerte de uno de los esposos; 2) Ausencia injustificada del marido; 3) Atribución a uno de los esposos de la propiedad del otro; 4) Abjuración de la fe islámica; 5) Repudiación o *talak*.

De estas cinco causas requiere un estudio especial la última por la trascendencia que tiene en la resolución que comentamos, aunque a la tercera y cuarta, por la especialidad que suponen con otros sistemas matrimoniales, haremos una breve referencia.

La ley musulmana admite el matrimonio entre varón libre y mujer esclava de la cual aquél no sea *dominus*. Sin embargo, si la esposa esclava es adquirida en propiedad por el esposo, el matrimonio queda disuelto inmediata-

¹³ Estas obligaciones esenciales están minuciosamente reguladas por la legislación islámica, respetando escrupulosamente los mandatos coránicos. Para un estudio más profundo de ellas vide: MILLIOT: *Introduction...*, cit., pp. 322-337; Idem: *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman de Paris*, París 1953, pp. 25 y ss.; AJLAMY: *Des rapports entre époux en droit islamique*, París 1949.

¹⁴ Una de las causas de la positiva restricción legislativa de la poligamia en países de Derecho confesional islámico trae su razón de ser en la complejidad apuntada en el texto. En Jordania, Siria, Marruecos y Túnez ha sido más sensible esta política legislativa. El medio normalmente utilizado es el de permitir a la mujer, antes de la celebración del matrimonio, la imposición al marido de la llamada "cláusula monogámica". El incumplimiento de esta obligación comporta, en unos casos, la nulidad de las segundas nupcias (Ley tunecina de 20 de febrero de 1964, art. 21) y, en otros, la posibilidad por parte de la mujer de rescindir el contrato matrimonial (Código Civil jordano, art. 21; Código Civil sirio de 1953; art. 30 del Código Civil marroquí). Sobre esta evolución, vide: BELLEFONDS: *La conception nouvelle de la famille musulmane dans les récentes réformes législatives en matière de mariage, divorce et succession*, en el vol. "VII Congrès international de Droit comparé", Uppsala 1966, pp. 53 y ss.

¹⁵ Ampliación sobre estos extremos en: PESLE: *Exposé pratique des successions dans le rite malékite*, Casablanca, s. f.; MANÇAIS: *Des parents successibles en Droit musulman*, Rennes 1898.

mente por la imposibilidad de conciliar las facultades incluidas en el derecho de propiedad con las obligaciones que la unión conyugal impone al varón respecto a la mujer.

Por otra parte, si uno de los esposos de religión musulmana abjura y se hace cristiano o judío también el matrimonio queda disuelto "ipso facto". Como observa Milliot¹⁶ la explicación de esta rápida disolución radica en que la apostasía produce en el sistema coránico un efecto similar a la "muerte civil". El apóstata es considerado como un "renegado" de la comunidad musulmana, de forma que incluso queda abierta la sucesión de sus bienes a favor de los que serían, en el supuesto de muerte, herederos directos.

La institución llamada *talak* incluye toda una serie de formas de disolución del matrimonio que van desde la llamada repudiación *sunita* (regulada por el Corán y los *hadits* o costumbres) hasta el divorcio judicialmente declarado, pasando por otras categorías disolutorias no reguladas en el Corán y fruto de una doctrina y jurisprudencia que las ha ido admitiendo a través de la costumbre¹⁷.

Como es sabido, en la época pre-islámica los árabes hacían un uso inmoderado de la repudiación utilizando el más pequeño pretexto e incluso sin él. Al reservarse el marido la posibilidad de la retractación del repudio realizado, la posición matrimonial de la mujer era absolutamente inestable. La aparición de Mahoma supuso un cambio total en las costumbres vigentes hasta su tiempo, ya que pronto denominó al repudio "la peor de las cosas lícitas" y sometió su uso a una estricta regulación (repudiación *sunita*).

Sin embargo, esta minuciosa reglamentación pareció intolerable a los musulmanes que desde los primeros años de la Hégira se esforzaron en modificar el sistema coránico. Esfuerzos que desembocaron en una jurisprudencia ampliamente permisiva que, junto a la repudiación *sunita*, admitió la llamada repudiación *nueva*, en principio ilegal, pero de hecho profusamente introducida en todos los sistemas de inspiración islámica. De esta forma, la repudiación —acto unilateral del marido por el que disuelve la unión conyugal— aparece actualmente unificada en su régimen jurídico, aunque incluyendo modalidades muy diversas. A efectos de una cierta sistematización de institución tan compleja nos referiremos sucintamente a las dos categorías más destacables: la repudiación revocable y la irrevocable.

Las condiciones de validez comunes a ambas formas son: capacidad para repudiar, efectiva intención repudiante, posibilidad, y empleo de fórmula aceptada por el uso.

¹⁶ *Introduction...*, cit., p. 347.

¹⁷ Junto a estas formas de disolución cabe citar también las denominadas "juramento de continencia" (*aila*) y "juramento de espalda" (*zihar*). La primera supone la disolución del matrimonio por promesa formal hecha por el marido de abstenerse de todo contacto carnal con su mujer y durante cuatro meses al menos. La segunda incluye, junto con promesa similar y durante mismo espacio de tiempo, intención positiva de injuriar a la mujer.

En cuanto a la primera condición, solamente el esposo musulmán púber y no aquejado de enfermedad mental puede válidamente repudiar a la mujer legítima. Esta potestad puede transmitirla a la esposa a través de una curiosa cesión de derechos personales que, cuando es irrevocable, confiere a aquélla la posibilidad de repudiarse a sí misma.

La intención de repudiar debe existir como condición esencial para su validez; la dificultad de la prueba efectiva de tal *animus* hace que ella sólo sea posible relacionándola con las fórmulas utilizadas.

El empleo de alguna de estas últimas es esencial para el rito hanebita, que las permite a través de forma verbal o escrita. Los malekitas, en principio, admiten la repudiación sin fórmula, bastando la intención de repudiar. No obstante, la anteriormente observada dificultad de la prueba, ha llevado progresivamente a la adopción del ritual hanebita. La fórmula empleada por el marido es normalmente pura y simple, aunque nada se opone a que esté sujeta a término o condición¹⁸.

