

## DERECHO ISLÁMICO Y DERECHOS EUROPEOS

Juan MARTOS QUESADA  
Universidad Complutense de Madrid

### *Introducción: Europa y el fenómeno migratorio*

Europa ha sido tradicionalmente tierra de emigración. Durante muchos siglos, de hecho hasta bien entrado el siglo XX, los procesos migratorios se orientaron esencialmente desde el viejo continente hacia otros puntos del planeta: primero América, luego Asia, Oceanía y África. Las enormes colonias de europeos en todos estos territorios así lo atestiguan.

Esta situación tan sólo comenzó a variar a partir de la Gran Guerra, acentuándose tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En unos casos, los flujos migratorios se invirtieron, convirtiéndose en Estados receptores muchos de los tradicionales Estados emisores. En el resto de supuestos, aquellos países que siguieron gozando de la condición receptora, vieron altamente alterada la procedencia de los inmigrantes recibidos<sup>1</sup>.

En el caso concreto de Europa, desde finales de la Segunda Guerra Mundial y, hasta, más o menos, la primera crisis del petróleo en 1973, la necesidad de mano de obra en los Estados de la Europa occidental, favoreció la entrada en masa de trabajadores provenientes, fundamentalmente, de países del sur del continente y de las ex colonias.

Se trató, en última instancia, de un proceso alentado por los propios Estados, interesados en obtener mano de obra barata y abundante. La crisis económica de 1973, sin embargo, supuso un cambio radical en esta situación, pasando a adoptarse políticas de restricción hacia los flujos migratorios.

Frente a lo ocurrido en el Norte del continente, el proceso migratorio en el sur de Europa se inició, al igual que su industrialización, de forma más tardía. En un momento histórico coincidente con este periodo restrictivo que acabamos de apuntar. De hecho, la entrada en la unión Europea de estos países –Portugal, Grecia

---

<sup>1</sup> Cf. M. J. Criado, “Vieja y nueva migración. Rasgos, supuestos y evidencia”, en *Revista Internacional de Sociología*, XXVI (2000), p. 160.

y España- a mediados de la década de los ochenta, favoreció la vinculación a políticas de control de la emigración, inexistentes hasta esos momentos en dichos Estados y que han perdurado hasta nuestros días. Políticas que, analizadas en perspectiva, han resultado fracasadas, en la medida en que, lejos de conseguir frenar el proceso, han generalizado el denominado fenómeno de la ilegalidad sobrevenida<sup>2</sup>.

Por manejar una cifra orientativa, sólo en el año 2000, de los 816.000 emigrantes oficiales llegados a los países de la Unión Europea –casi 100.000 más que el año anterior-, la inmensa mayoría procedían fundamentalmente del Magreb, Turquía, India, África subsahariana y los Balcanes y, en el caso concreto español, de Iberoamérica. Y es necesario saber que ese mismo año 2000, había más de 3.000.000 millones de personas viviendo clandestinamente en Europa.

El resultado final de todos estos desarrollos es, en última instancia, una Europa con distintos niveles de presencia de extranjeros y, consecuentemente, con sociedades en las que se patentiza un diverso grado de pluralidad cultural y étnica.

Necesariamente, el proceso migratorio tiene una incidencia directa en las sociedades europeas, dibujando un horizonte de incertidumbre en muchos ámbitos. No sólo se trata de la llegada constante de un número importante y creciente de extranjeros, sino, sobre todo, que éstos responden a planteamientos vitales, culturales y religiosos muy distintos a los del país de acogida.

En este sentido, tres han sido los modelos de respuesta propuestos hasta ahora en el viejo continente en relación con este importante fenómeno: el de asimilación, el de integración y el de autonomía<sup>3</sup>.

El primero de los tres modelos apuntados, el denominado modelo de “asimilación”, se articula en torno al principio del *laissez faire* cultural y de una visión monocultural del fenómeno migratorio. En el mismo no se produce alteración alguna de los valores o principios que componen la esfera cultural del país de acogida. La coexistencia entre culturas se convierte, hasta cierto punto, en una especie de “competencia entre culturas”, siendo la más “fuerte” la que se impone a la considerada “más débil”; en este caso, generalmente, la cultura del inmigrante.