En la repudiación sunita la expresión por el marido de la voluntad de repudiar no comporta la inmediata disolución del vínculo conyugal. Es obligatorio el establecimiento de un margen de dos a tres meses, durante el cual el esposo puede dejar sin efectos el repudio y restablecer la comunidad de vida transitoriamente rota. Esta repudiación revocable se encamina a proteger la estabilidad del matrimonio. Pasado el plazo previsto sin que se haya revocado el repudio, éste deviene irrevocable. No obstante, como la reiteración de la repudiación revocable transformaría la vida de la mujer en una inseguridad perpetua, el Derecho coránico establece que la tercera repudiación ha de ser definitiva e irrevocable.

A pesar de la regulación *sunita* se admite la posibilidad del llamado "triple repudio", admitida en todos los sistemas musulmanes a través de la jurisprudencia anteriormente anotada. A su través, con una sola fórmula se realizan ficticiamente tres repudiaciones sucesivas, con el efecto de la inmediata disolución del matrimonio sin necesidad de la observancia del plazo marcado por la regulación ortodoxa.

La repudiación irrevocable produce el directo y esencial efecto de la readquisición de la aptitud matrimonial tanto para la mujer como para el marido, aunque aquélla queda sometida a unas especiales restricciones temporales que permiten la identificación paternal de la filiación.

La disolución del matrimonio puede producirse también por decisión judicial emitida a instancia de parte o de oficio. Esta decisión raramente reviste la forma de sentencia ya que supone, más bien, una repudiación pronunciada por el *cadí* o, a instancia de él, por el marido.

¹⁸ Según la doctrina musulmana estas fórmulas pueden ser de tres tipos: formales, que deben contener la palabra *talak* o uno de sus derivados ("Yo te repudio"); equivalentes, que dejan entrever la intención de repudiar, pero sin incluir la palabra *talak* ("Yo te dejo en libertad" o "Vuelve con tu familia"); y figuradas, que tan sólo presuponen la intención de repudiar examinando el sentido subyacente de la fórmula. Estas últimas están sometidas a un particular medio de prueba.

Las causas de este “repudio judicial” suelen ser dos: el llamado *juramento de anatema* y el incumplimiento de las obligaciones conyugales.

El “juramento de anatema” no es tan sólo una forma de disolución del matrimonio, ya que su principal finalidad es impedir que sea atribuido al marido un hijo adulterino de la esposa, sino la normal forma de demostrar el adulterio de la mujer¹⁹.

El medio único de que dispone la esposa para disolver el lazo conyugal, en contraste con las amplísimas facultades disolutorias conferidas al marido por la repudiación, es el divorcio decretado por la autoridad judicial por incumplimiento del esposo de las obligaciones conyugales²⁰.

Por fin, el *cadí* puede de oficio disolver el matrimonio en algunos casos determinados: abuso de autoridad marital (malos tratos continuados, injurias graves, intentos coactivos de prostituir a la esposa, etc.), existencia de obstáculos importantes para la continuidad de la plena comunidad conyugal (indocilidad manifiesta de la mujer, intolerancia grave del marido), o, cuando antes de la consumación del matrimonio, surge entre los esposos divergencias sobre el *quantum* o cualidad de la dote. En estos supuestos de disolución *officio judicis*, ésta es definitiva, irrevocable y perfecta²¹.

C) REMISIONES DEL DERECHO ESPAÑOL AL SISTEMA MATRIMONIAL ISLÁMICO

1) *Régimen jurídico peculiar de la provincia del Sahara*. Bajo la denominación de “Provincias Africanas” eran comúnmente conocidos ciertos territorios pertenecientes a España que, tras un período más o menos largo de colonización, adquirieron el *status* administrativo de provincias, si bien con un régimen intensamente diferenciado del resto de las peninsulares, Canarias y Baleares.

Antes del escalonado proceso descolonizador de las mismas, los citados territorios formaban dos regiones perfectamente diferenciadas: “Provincias del Africa Occidental” (Ifni y Sahara) y “Provincias del Africa Ecuatorial” (Fernando Poo y Río Muni). Su régimen jurídico se contenía fundamentalmente en el Decreto de 10 de enero de 1958 y Ley de 30 de julio de 1959, completadas por una serie de disposiciones de rango inferior que les conferían estatutos jurídicos particulares²².

¹⁹ Cuando la esposa ha sido sorprendida en flagrante adulterio o, durante el matrimonio, ha sido violada, apareciendo embarazo, el marido puede pedir ante el *cadí* el derecho de anatema, que supone —en síntesis— un juramento cinco veces repetido de no haber sido el causante de tal embarazo. Si la esposa no niega estas afirmaciones, el *cadí* constata inmediatamente el repudio de la mujer, imponiendo además sanciones de orden penal o patrimonial.

²⁰ Las causas principales hacen relación al impago de la dote, obligaciones alimenticias desatendidas (*nefaka*), incumplimiento de cláusulas contractuales convenidas antes del matrimonio, etc.

²¹ Puede completarse el estudio de la repudiación islámica en: RAFEHI: *La réputation dans le Droit positif de l'Islam*, París 1950.

²² Sobre el régimen anterior al actual *status*, vide: CORDERO TORRES: *Tratado elemental de Derecho colonial*, Madrid 1951; PERÉ RALUY: *Derecho del Registro Civil*, t. II, Madrid 1962, pp. 1022 y ss.

Las fuertes corrientes descolonizadoras produjeron la sucesiva anexión a Marruecos de la provincia de Ifni y la declaración de independencia de los antiguos territorios del golfo de Guinea.

De esta forma tan sólo el llamado Sahara Español continúa siendo provincia y sometida a un peculiar estatuto jurídico, que lo integran fundamentalmente la ley de 19 de abril de 1961 sobre su Régimen Jurídico y los Decretos de 29 de noviembre de 1962 y 21 de noviembre de 1963 sobre Organización de la Administración y de la Justicia, respectivamente. Por su parte la Orden de 6 de enero de 1956 tiene un especial relieve en el tema matrimonial.

El conjunto de esta normativa viene a instaurar un régimen mixto en el que se intentan conjugar los principios fundamentales, materiales y procesales, de nuestro sistema de Derecho común con la peculiaridades emergentes del respeto a las costumbres y tradiciones de la población indígena.

De esta forma, la citada ley del 61 hace notar en su preámbulo que: "Los principios y disposiciones legales que establecen el régimen jurídico local y provincial deben adaptarse a las características de orden geográfico, histórico, social, económico y, sobre todo, humano de cada una de nuestras provincias...; siendo incuestionable la singularidad de los diversos factores físicos y humanos que presenta la provincia española del Sahara... El elevado porcentaje de población nómada dentro de su totalidad demográfica; *la religión, causa y consecuencia a la vez de unas peculiares costumbres y formas de vida*; las características especiales de su clima; la pobreza de su suelo, y los condicionamientos de todo orden que el conjunto de estos elementos suponen, imprimen a esta Provincia y a sus hombres un especial modo de vivir...".

Consecuencia de esas peculiaridades —constatadas en el preámbulo de la ley— son las disposiciones normativas contenidas en los arts. 2 y 7, como más destacables a los efectos de la resolución que comentamos.

El artículo 2 dispone: "El régimen jurídico público y privado de dicha provincia tendrá principalmente en cuenta sus características y peculiaridades, inspirándose en las Leyes Fundamentales de la Nación. En defecto de disposición legal especialmente dictada para la provincia o, en su caso, de norma coránica y consuetudinaria aplicable, se acudirá a la legislación sustantiva y procesal de aplicación general en el resto del territorio nacional". El artículo 7 reconoce a los naturales musulmanes su derecho a practicar la religión islámica, así como sus usos y costumbres tradicionales.

Por su parte, el decreto de 21 de noviembre de 1963 instaura un sistema jurisdiccional mixto en el que se reconoce, junto a los órganos de la jurisdicción ordinaria, la existencia de los Tribunales Cheránicos, que aplican dentro de su particular esfera el Derecho musulmán, y de los Tribunales de Costumbres, que basan sus pronunciamientos en el Derecho consuetudinario (Artículos 28 y 29).

La competencia de los mismos en las causas civiles viene delimitada por la condición de naturales saharauis de las partes litigantes, salvo sumisión expresa a la jurisdicción ordinaria (art. 5).

2) *Especialidades matrimoniales*. Si la normativa con rango de ley anteriormente relacionada remite al Derecho musulmán "in genere" la reglamentación del estatuto personal de los saharauis españoles, la citada orden de 6 de enero de 1956 reconoce expresamente las particularidades matrimoniales incluidas en tal estatuto.

Según el número 7 de esta disposición: "Los matrimonios entre indígenas que voluntariamente se inscriban en el Registro civil no producirán efecto especial alguno para los contrayentes, que continuarán sometidos a su propio fuero. Estos matrimonios se inscribirán en el Registro civil mediante la transcripción del documento otorgado por los adules, previa su traducción al idioma español por un intérprete oficial. En los asientos de estas inscripciones, además de los requisitos generales, se consignará referencia a anteriores matrimonios que hubieran podido contraer los cónyuges. El divorcio de cualquiera de ellos se transcribirá mediante nota marginal".

Peré Raluy²³, comentando esta disposición, observa con buen criterio "que la extraña referencia de la primera parte del número 7 a los efectos del matrimonio debe entenderse en el sentido de que la inscripción del matrimonio no altera la naturaleza y clase de éste, que seguirá sometido al régimen jurídico —normas islámicas— que rigen el matrimonio conforme a su estatuto personal".

En lo relacionado con el caso de matrimonios entre indígenas y españoles de procedencia europea, el número 6 de la misma Orden establece que "...se registrarán, en todos sus efectos, tanto entre los cónyuges como entre éstos y sus descendientes, por las disposiciones generales metropolitanas. Los párrocos y los jueces ante quienes se contraigan tales matrimonios cuidarán especialmente de advertir a los contrayentes los especiales efectos establecidos en el párrafo anterior".

Innecesario es advertir la importancia que esta última disposición reviste en el supuesto contemplado por la resolución objeto de nuestro comentario. Su redacción despeja parte del problema que plantea el matrimonio autorizado por la D.G.R., es decir, la sumisión del mismo a las normas del Derecho común una vez celebrado. Sin embargo, deja subsistente el esencial de saber si el estatuto personal metropolitano atrae o no —antes de la celebración del matrimonio— a la órbita de los artículos 51, 52 y 83 del Código Civil el estatuto personal del contrayente indígena, con la consiguiente prohibición de matrimonio por la existencia de impedimento de ligamen. La implícita respuesta negativa de la D.G.R. requiere un minucioso examen por las consecuencias que al principio de estas páginas considerábamos probables en el campo de nuestro sistema de conflictos internacional e interregional.

Los problemas que suscita la coordinación de los dos estatutos personales son de extrema dificultad, acentuada por el casi absoluto vacío normativo en la materia y la insuficiencia de los rudimentarios preceptos generales del Código Civil para resolver la problemática inferida por la coexistencia de dos

²³ *Ob. cit.*, p. 1027.

clases de españoles de estatuto tan diferenciado. Si a esa laguna normativa se añade la inexistencia de directa jurisprudencia que aclare el conflicto, es claro que éste debe ser resuelto en el plano de la analogía con las soluciones hasta ahora adoptadas por el Tribunal Supremo y Dirección General de los Registros en lo referente al juego del orden público en el tema de la indisolubilidad matrimonial, adaptando, no obstante, la problemática de Derecho internacional privado a la de Derecho interregional e interconfesional por la especialidad que ésta reviste con respecto a aquélla. Y sin olvidar, por otra parte, la acertada crítica de Miaja de la Muela²⁴ al procedimiento utilizado por el legislador de unificar tipos de conflictos tan diferentes que, aun guardando profundo paralelismo, no justifica la identificación a que los somete el artículo 14 del Código Civil.

A su vez, no parece ajena a la cuestión planteada la consideración dada al repudio por la doctrina y jurisprudencia de países divorcistas. Puede servirnos de pauta para comparar estas soluciones con la adoptada en este caso por la D.G.R. y sacar conclusiones.

Ambos son temas que analizamos a continuación.