En un entorno como el mencionado, la “decisión y gestión política de la diferencia cultural” quedaría en manos de la ciudadanía, y la intervención estatal se produciría exclusivamente con carácter defensivo, en aquellas ocasiones en que se considere que la cultura autóctona se ve amenazada “por cualquier forma” de “invasión cultural”<sup>4</sup>.

Junto al anterior aparece, en segundo lugar, el denominado modelo integracionista. Se trata, sin lugar a dudas, del que más adeptos encuentra hoy por

---

<sup>2</sup> Cf. C. Solé, S. Parella, A. Alarcón et al., “El impacto de la inmigración en la sociedad receptora”, en *Reis*, XC (2000), págs. 135-136.

<sup>3</sup> Cf. R. Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, en *Reis*, XC (2000), pág. 161.

<sup>4</sup> R. Zapata Barrero, *op. cit.*, pág. 162.

hoy en la práctica. El mismo, aún articulándose de partida sobre unas premisas paralelas a las del de la asimilación, se modularía aceptándose una cierta intervención estatal a favor del reconocimiento de algún grado de multiculturalidad, traducida en la admisión de determinadas prácticas culturales de los emigrantes, sin constreñirlas a la esfera puramente privada.

Esta posición, menos conservadora que la anterior, seguiría, sin embargo, dejando en manos de la “sociedad” la determinación de cuál de entre las prácticas de los emigrantes sería admisible y cuál no. En otras palabras, dejaríamos de lado la exigencia plana de “asimilación”, pero se seguiría insistiendo en la necesidad de una cierta “integración” del extranjero en la sociedad de acogida.

Por último, la tercera posibilidad, articulada en torno al llamado modelo autonómico, opta por permitir a los extranjeros participar en la vida social en condiciones de estricta igualdad con los nacionales. El cambio respecto de las dos propuestas anteriores es radical: “frente al modelo de homogeneidad anterior, se reclama el derecho a la diferencia en el marco de una convivencia cultural”<sup>5</sup>.

Y entrando de lleno en el ámbito jurídico y en relación a la existencia de personas pertenecientes a grupos culturales distantes y diferentes, las soluciones previstas en el derecho internacional privado tradicional no resultan satisfactorias: la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual, que a menudo coincide con la ley del foro, contradice frecuentemente esta realidad, mientras que la ley nacional, en razón de su particularismo, introduce un elemento de heterogeneidad y consagra en el ordenamiento del foro el pluralismo de las culturas y de las civilizaciones<sup>6</sup>.

La inoperancia, pues, de las conexiones tradicionales conduce a la necesidad de encontrar soluciones específicas para unos colectivos que, aunque culturalmente alejados, constituyen un grupo de población estable en el Estado de recepción, ya que la estabilidad es una de las características esenciales de los movimientos migratorios de nuestra época.

Por otra parte, las relaciones jurídicas pueden diferir, no sólo en cuanto al momento en que fueron creadas (antes o después de la emigración) sino, esencialmente, en cuanto puedan afectar a colectivos homogéneos o heterogéneos integrados por nacionales del foro o de terceros Estados. Los resultados serán, en consecuencia, muy diversos.

La situación descrita produce un sentimiento de insatisfacción ante las soluciones aportadas por el derecho internacional privado. La respuesta jurídica a los problemas planteados es inadecuada, puesto que ha sido prevista para un tipo de sociedad que ya no responde a la realidad, dejando numerosos vacíos o dando soluciones que no tienen en cuenta la multiculturalidad. Se necesita, por tanto, un mayor grado de adaptación a la situación, que proporcione un marco abierto a los nuevos problemas. Se trataría de buscar la justicia del caso concreto, en que la

---

<sup>5</sup> M.J. Criado, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>6</sup> Véase A. Borrás y S. Mernissi (eds), *El islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1998.

flexibilización, la especialización y la materialización parecen tener un papel preeminente<sup>7</sup>.

*La respuesta jurídica española ante la presencia del colectivo musulmán*

El Estado español, ante la necesidad que le urgía de dar algún tipo de respuesta jurídica a la presencia, cada vez más evidente, de grupos musulmanes en nuestro país, se basó, para ello en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. Esta Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa prevé en su artículo 7.1 una modalidad privilegiada de cooperación entre el Estado español y determinadas confesiones, según el modelo de norma pacticia o convencional. Tal y como establece el tenor literal de dicho precepto, “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. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales”.

Como se ve, dos son los requisitos que se necesitan para llegar a un acuerdo el Estado español y una confesión religiosa; por una parte, que se halle inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, condición que cumple el Islam, y segundo, que haya alcanzado en España un notorio arraigo, condición que también cumplía la religión musulmana, a la luz del número de confesos existente actualmente en nuestro país. Así pues, el camino escogido por España para dar marco jurídico a las relaciones del Estado con el Islam, fue el de un Acuerdo<sup>8</sup>.

En 1992, cuando el Gobierno de turno se planteó esta necesidad, existían en España dos grandes Confederaciones islámicas que agrupaban, cada una de ellas, una serie de asociaciones menores de musulmanes: La Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI) y la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE)<sup>9</sup>.

Para poder lograr la firma de un Acuerdo con el Estado español, las dos federaciones se vieron obligadas, a pesar de sus diferencias, a unirse en una denominada Comisión Islámica de España (CIE), que fue la que firmó el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la CIE, aprobado mediante Ley 26/1992, de 10 de noviembre (BOE de 12 de noviembre).

Pero esta CIE, en realidad, estaba vacía de contenido, ni siquiera contaba con un local propio y cada una de las federaciones seguía actuando por su cuenta. Ante

---

<sup>7</sup> Cf. A. Borrás, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en A. Borrás y S. Mernissi (eds) *El islam jurídico y Europa*, pág. 171.

<sup>8</sup> Una excelente obra para seguir las tribulaciones de la firma de este acuerdo es I. Jiménez-Aybar, *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Pamplona, 2004.

<sup>9</sup> Véase, J. Lacomba, *El Islam inmigrado. Transformaciones y adaptaciones de las prácticas culturales y religiosas*, Madrid, 2001.

este hecho, en el año 1998, surgió la “propuesta Mantecón”<sup>10</sup>, que intentó hacer operativo este Acuerdo, objetivo que no consiguió. Para el año 2001, el auge de las asociaciones autonómicas ensombreció a las federaciones estatales, llegándose a una situación de “reinos de taifas” para lograr soluciones a la presencia del Islam: cada Comunidad autonómica negociaba con sus propias asociaciones islámicas. En el año 2004, a propuesta del Ministerio de Justicia, y a través de él, se creó la Fundación Pluralismo y Convivencia, destinada a financiar y subvencionar el culto islámico, tal y como reclamaban sus dirigentes, que se comparaban con el trato dado a la religión católica. En fin, la situación actual es que la comunidad islámica en España necesita de una sola voz para poder llegar a logros, dentro del marco del Acuerdo, cada vez más urgentes en el campo jurídico y no sólo en éste.

#### *Un caso emblemático de problemática jurídica: el matrimonio islámico*

Veamos un caso cotidiano y real en el que se reclama con más urgencia un marco jurídico adecuado: el matrimonio de inmigrantes musulmanes o matrimonios mixtos español extranjero por el rito musulmán.

En cuanto al matrimonio, no es necesario decir que esta fórmula de unión entre personas para formar una familia es fruto de cada sociedad y momento, dando lugar en cada caso y país a un Derecho de Familia, que necesita adecuarse a las circunstancias<sup>11</sup>.

El matrimonio islámico es un contrato, no es una institución como en Occidente y las principales dificultades que encontramos en su cotejo son: la posibilidad de poligamia, la subordinación de la mujer al marido, la configuración del matrimonio como un pacto, un contrato personal y la existencia del repudio<sup>12</sup>.

La primera cuestión que debe tratarse es la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles al existir un elemento extranjero (el o los cónyuges inmigrantes) en la relación matrimonial; la competencia se determina a través del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>13</sup>.