IV.—LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO ANTE EL DERECHO ESPAÑOL

A) CRITERIOS LEGISLATIVOS

La normativa jurídica, tanto a nivel constitucional como legal de rango inferior, sienta un criterio básico y claramente negativo de disolubilidad matrimonial por causa diversa de muerte.

El artículo 22 del Fuero de los Españoles establece que “El matrimonio será uno e indisoluble”.

Por su parte, el Código Civil es igualmente riguroso: “No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente” (art. 51). En el 52 se dice que “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”; y en el 83, número 5 se prohíbe el matrimonio “a los que se hallasen ligados con vínculo matrimonial”. El artículo 104, por fin, dispone “que la separación produce la suspensión de la vida común de los casados y los demás efectos previstos en el art. 73”. Entre los cuales no figura en modo alguno la disolución del vínculo con la aneja consecuencia de la readquisición de la capacidad matrimonial por el separado por sentencia firme.

La excepción a esta reglamentación indisoluble del matrimonio se contiene en el artículo 80, en el que se reconoce la disolución por dispensa “super rato” del matrimonio canónico y la eficacia civil del privilegio Paulino en los supuestos de legítima unión civil. La eficacia en nuestro orden interno

²⁴ *Derecho internacional privado*, t. I, Madrid 1969, p. 490.

del privilegio Petrino es discutida por la doctrina, sin que la jurisprudencia se haya pronunciado sobre este punto²⁵.

B) INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Nuestra jurisprudencia ha contemplado el tema de la indisolubilidad matrimonial en dos frentes: el interno y el internacional.

En el primer ámbito ha aplicado las normas anteriormente transcritas rigurosamente. Es decir, no sólo ha negado la posibilidad de divorcio vincular en matrimonio entre españoles, sino que también ha considerado contrarias al orden público interno las pretensiones procesales encaminadas a disolver en nuestro territorio matrimonios válidos contraídos por extranjeros cuyo estatuto personal admite el divorcio.

Un ejemplo de esta última postura es la sentencia de 12 de marzo de 1970 en la que se denegó la pretensión de divorcio planteada por una nacional cingalesa de matrimonio contraído con nacional hindú en Bombay y en forma civil. El Tribunal Supremo entendió que "...no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal de donde puedan derivarse, ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre en todas aquellas que son contrarias a la moral o al orden público, entre las que se encuentran en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera". Un supuesto similar fue también resuelto negativamente por sentencia anterior de 23 de febrero de 1944.

Por su parte, el orden público internacional²⁶ ha sido frecuentemente alegado por la jurisprudencia para negar efectos directos en España al divorcio decretado en el extranjero conforme a fuero competente²⁷.

Algunos ejemplos de esta última postura son la resolución de 10 de agosto de 1961 y la sentencia de 5 de abril de 1966.

La primera prohibió el matrimonio civil en España de dos súbditos daneses divorciados en su país de anteriores matrimonios, observando que "el

²⁵ Cf. LÓPEZ ALARCÓN: *La disolución del matrimonio en Derecho canónico y sus efectos civiles*, en "Anales de la Universidad de Murcia", 1962-63, pp. 103 y ss.

²⁶ Sobre la diferenciación entre normas de aplicación necesaria, orden público interno y orden público internacional, vide: SPERDUTI: *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, en "Rivista di Diritto Internazionale", 1954, pp. 82 y ss.; DORAL: *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona 1967, pp. 107 y ss.; AGUILAR NAVARRO: *El orden público en Derecho internacional privado*, en "Revista Española de Derecho Internacional", 1953, pp. 33 y ss.; SMITH: *El orden público como concepto y status social*, en "Revista Española de Derecho Español y Americano", 1965, pp. 174 y ss.; LAGARDE: *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*, París 1959.

²⁷ Cf. AGUILAR BENÍTEZ: *Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español*, en "Revista Española de Derecho Internacional", 1967, pp. 242 y ss.; MEDINA ORTEGA: *Reconsideración del divorcio en el Derecho español de conflictos*, en misma revista, 1962, pp. 460 ss.; BLANQUER, MARTÍNEZ GIL y SIMÓ SANTONJA: *Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado*, Ponencia presentada al XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid 1971; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil español*, IV, *Familia*, 3.^a ed., Madrid 1972, p. 154.

artículo 11 del Código Civil altera el estatuto personal señalado en el artículo 9, en los casos excepcionales en que razones de orden público o moral no permitan hacer dejación del Derecho patrio”.

La segunda no reconoce eficacia en España al divorcio obtenido en su país por un súbdito costarricense respecto a matrimonio canónico celebrado en 1924, entendiéndose nulo el posterior civil contraído con súbdito español en 1935 en España. La sentencia hace notar que una interpretación distinta “cometería las infracciones legales que en el recurso se acusan, pues, por un lado interpretaría erróneamente el párrafo 3 del artículo 11 del Código Civil, que impide la eficacia en España de sentencias de divorcio vincular obtenidas en otro país, aunque sea de súbdito perteneciente a tal país, y, por otro lado, dejaría de aplicar el número 5 del artículo 83 y los artículos 51, 52 y 104 del mismo cuerpo legal que son de pertinente aplicación”²⁸.

Igualmente la jurisprudencia ha calificado como nulo el matrimonio civil contraído en el extranjero por español con mujer de distinta nacionalidad divorciada (sentencias de 29 de mayo de 1971 y 12 de marzo de 1944).

Excepciones a esta doctrina se encuentran tan sólo en las resoluciones de 13 de octubre de 1930 y 27 de junio de 1969.

La primera permitió la celebración de matrimonio civil entre español y norteamericana divorciada. La de 1969 entendió válido el matrimonio civil contraído en Hamburgo por un español allí residente con alemana divorciada de anterior matrimonio²⁹.

La rigurosa incidencia del orden público y de las normas de aplicación necesaria han sido atenuados tan sólo en lo relativo al reconocimiento de efectos indirectos o secundarios en nuestro orden interno del divorcio vincular.

Las materias a que se ha aplicado más corrientemente la doctrina del “efecto atenuado” han sido las relacionadas con nacionalidad³⁰, filiación³¹; bigamia³², y regímenes económico matrimonial y sucesorio³³.

²⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado la D.G.R. en resoluciones de 15 de febrero de 1941, 10 enero de 1949, 26 de marzo de 1951, 3 octubre de 1952 y 23 abril de 1970, entre otras.

²⁹ El orden público en ambas resoluciones se entiende atenuado al tratarse de matrimonio civil, aunque dejando constancia de la imposibilidad de nuevo matrimonio, si el intentado fuera de naturaleza canónica. Ambos pronunciamientos son extemporáneos y contradictorios con la anterior y posterior jurisprudencia.

³⁰ La resolución de 26 de marzo de 1951 admitió la posibilidad de recuperación de nacionalidad española de mujer casada canónicamente en España con alemán y posteriormente divorciada en Alemania. Las interpretaciones a que dio lugar esta doctrina, vide en: GREÑO VELASCO: *Readquisición de la nacionalidad española por la mujer casada en los supuestos de separación indefinida y divorcio vincular*, en “Revista Española de Derecho Internacional”, 1951, pp. 573 y ss.; ARAGONESES: *Recuperación de la nacionalidad española de una mujer divorciada*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1951, pp. 517 y ss.

³¹ Dos recientes resoluciones han venido a consagrar definitivamente una corriente humanitaria tendente a la calificación como naturales de hijos de divorciados: la de 23 de abril de 1970 y la de 7 de agosto de 1970.

³² Cf. sentencia 7 de abril de 1915.

³³ Cf. sentencia 13 de marzo de 1969 y auto de la Sala de lo Civil del T. S. de 11 de mayo de 1957.

Como resumen de estas sucintas referencias jurisprudenciales podemos deducir que en la indisolubilidad matrimonial, el orden público interviene tanto en base personal —en función de la nacionalidad de alguno de los elementos de la relación jurídico-matrimonial—, territorial —por la localización en suelo español de relaciones jurídicas entre extranjeros—, o material —naturaleza canónica del matrimonio— para prohibir cualquier efecto directo en nuestro ordenamiento del divorcio vincular. La atenuación sólo se produce en situaciones colaterales a la relación jurídico matrimonial, nunca en el esencial de readquisición de la aptitud matrimonial por el divorciado en el extranjero o en la posibilidad de divorcio en territorio nacional.

Obsérvese que esta rigurosa postura de nuestra jurisprudencia se refiere al divorcio decretado por autoridad judicial y reconocido en muchos países como medio normal de disolución del vínculo. Si se piensa que el repudio unilateral (base de la resolución de 18 de septiembre de 1971) es considerado como contrario al orden público de los sistemas divorcistas occidentales, es fácil comprender la interna contradicción de la D.G.R. al entender como eficaz civilmente en nuestro Derecho común la disolución por tal medio de dos matrimonios sucesivamente contraídos por español saharauí.

V.—POSICION DE LOS SISTEMAS JURIDICOS DIVORCISTAS FRENTE AL REPUDIO UNILATERAL

Tanto en la poligamia como en el repudio —instituciones ambas admitidas en el Derecho musulmán— el orden público interviene enérgicamente en los sistemas laicos matrimoniales³⁴ que, como es sabido y fruto de la Reforma protestante, admiten ampliamente el divorcio³⁵.

Francia, que durante toda la época de colonización sobre el Norte de Africa tuvo que enfrentarse con el problema del repudio, creemos es el ejemplo más claro de sistema laico contrario a la producción de efectos directos en su orden de tal institución.

Según Malaurie³⁶ “la repudiación unilateral es contraria al orden público francés y tanto en su sentido estricto como en su posible atenuación es con-

³⁴ Sobre la distinta conceptualización del matrimonio en los denominados sistemas laicos y confesionales de base canónica, vide: ELGGEDAWY: *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en D. I. P.*, París 1971; BELLINI: *Sui conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*, en “Il Diritto Ecclesiastico”, 1956, pp. 101 y ss.; DAVID: *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 3.^a ed., París 1969.

³⁵ La regulación del divorcio en estos sistemas es diversa según que la concepción básica del mismo gire sobre la noción de divorcio-remedio, divorcio-sanción o divorcio por mutuo consentimiento. Un estudio en Derecho comparado sobre el tema puede verse en: FERNÁNDEZ FLÓREZ: *El divorcio en Derecho internacional privado*, Buenos Aires 1967; PALLADINO-PALLADINO: *Il divorzio*, Milano 1970, pp. 5 y ss.; BRUNELLI: *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Milano 1958.

³⁶ *Note sous s. Tribunal de la Seine 23 mai 1960*, en “Dalloz”, 1960, p. 715.

traría a la idea que Francia tiene de las relaciones conyugales; más aún que la poligamia, el repudio ataca frontalmente un fundamento esencial de nuestra civilización, o más exactamente, es totalmente extraña a ella: expresión de la suficiencia o del capricho del hombre, fermento de inestabilidad de la unión conyugal... arranca al matrimonio lo que constituye su razón de ser: su seriedad, estabilidad y dignidad”.

Para Loussouarn³⁷, “la repudiación unilateral es, de todas las formas de disolución del matrimonio, la más alejada de nuestra concepción del divorcio y, cosa aún más grave, de nuestra concepción de la familia fundada sobre la igualdad entre hombre y mujer. Admitir la validez de la repudiación unilateral bajo la excusa de los derechos adquiridos, supone consagrar en materia de divorcio, no ya la atenuación del orden público, sino la desaparición de todo orden jurídico”.

Hébraud y Reynaud³⁸ entienden que el repudio no lleva aneja una simple calificación de nulidad, sino una verdadera inexistencia, dado el carácter jurisdiccional del divorcio en Francia que obstaculizaría cualquier intento que pretendiera sustituir al juez en su decisión.

Por fin, Elgeddawy³⁹ traslada la no operatividad del repudio del campo del orden público al de la calificación. Para este autor “...la repudiación, llevada a cabo por un esposo musulmán o judío..., no tiene valor ante el sistema laico ya que el esposo que repudia no es el juez y carece de competencia para disolver el vínculo... De esta forma, aun reconociendo que el repudio pueda considerarse como una variedad del divorcio, el monopolio jurídico que la calificación traduce en regla de forma, o más exactamente, en norma de procedimiento, impondría la disolución de la unión conyugal por el sólo medio jurisdiccional admitido, es decir, el divorcio; este mismo monopolio despojaría a la repudiación de todo valor operacional”⁴⁰.