En consecuencia, aplicando el foro general del artículo 22.2. de la LOPJ, son competentes los Tribunales españoles cuando el cónyuge demandado esté domiciliado en España, así como ambos se sometan a los mismos. Y según los foros especiales previstos para las relaciones entre cónyuges (art. 22.3 LOPJ), la competencia derivará del hecho de la residencia habitual común del matrimonio en España al tiempo de la demanda.

---

<sup>10</sup> J. Mantecón Sancho, *Los Acuerdos del Estado con las Confesiones acatólicas*, Jaén, 1995.

<sup>11</sup> El caso más reciente y revolucionario de adaptación a los nuevos tiempos, es el realizado por el gobierno marroquí de su Derecho de Familia (Mudawwana), hecho en el año 2003; cf. O. Mounir, *La mudawana. Le nouveau droit de la famille au Maroc. Présentation et analyse*, Rabat, 2004.

<sup>12</sup> Cf. E. Roca, “Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio”, en A. Borrás y S. Mernissi (eds), *El Islam jurídico y Europa*, págs. 245-264.

<sup>13</sup> Véase M. Virgos y F. Garcimartín, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pág. 165.

Proyectando este criterio a las situaciones matrimoniales afectadas por el elemento de la inmigración, se comprueba que distintas situaciones pueden ser sometidas a los Tribunales españoles, en particular la de los matrimonios de inmigrantes, y de los matrimonios mixtos (español e inmigrante).

Así, la situación más representativa de la inmigración proveniente de países islámicos sería la del matrimonio de inmigrantes musulmanes que residen en España. Cuando surge un conflicto relativo a los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, sea de carácter personal o patrimonial, y uno de los cónyuges demanda al otro, tanto el foro general (domicilio del demandado) como el especial (residencia habitual del matrimonio en España) aseguran la competencia para conocer de la causa matrimonial.

Si, en el momento de la presentación de la demanda, sólo uno de los cónyuges residiera habitualmente en España, por haber regresado el otro a su país de origen o trasladado a cualquier otro Estado, el foro general del domicilio del demandado conllevará el efecto de fundamentar la competencia para conocer de las demandas dirigidas contra el cónyuge residente en España. Pero si el que permanece en España pretende demandar al que ya no reside aquí habitualmente, la formulación literal del foro especial impediría a los Tribunales españoles conocer, salvo circunstancias excepcionales.

No obstante, si se ha producido un abandono del domicilio conyugal, cabría entender, en una interpretación amplia del concepto de residencia habitual propugnada doctrinalmente, que dicho foro sigue amparando las demandas dirigidas contra el cónyuge que se ha marchado, siempre que se presenten tras haber mantenido residencia habitual común en España.

Aclaradas las posibilidades de acceso a los Tribunales españoles por parte del matrimonio de inmigrantes, queda ahora por discernir la ley aplicable a efectos del matrimonio.

La norma de conflicto que constituye el punto de partida es la contenida en el apartado 2 del artículo 9 del Código Civil sobre los efectos del matrimonio y que permite incluir las pretensiones sobre los derechos y deberes de los cónyuges, ya sea en relación a sus personas como a sus bienes. Sólo la validez de los pactos sobre el régimen de bienes o capitulaciones se decidirá en virtud de las conexiones del artículo 9.3 del Código Civil.

La primera conexión que el artículo 9.2 del Código Civil utiliza en orden a la determinación de la ley aplicable es la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

De esta manera, los matrimonios de inmigrantes de la misma nacionalidad, de un país de Derecho islámico, quedan sometidos a dicha ley, respetándose así plenamente el marco jurídico de su ley personal. Puede afirmarse que la nacionalidad, como punto de conexión, adquiere una funcionalidad diferente en el contexto de la sociedad multicultural<sup>14</sup>, al permitir a los inmigrantes seguir

---

<sup>14</sup> Cf. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Madrid, 2002.

manteniendo sus propias tradiciones familiares en el país de acogida<sup>15</sup> y proteger, así, el derecho a la identidad cultural y al propio estilo de vida, consagrado en los textos internacionales de Derechos humanos.

Este aspecto positivo de la Ley española queda más marcado aún con la posibilidad de que, en defecto de nacionalidad común, esto es, para los matrimonios mixtos, el citado artículo introduce una posibilidad de opción, de elección a favor de la ley nacional o de la residencia de alguno de ellos<sup>16</sup>. Así, los cónyuges de diferente nacionalidad pueden elegir, antes de la celebración del matrimonio y en documento auténtico, alguno de estos ordenamientos<sup>17</sup>. En particular, si residen en España, podrán optar entre sus respectivas leyes personales o la ley española de su residencia habitual. Esta posibilidad española ha sido considerada en Europa como una novedad a tener en cuenta.

Así pues, según lo expuesto, el Derecho islámico es introducido por nuestras normas de conflicto en la regulación de los efectos del matrimonio de los inmigrantes, bien originarios de países islámicos de nacionalidad común, bien de matrimonios mixtos que han optado por una ley personal islámica.

Ahora, es conveniente saber qué temas basados en el Derecho islámico en especial son los que la comunidad musulmana pretende que sean vistos por nuestros juzgados; en realidad son cuatro básicamente: los pactos sobre obligaciones personales (*šurūt*), la dote (*mahr*), la obligación de mantenimiento (*nafaqa*) y el repudio (*talāq*).

- a) En cuanto a los pactos sobre obligaciones personales (*šurūt*), es necesario aclarar que el Derecho islámico admite acuerdos entre los cónyuges regulando sus relaciones personales, categoría, en principio, extraña a nuestro ordenamiento, pactos que incluso pueden aparecer vinculados al propio contrato matrimonial como, por ejemplo, el pacto de monogamia<sup>18</sup>. Así pues la Mudawwana, el Código de Familia marroquí, establece que la mujer tiene derecho a exigir como condición en el contrato matrimonial que su marido no se case con otra, siendo el incumplimiento de tal condición motivo de anulación del matrimonio; asimismo, está previsto que se estipule que la esposa pueda ocuparse de los asuntos públicos de su país<sup>19</sup>.

Este tipo de cláusulas que se incorporan al contrato de matrimonio, pueden afectar a bienes o a personas o a ambas unidas. Tienden a reconocer ciertos derechos a la mujer, como el derecho a trabajar, o de poder viajar sola, o

---

<sup>15</sup> M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans*, Bruselas, 1992, pág. 29 y ss.

<sup>16</sup> P. Diago, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, 1999.

<sup>17</sup> Acerca de las condiciones de esta elección, véase J. Carrascosa, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Madrid, 2000.

<sup>18</sup> Cf. B. Bourdeloys, *Mariage polygame et droit positif français*, París, 1993, pág. 162.

<sup>19</sup> O. Mounir, *op. cit.*, pág. 37 y ss.

introducen restricciones o garantías frente al repudio o frente a la poligamia.

La respuesta occidental a la validez de estos acuerdos, de estas cláusulas es, en principio, de validez, pero la aplicación de la ley islámica a la validez de esos pactos podría verse tamizada por la acción de orden público matrimonial español. Así, por ejemplo, si alguno de estos acuerdos condicionara la propia validez del matrimonio (como la pretensión de uno de los cónyuges de separarse en caso de que la mujer no le dé hijos varones), entendiéndose que el consentimiento se encuentra supeditado a su cumplimiento.

En cualquier caso, la acción de orden público no debería jugar en perjuicio de la mujer musulmana que desea hacer valer sus derechos en el matrimonio amparándose en tales pactos, y en tal sentido, debería tenerse en cuenta la función que cumplen en el contexto en el que están insertados, a saber, un matrimonio válidamente celebrado conforme al Derecho islámico.

- b) Respecto a la dote (*mahr*), hay que saber que, consustancial al matrimonio islámico es la constitución de la dote<sup>20</sup>. Se define la dote, según el Derecho musulmán, como una suma de dinero o bienes que debe entregar el marido a la mujer por razón del matrimonio y que pasa a ser propiedad de ella, siendo libre de administrarla como desee; en muchos casos es el único patrimonio de la esposa, teniendo en cuenta que la posibilidad de obtenerlo mediante el trabajo se encuentra supeditada a la autorización marital<sup>21</sup>.