Por citar dos ejemplos más de sistemas admisivos del divorcio y de su eficacia internacional, creemos de interés referirnos a la postura jurisprudencial suiza e inglesa frente al repudio.

El Tribunal Federal suizo ha declarado por sentencia de 8 de febrero de 1962 que “...el reconocimiento de sentencia extranjera disolutoria de matrimonio no puede extenderse a los casos de repudio unilateral, ya que la peculiaridad de esta institución no permite a ambos esposos defenderse ante una autoridad que instruya la causa, lo que es inconciliable con los principios fundamentales del orden público suizo”⁴¹. Siendo de notar que esta doctrina

³⁷ *Note sous Tribunal de Grande Instance de la Seine 26.X.1959*, en “Revue critique de Droit International Privé”, 1960, p. 354.

³⁸ *Sur la notion d'acte juridictionnel et les divorces confessionnels*, en “Revue trimestrielle de Droit Civil”, 1960, p. 517.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 141.

⁴⁰ Igualmente una mayoritaria jurisprudencia francesa ha negado operatividad directa del repudio en el ámbito del Derecho interno: Cf. Sentencia del Tribunal del Sena de 13 abril de 1938 (Texto: “Revue critique de D. I. P.”, 1939, p. 103); sentencia del Tribunal de París de 7 julio de 1959 (Texto: “Revue critique...”, 1960, p. 254) y antecedentes jurisprudenciales citados en este último pronunciamiento.

⁴¹ Texto de la sentencia en: “Journal du Droit International”, 1965, pp. 119 y ss.

fue sentada en un supuesto en que la propia mujer repudiada era la que la solicitó la inscripción del repudio en el Registro civil de su Cantón de origen, lo que presta aún mayor rigor a la postura de la jurisprudencia suiza.

En Inglaterra, la jurisprudencia ha mantenido mayoritariamente idéntico rigor. Dos ejemplos son las sentencias dictadas en los casos *Hammersmith* y *Maher v. Maher*⁴². En ambas se rehusa la pretendida asimilación del repudio al divorcio judicial.

Por su parte, la más reciente Convención internacional sobre divorcio y separación de cuerpos —la elaboración por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado de 1968— ha eludido la identificación entre divorcio y repudio. En el artículo I del Proyecto aprobado se habla solamente de “divorcio y separación de cuerpos *consecuencia de un procedimiento judicial u otro oficialmente reconocido* en los Estados contratantes”⁴³, lo que ha llevado a Batiffol a interpretar la no referencia al repudio, como manifestación del deseo de excluir del ámbito del Proyecto “institución tan desprovista de garantías para los esposos”⁴⁴.

VI.—ESTATUTO PERSONAL CORANICO Y ESTATUTO PERSONAL CANONICO EN DERECHO ESPAÑOL

El argumento fundamental que la resolución esgrime para admitir la eficacia en Derecho común del repudio unilateral islámico parece descansar en una afirmación global y —a nuestro entender simplista—: “Considerando que si bien la indisolubilidad del matrimonio es idea básica en la organización de la familia (española), no es regla que, en nuestro Ordenamiento, no admita inflexiones (cfr. art. 80 del Código Civil), por lo que no se ven razones suficientes de orden público para excepcionar el régimen normalmente aplicable e impedir el nuevo matrimonio a quien, conforme al propio estatuto religioso y jurídico, reconocido por el Ordenamiento español, ha dejado de estar casado”.

Claramente se está aludiendo a la facultad del Romano Pontífice de disolver algunos matrimonios —eficaz en nuestro Derecho— asimilándola, en cierta forma, a la facultad que el Derecho islámico confiere al varón para repudiar a su mujer.

Esta asimilación es a nuestro entender jurídicamente errónea. Y ello por dos razones: la primera, por la distinta “ratio” que subyace en una y otra

⁴² Ambos citados por WEBB: *The relaxation of the Hammersmith marriage case*, en “The modern law review”, 1962, pp. 730 y ss.

⁴³ El texto completo de esta Convención, vide en: *Actes et documents de la onzième session de la Conférence de la Haye de D. I. P.*, La Haye, 1970, t. II, pp. 201-208. La posición de la delegación española fue claramente de reserva ante el Proyecto. La intervención del representante español puede verse en mismo vol. cit., pp. 78-79.

⁴⁴ *La onzième session de la Haye de D. I. P.*, en “Revue critique...”, 1969, p. 217.

forma de disolución matrimonial; la segunda, por el diverso papel que juega la voluntad de los esposos en los supuestos asimilados.

Como es sabido, la concepción canónica de la indisolubilidad del matrimonio no alcanza un carácter tan absoluto que no legitime la destrucción del vínculo en algunos supuestos en que aquél carezca de la nota de "rato" o de "consumado". El matrimonio rato y no consumado es, en efecto, disoluble en los supuestos contemplados por el can. 1119; el no sacramental, aun consumado, puede disolverse por privilegio Paulino y Petrino⁴⁵. No obstante, es nota común a todas estas formas excepcionales de disolución del vínculo —alguna de ellas acogidas en nuestro Derecho a través del art. 80— la de que no es propiamente un hombre (el Papa, en este caso) quien separa a los cónyuges, sino Dios mismo por medio de su Vicario.

El vínculo matrimonial se destruye no tanto por una potestad humana como por un poder directamente divino; siendo Dios la causa principal y el Romano Pontífice la instrumental⁴⁶.

En el repudio unilateral es claro que la sola voluntad de uno de los esposos —ni siquiera la intervención judicial— es la causa eficiente y completa de la disolución⁴⁷.

Desde la perspectiva procesal también es clara la distinción. La voluntad de los esposos en la disolución por "rato y no consumado" reviste tan sólo la fuerza de un *petitum* que puede o no ser acogido en el acto que el Romano Pontífice emite. En la repudiación unilateral la voluntad del esposo actúa como causa material de la disolución del vínculo conyugal sin necesidad de confirmación por la autoridad judicial, que a lo más— y no en todos los supuestos— es tan sólo fedataria de la efectiva emisión de la voluntad repudiante.