Es considerada como un elemento esencial del matrimonio islámico, aunque no siempre afecte a su validez, y el hecho de no estipularla no exime de la obligación de satisfacerla<sup>22</sup>. Puede especificarse que el pago de la dote sea actual o futuro. En el primer caso, debe ser pagada en el momento de contraer matrimonio. Normalmente la dote, o una suma de la misma, se difiere a un momento posterior, y la obligación del marido o de sus herederos de satisfacerla surge con ocasión de la disolución del matrimonio por divorcio o repudio, o por fallecimiento.

Los tribunales de distintos Estados europeos han tenido ocasión de analizar dicha institución, desconocida con tales características en el ámbito jurídico occidental, al haber constituido el objeto de litigios entre cónyuges de matrimonios islámicos, inmigrantes por lo general, o de matrimonios mixtos, y que al encontrarse domiciliados en Europa acuden a los

<sup>20</sup> Cf. P. Diago, “La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisation, sous l’angle du droit international privé espagnol”, en *Annales de Droit de Louvain*, nº 2001/4.

<sup>21</sup> C. Pérez Beltrán, “El Código argelino de la familia. Estudio, introductorio y traducción”, en VV.AA., *El Zagreb. Coordinadas socioculturales*, Granada, 1995. La mejor obra para analizar y comparar los diversos códigos de familia de los países árabes es la de C. Ruiz de Almodóvar, *El derecho privado en los países árabes. Códigos de Estatuto personal*, Granada, 2005.

<sup>22</sup> D. Peral y W. Menski, *Muslim family law*, Londres, 1998, pág. 180.



tribunales, con el objeto de resolver sus diferencias. Así, por ejemplo, las reclamaciones de dote, en palabras de Hessler, han provocado a los tribunales alemanes verdaderos quebraderos de cabeza<sup>23</sup>.

Cuando la dote es entregada en el momento de la celebración del matrimonio, la esposa deviene propietaria de esos bienes y dispone libremente de ellos, integra su masa patrimonial, con lo que su patrimonio se ve modificado como consecuencia del matrimonio. Ello puede desembocar en la calificación de la dote como un pacto sobre los bienes del matrimonio. Pero, si la obligación de satisfacer la dote es consecuencia de la disolución del matrimonio, entonces cumple la función de una obligación de alimentos emanada del divorcio, o de un contrato de indemnización, no requiriéndose en estos casos las exigencias formales señaladas para los pactos matrimoniales. Asimismo, cuando la dote se reclama a los herederos del marido, tras la disolución del matrimonio por fallecimiento de éste, entonces viene a cumplir la función de un derecho de viudedad.

En España, una reclamación de dote debería incluirse en el artículo 9.2 del Código Civil, efectos del matrimonio, teniendo en cuenta que se trata de una obligación personal que la ley islámica impone al marido, inseparable del resto de los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, no siendo equiparable, por tanto, a los pactos o capitulaciones, en tanto en cuanto éstos responden a una ordenación voluntaria de los bienes matrimoniales.

c) La obligación de mantenimiento (*nafaqa*) es otra de las obligaciones personales de contenido patrimonial, que recae sobre el marido en la sociedad musulmana, consistente en la obligación de mantenimiento de la esposa durante el matrimonio. Sólo el marido tiene la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio y mantenimiento de los miembros de la familia y, en particular, de su esposa. El derecho de la esposa a su mantenimiento no depende de su situación económica<sup>24</sup>, se debe aunque la mujer sea rica y él pobre. Este derecho puede ser perdido, según la ley musulmana, en caso de desobediencia (*nāšīza*), entendiéndose que ésta se produce si la mujer abandona el hogar, o trabaja fuera sin el consentimiento del marido, pero su incumplimiento permite a la mujer, en determinadas condiciones, solicitar el divorcio.

Pero, al margen de su invocación como causa de divorcio, la *nafaqa* puede ser objeto de una pretensión o litigio que, de acuerdo con el Derecho islámico rector de los efectos del matrimonio, se planteara a los tribunales europeos. Pudiera ser considerada un derecho de alimentos por razón de

---

<sup>23</sup> H. J. Hessler, "Islamic-rectliche Morgengabe", en *IPRax*, II (1998), pág. 95.

<sup>24</sup> Cf. D. Peral y W. Menski, *op. cit.*, pág. 182.

matrimonio e incluida en el supuesto autónomo de la deuda alimenticia, regulada por los Derechos europeos<sup>25</sup>.

Pero la *nafaqa* es un derecho de mantenimiento que no es recíproco (es sólo de la esposa), no tiene la finalidad de satisfacer las necesidades mutuas de los cónyuges (en cuanto la esposa, aunque tenga bienes propios, goza de la *nafaqa*), siendo una contraprestación a las obligaciones que para la mujer supone el matrimonio y a la obediencia y la sumisión al esposo, de manera que, el incumplimiento de las mismas conlleva la pérdida de este derecho<sup>26</sup>. Por ello. No parece adecuado optar por una calificación que lleve a tratar la institución de forma independiente, en cuanto sólo cobra sentido en el contexto del matrimonio islámico y debe regirse por la misma ley rectora de los efectos personales del mismo.

Y así es como es considerado en España, de acuerdo con una regulación normativa que ha unificado los distintos efectos del matrimonio en una sola categoría, escindiendo únicamente la ordenación voluntaria sobre los bienes (los ya referidos pactos o capitulaciones), con lo que se evita, en principio, la parcelación de la respuesta jurídica, en cuanto que una sola ley, la designada en virtud del artículo 9.2 del Código Civil, es la llamada a regir el conjunto de los derechos y de las obligaciones que derivan de un matrimonio.

d) Por último, respecto a la disolución del matrimonio, los códigos de familia de los países musulmanes prevén dos modos de disolución del matrimonio en vida de los cónyuges: el divorcio y el repudio<sup>27</sup>. El marido musulmán tiene el repudio, sólo la mujer necesita acudir a un divorcio judicial para romper el matrimonio.

La esposa, para obtener el divorcio, debe alegar y probar ante el juez que concurre una de las causas tipificadas por la ley; cinco son las causas de divorcio: a) la falta de sustento, b) la enfermedad o vicio recalcitrante, c) las sevicias, d) la ausencia del marido y e) la promesa de continencia.

El divorcio pronunciado por el juez sobre la base de estas causas es irrevocable, salvo en dos de ellas: la falta de sustento o la promesa de continencia. Así pues, el divorcio se revoca si el marido demuestra su voluntad de asegurar la obligación debida para con su mujer durante los tres meses siguientes al pronunciamiento del divorcio revocable por el juez, pudiendo en tal caso reanudar el matrimonio aunque la mujer quiera disolverlo.

---

<sup>25</sup> Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos de 1973. Sobre la aplicación de este Convenio, véase S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, pág. 140 y ss.

<sup>26</sup> M. Moreno Antón, "El matrimonio Islámico ante el Derecho español", en Universidad del País Vasco, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, 2001, pág. 624.

<sup>27</sup> Cf. C. Ruiz de Almodóvar, *op. cit.*

En cuanto al repudio, a diferencia de la poligamia, constituye una práctica extendida en el mundo árabe y es el modo usual de disolución del matrimonio en vida de los esposos.

Cogiendo el modelo marroquí, el repudio debe ser registrado por los notarios (adules) en presencia de los esposos, después de un intento de conciliación por parte del juez. Sin embargo, si la esposa no comparece, se hace caso omiso de su presencia, si el marido mantiene su decisión de repudiarla<sup>28</sup>. El documento en el que consta el repudio es propiedad de la esposa y debe serle entregado en un plazo no superior a quince días; al marido se le entrega una copia.

Cuando un juez homologa el repudio, dicta una orden por la que se establecen sus efectos, a saber: la pensión alimenticia de la mujer durante el período de continencia (*'idda*)<sup>29</sup>, el lugar donde debe vivir durante ese periodo<sup>30</sup>, la eventuales indemnizaciones debidas a la mujer, el pago de la dote, la pensión alimenticia de los hijos y los derechos de guarda y visita. El juez puede intervenir si observa que las condiciones son abusivas para la mujer, pero no puede denegar al marido la facultad de poner fin unilateralmente a su matrimonio.