⁴⁵ Cf. DE LA HERA: *Consensus in indissolubilitatem*, en "Acta Conventus Internationalis Canonistarum", Roma 1970, pp. 562 y ss.; PALAZZINI: *Indissolubilità del matrimonio*, Roma 1952; MAYAUD: *L'indissolubilité du mariage*, Strasbourg 1956; LÓPEZ ALARCÓN: *El privilegio petrino*, "Anales de la Universidad de Murcia", 1962-63, pp. 17 y ss.

⁴⁶ Sobre este punto, vide: ABATE: *Delegabilità del potere vicario sul vincolo coniugale*, en "Acta Conventus...", cit., pp. 527 y ss.; SANTOS DÍEZ: *La potestad ministerial en el ordenamiento canónico*, en "Ius Canonicum", 1965, pp. 63 y ss.; LAZCANO: *Potestad del Papa en la disolución del matrimonio de infieles*, Madrid 1945, pp. 242 y ss. En *Casti connubii* (AAS, XXII, 1930, p. 552) Pío XI se refiere expresamente a este punto con las siguientes palabras: "Quod si exceptioni, etsi rarissime, haec firmitas obnoxia videatur, ut in quibusdam coniugibus naturalibus solum inte infideles initis vel, si inter christifideles, ratis illis quidem sed nondum consummatis, ea exceptio non ex hominibus voluntate pendet, neque potestatis cuiuslibet mere humanae, sed ex iure divino, cuius una custos atque interpret est Ecclesia Christi".

⁴⁷ En otro lugar hemos utilizado (*Divorcio vincular...*, cit., p. 215) similar argumento para distinguir la distinta naturaleza jurídica de la disolución del vínculo por potestad vicaria del Romano Pontífice y los supuestos de divorcio previstos por las legislaciones civiles. Hacíamos notar entonces que el acto del Romano Pontífice tiene una naturaleza cuasi legislativa y no jurisdiccional, mientras que el divorcio es un acto obviamente de naturaleza judicial, definido por Ennecerus (*Derecho de familia*, trad. española de la 20 ed., Madrid 1953, v. I, pp. 232-233) como "un supuesto de hecho espaciado que se compone de una declaración de voluntad formalizada (demanda) y de un acto judicial (sentencia firme)".

En ambos supuestos hay un idéntico efecto: la disolución del matrimonio; sin embargo, la causa de la ruptura conyugal es esencial, procesal y materialmente distinta.

Aunque la resolución no se refiera directamente al problema, a nuestro entender lo que decisivamente le lleva a la solución que da al supuesto de hecho planteado estriba en la existencia de un estatuto personal canónico reconocido por nuestra legislación civil a los súbditos católicos que, al permitir la disolución del vínculo en algunos excepcionales supuestos, justifica a la D.G.R. para entender igualmente legítima la operatividad en el Derecho común del especial estatuto personal coránico reconocido a los saharauis que profesan la religión islámica.

Hemos tenido ocasión de constatar las causas de esta errónea asimilación en el contexto de uno de los problemas que la admisión de ambos estatutos plantea: la disolución del matrimonio válido. Más adelante tenemos ocasión de referirnos a las extrañas consecuencias que en otros aspectos matrimoniales esa asimilación comportaría.

VII.—APLICACION DE LA PRECEDENTE EXPOSICION A LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1971

A) RESUMEN DE LO EXPUESTO

Las anteriores motivaciones permiten concluir las siguientes consideraciones generales:

1) Los actos que la resolución reiteradas veces denomina con el genérico nombre de *divorcio* constituyen supuestos claros de *repudio unilateral*. El primero —realizado por el natural saharí sobre su primera y legítima esposa D.B.L.— ejemplo del que llamábamos *repudio nuevo*, en contraposición con el *sunita* de carácter inicialmente revocable. El segundo —efectuado por el mismo M.B.H. sobre su segunda esposa A.E.S.— también de carácter unilateral y tan sólo constatado por el cadí, sin contraposición argumental de partes ni sentencia disolutoria.

2) Inexistencia de norma de conflicto especial aplicable al caso. El complejo jurídico que regula el régimen especial del Sahara y de sus naturales no prevé *expresamente* el conflicto interestatutario, en lo que al matrimonio se refiere, entre nacionales sometidos al Derecho común y los incluidos en el genérico reconocimiento del estatuto personal islámico. Tan sólo sanciona la “vis atractiva” del estatuto especial saharí al estatuto común *una vez celebrado el matrimonio*.

3) Las remisiones que nuestro Derecho común hace a la legislación islámica parecen moverse tan sólo en el ámbito de la validez de las relaciones intersubjetivas en los casos de nacionales indígenas entre sí, pero no de éstos con nacionales de procedencia europea.

4) El supuesto de hecho que la resolución contempla (eficacia en Derecho común del especial estatuto reconocido) debe ser adecuadamente resuelto en el contexto de los artículos 9, 10 y 11 del C. C. a los que remite el 14 del mismo cuerpo legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 12. Y ello, teniendo en cuenta lo que la jurisprudencia y legislación de Derecho común resuelve en situaciones análogas, similares o afines.

5) La concepción jurisprudencial española del orden público interno e internacional es opuesta a la admisión de efectos directos, en nuestro sistema jurídico, de otras formas de disolución del vínculo que externamente revisten mayores garantías que el repudio unilateral (divorcio vincular en sus diversas conceptualizaciones).

6) La operatividad de la repudiación en los sistemas jurídicos occidentales, incluso divorcistas, es prácticamente nula.

7) La asimilación entre formas de disolución del vínculo admitidas civilmente para los sometidos al estatuto personal canónico y las emergentes del estatuto personal coránico aparece viciada en su base por un error que la descalifica: la equiparación de las instituciones por sus efectos prácticos y no por su especial naturaleza jurídica.

B) CONCLUSIONES GENERALES

La doctrina sentada por la resolución —eficacia en el ámbito general del Derecho común del estatuto personal islámico, en lo que al repudio se refiere— la entendemos, cuanto menos, discutible en buena técnica jurídica, contradictoria con la jurisprudencia afín, y carente de previsión de las consecuencias de futuro que en nuestro orden interno pueden seguirse de tal doctrina^{47 bis}.