El repudio es un privilegio masculino y religioso. Pero al ser más usual, fácil, rápido y económico, el poner fin al matrimonio mediante el repudio marital que iniciando un proceso de divorcio, no es infrecuente el que la mujer intente, a veces, acordar que el marido la repudie<sup>31</sup>.

En el Derecho musulmán clásico, el esposo puede repudiar a la mujer pronunciando sucesivamente por tres veces la fórmula del repudio (“yo te repudio”), lo que entraña la disolución definitiva e irrevocable del matrimonio. Pero el Corán recomienda un plazo de reflexión antes de que el repudio sea definitivo para que la disolución del matrimonio no sea una consecuencia irreversible por una reacción momentánea del esposo.

Mientras dura el plazo de reflexión, el repudio es revocable y el matrimonio subsiste a todos los efectos legales. Si el esposo en ese plazo se vuelve atrás en su decisión de repudiar a su mujer, se restablece el *status quo* anterior y se reanuda el matrimonio sin necesidad de nueva celebración. Cuando el repudio es irrevocable es cuando estamos realmente ante un divorcio, una separación del matrimonio, y el acto adquiere firmeza.

Cuando un marido repudia a su mujer, ésta debe observar un periodo de retiro legal (*'idda*) de tres meses de duración (que se amplía a unos diez si está

---

<sup>28</sup> O. Mounir, *op. cit.*, pág. 47 y ss.

<sup>29</sup> La *'idda* es el período durante el cual la mujer divorciada, repudiada o viuda no puede casarse ni tener relaciones sexuales; esta abstinencia está destinada a que no haya confusión posible en la atribución de la paternidad.

<sup>30</sup> El lugar donde la mujer reside durante este plazo es, prioritariamente, el domicilio conyugal; la esposa puede, con el acuerdo del marido, fijar su domicilio en casa de un pariente.

<sup>31</sup> Cf. H. Fahmi, “Divorcer en Egypte”, en *CEDEJ*, (1986), pág. 11.

embarazada) durante el cual el marido puede cambiar de opinión y manifestar su deseo de reemprender la vida en común<sup>32</sup>.

Sólo en el caso de que el marido se retracte durante esos tres meses y reanude la vida familiar antes de concluida la *'idda*, puede volver a repudiar a su mujer por una segunda vez –en la misma forma que la primera- y así hasta una tercera vez, pues en la tercera, desde el mismo momento en que se pronuncia, el repudio es ya irrevocable. Pero si el marido deja pasar los tres meses consecutivos al primer repudio sin retractarse, éste deviene definitivo e irrevocable y el matrimonio queda disuelto.

En cuanto a la eficacia del repudio pronunciado en España, habría que determinar si las autoridades competentes tienen o no esa facultad. Si hablamos de autoridad religiosa islámica, los Acuerdos de Cooperación del Estado español y la Comisión Islámica de España de 1992, no le otorgan facultad en materia de disolución del matrimonio. El matrimonio en la forma religiosa islámica es reconocido, pero esto no alcanza a la disolución del vínculo matrimonial.

Una alternativa a estudiar es el repudio ante el juez español, conforme a la ley extranjera competente y con las garantías procesales españolas. Se trataría de que el repudio, en España, lo “pronunciaran” los tribunales españoles, conforme a la ley nacional de los esposos que contempla esa forma de disolución, si bien corregido por la ley española, que exige un procedimiento judicial con todas las garantías. Es así como se pronuncian varios estudiosos del tema<sup>33</sup> y, en principio, puede ser una solución a tan complicado tema.

---

<sup>32</sup> La opinión de la mujer no es tenida en cuenta. Si abandona al esposo antes de que se cumplan los tres meses incurre en abandono de domicilio conyugal.

<sup>33</sup> Cf. A. Quiñones Escámez, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en Consejo General del Poder Judicial, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, pág. 304.