Decimos que es técnicamente discutible, por la razón de que rellena jurisprudencialmente una evidente laguna normativa sin atenerse al sentido de la normativa paralela que debe aplicar: artículos 9 y 11 del Código Civil.

Si el juego del artículo 9 reconocería eficacia en Derecho común al estatuto personal coránico —dotado de justa operatividad en las relaciones entre naturales saharauis de idéntica religión—, el artículo 11 equilibraría la cues-

^{47 bis} Ortiz de la Torre ha observado respecto a la resolución que comentamos: "La resolución de 18 de septiembre de 1971 es recusable en cuanto admite el matrimonio civil de un divorciado en contra de otras decisiones del mismo Centro que sostienen justamente lo contrario, pero a la luz de las disposiciones de la Ley de 1961 se ajusta a una realidad legislativa, realidad criticable puesto que mira sólo al estatuto personal saharauí rompiendo la unidad de trato, la igualdad entre los españoles y la de los extranjeros frente a éstos, con independencia de la inderogabilidad por esa Ley del citado art. 22 del Fuero de los Españoles. A nuestro juicio urge una reforma legislativa o, si se acepta la situación legal actual, una variación jurisprudencial en la concepción del divorcio para no caer en el absurdo" (*A propósito de la resolución de 18 de septiembre de 1971*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1971, p. 898).

tión al sancionar con ineficacia una institución claramente contraria a nuestra concepción fundamental de la estabilidad matrimonial y de la igualdad de derechos entre hombre y mujer en el contexto de las relaciones matrimoniales. El equilibrio de fuerzas jurídicas que se establece en la conjunta incidencia de ambas disposiciones tendría que ser roto por la aplicación de criterios normativos análogos que descubriera la "mens legislatoris" en estos conflictos interestatutarios. Y esta indagación —en el supuesto planteado— inclinaría decisivamente el fiel indicativo hacia la no operatividad del repudio y consiguiente mantenimiento del impedimento de ligamen, ya que, como en los antecedentes de la propia resolución se hace notar, si el matrimonio civil llegara a celebrarse sería uno e indisoluble y sin posibilidades de disolución por causas admitidas en la legislación del consorte varón musulmán. Lo que constituye un claro dato indiciario de que este peculiar estatuto coránico no puede tener una vigencia tan absoluta que contradiga las normas generales españolas.

La repudiación es válida en el ámbito que le es propia, pero ineficaz cuando entra en conexión con la normativa general de Derecho común⁴⁸.

La contradicción con la doctrina jurisprudencial más común en el concreto tema de la indisolubilidad matrimonial ha quedado anteriormente suficientemente constatada, así como el contraste con el trato que el repudio recibe en la comunidad jurídica occidental.

A estas contradicciones habría que sumar la que surgiría de entender absolutamente eficaz, *antes de la conclusión de matrimonios entre nacionales de distinto estatuto matrimonial en caso*, del estatuto peculiar islámico. Un ejemplo bastará para poner de manifiesto lo que observamos. Si esta tesis fuera absoluta, como congruentemente habría que deducir de la resolución comentada, nada se opondría a que los nacionales saharauis polígamos contrajeran nuevo matrimonio con mujer sometida al Derecho común, con lo que también la poligamia aparecería dotada de operatividad en nuestro orden interno, conclusión manifiestamente absurda e inimaginable dada la visión monogámica, no ya de nuestro sistema matrimonial, sino del de la totalidad del mundo occidental.

Por fin, y repetimos lo dicho al principio de estas líneas, las consecuencias de futuro de la doctrina sentada por la resolución pueden ser claramente perturbadoras. En el orden del Derecho internacional privado se da pie al reconocimiento de efectos directos de las sentencias extranjeras de divorcio, ya que si en nuestro propio orden interno se admite la disolución del matri-

⁴⁸ La posibilidad de una relación jurídica válida, pero desprovista de eficacia, no es desconocida para nuestro Derecho. El art. 51 del C. C., por ejemplo, aun entendiéndose válido el matrimonio canónico en su esfera propia lo despoja de eficacia en los supuestos de anterior matrimonio civil legítimo, situación posible en nuestro sistema matrimonial por la redacción del art. 42 del mismo cuerpo legal. Esta es la interpretación —a nuestro entender acertada— que Lalaguna (*El art. 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, en su vol. "Estudios de Derecho matrimonial", Madrid 1962, pp. 78 y ss.) da al problema que surge de la aparente antinomia entre el art. 51 y los 75 y 76 del C. C.

monio por causa aún más llamativa y extrema que el divorcio vincular, no se ven razones para que los matrimonios de españoles o de extranjeros disueltos por sentencia extranjera de divorcio u otra forma de disolución (repudio judío, por ejemplo) obtengan la correspondiente sanción de eficacia. El fraude a la ley nacional (hoy imposible por la directa carencia de efectos del divorcio en España) podría convertirse en recurso habitual a través del planteamiento por españoles del divorcio en país extranjero.

A su vez, la doctrina de la resolución puede dar motivo de impulso a ciertas corrientes que postulan la admisión en nuestro Derecho de las causas de disolución reconocidas por el Derecho sustantivo de confesiones acatólicas y religiones no cristianas cuya aceptación —en otro lugar lo hemos puesto ya de manifiesto⁴⁹— ocasionaría una auténtica distorsión de todo nuestro Derecho de familia, agravado por las consecuencias perturbadoras en temas colaterales al matrimonio (alimentos, derechos sucesorios, régimen económico matrimonial, etc.), posibilidad de *fraus legis* por cambio de religión, y el problema del conocimiento cierto por el órgano judicial del derecho alegado.

RAFAEL NAVARRO VALLS

Profesor en la Universidad de Murcia
Doctor en Derecho

⁴⁹ Cf. NANARRO VALLS: *ob. cit.*, pp. 243 y ss. Vide también mi trabajo: *Sistema matrimonial español, concordato y libertad religiosa*, en "Palabra", 83 (1972), pp. 18-20.