

# REFLEXIONES SOBRE EL REPUDIO ISLÁMICO Y JUDÍO EN EL DERECHO CIVIL Y PENAL ESPAÑOL: LA INSTITUCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

**MARÍA MUT**

Facultad de Derecho de Derecho. UIC Barcelona. Autora de la primera y segunda parte.

**PILAR REY**

Facultad de Derecho de Derecho. UIC Barcelona. Autora de la tercera parte.

**MARÍA FERNÁNDEZ ARROJO**

Facultad de Derecho de Derecho. UIC Barcelona. Autora de la cuarta parte.

**Abstract:** Esta comunicación aborda las implicaciones jurídicas del repudio, desde diversas áreas del derecho español e internacional privado. El objetivo es ofrecer un estudio global del concepto, las clases y las consecuencias jurídicas que el repudio tiene en nuestro ordenamiento jurídico y el rol del orden público internacional. Para ello, se ha hecho un estudio comparado de carácter introductorio del repudio en la tradición jurídica judía e islámica.

Las áreas de análisis escogidas son las áreas civil, penal e internacional. Desde la perspectiva civilista, se plantean una serie de cuestiones relacionadas con otro tipo de instituciones que disuelven el vínculo matrimonial, como el divorcio contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Las diferencias y similitudes con el repudio son cada vez más difíciles de apreciar.

Desde el punto de vista penal, la falta de reconocimiento legal del repudio en España puede comportar el incurrir en conductas tipificadas como delictivas en nuestro ordenamiento jurídico, tales como la bigamia.

Finalmente, desde el punto de vista internacional se suscita la problemática que comporta un supuesto de repudio de fuera de nuestro país, que quiere ser reconocido en España. En este caso, las normas de derecho internacional privado en el ámbito matrimonial y familiar deberán ser interpretadas, teniendo en consideración los valores y principios consagrados en nuestro ordenamiento.

**Keywords:** Repudio, Orden público internacional.

## Introducción: el repudio en el derecho islámico y judío

### 1. Matrimonio y derecho islámico

En la mayoría de los países islámicos, el derecho de familia se regula, además de por las fuentes originarias, el Corán y el Sunna, por las fuentes legales derivadas y por las fuentes legislativas modernas, inspiradas, no obstante, en las tradicionales<sup>1</sup>. La institución del matrimonio coránico o *nikah* también se regula por estas fuentes y aparece concebido como

“un contrato de derecho privado por el que un hombre recibe el derecho exclusivo sobre una o más mujeres simultáneamente, con carácter de permanencia, mediante la entrega de una cantidad convenida”<sup>2</sup>.

Muy brevemente, aunque el matrimonio musulmán está íntimamente ligado a la religión, **no se concibe como un hecho sagrado, sino como un contrato de derecho privado,**

“El matrimonio tiene una naturaleza contractual, requiere el mutuo consentimiento, está abierto a condiciones adicionales que se pueden negociar, puede disolverse y sus términos pueden alterarse dentro de los límites legales”<sup>3</sup>.

De hecho, tal como apunta Giménez Costa<sup>4</sup>, la tendencia doctrinal más generalizada es la de considerar que el matrimonio musulmán es análogo a la compraventa, puesto que se exigen los mismos requisitos en ambos casos, y, en especial, por lo que se refiere a la dote, que es considerada por los defensores de esta tesis como pago por el uso de la mujer, equiparándose con el precio de dicho contrato.

Tal como ocurre con los distintos regímenes matrimoniales, existen ciertos requisitos para contraer matrimonio islámico, de entre ellos, destacamos la obligación que se le impone únicamente a la mujer musulmana de no casarse con un varón no musulmán. Por consiguiente, dado que el varón musulmán no tiene que cumplir con el mismo requerimiento que la mujer, la aplicación del derecho islámico a la institución matrimonial dependerá del credo del cónyuge varón.

## **2. Disolución del vínculo matrimonial en el derecho islámico: especial atención al repudio**

En el derecho islámico, aunque el vínculo matrimonial es perpetuo, se prevé la licitud de su disolución. Así, dejando de lado el fallecimiento de uno o de ambos cónyuges, que, por supuesto, daría lugar a su disolución, ésta tiene lugar, a través del repudio y del divorcio. Centrándonos en las últimas dos instituciones, el repudio y el divorcio son formas distintas de disolución del vínculo. El primer caso, se refiere a aquellos supuestos disolutorios “provenientes de uno sólo de los cónyuges o producidos por mutuo acuerdo de los esposos”<sup>5</sup>. En cambio, el divorcio es una categoría jurídica y por lo tanto, como tal, engloba a “todas aquellas formas de ruptura del vínculo que se generan por determinación judicial”<sup>6</sup>.

De esta manera, el matrimonio islámico se disuelve de tres maneras distintas:

- El repudio unilateral que le corresponde únicamente al varón, conocido como *talak*.
- El repudio de común acuerdo, por acuerdo de ambos cónyuges, denominado *hul*.
- El divorcio dictado por el juez, ya sea de oficio o a petición de parte, conocido como *trafriqat*.

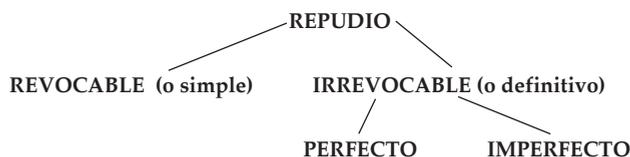
Las dos primeras categorías disolutorias son de carácter extrajudicial y la última es únicamente judicial. Una vez aclarada la diferencia entre las distintas formas de disolver el vínculo matrimonial coránico y dado que nuestra ponencia se refiere al repudio, vamos a centrarnos únicamente en éste último.

### 2.1. Concepto

El repudio, tanto en el Corán como en el derecho Islámico, hace referencia a la disolución del matrimonio por deseo del marido (unilateral) o, como se prevé en algunas legislaciones de países islámicos, por el deseo de ambos cónyuges (de mutuo acuerdo), sin necesidad de causa alguna ni proceso legal<sup>7</sup>.

### 2.2. Clases de repudio

Existen diversas clases de repudio según sean revocables o irrevocables, y a su vez dentro de esta última categoría, se puede distinguir entre un repudio irrevocable perfecto o imperfecto<sup>8</sup>.



Para que un repudio sea considerado como irrevocable es necesario que haya sido manifestado por tres veces. Sólo de ésta manera se produce la disolución irrevocable del vínculo matrimonial. Tal como señala Alubudi<sup>9</sup>, es válido efectuarlo “por expresión oral, escrita o señas, en caso de mudos. Así como enviando un delegado”. No existe consenso entre las distintas tradiciones islámicas a la hora de la exigencia de testigos, así para la mayoría de alfaquíes suníes, el repudio se realiza sin testigos, “ya que éste es un derecho que tiene el varón, y, por lo tanto, no necesita prueba para practicarlo”<sup>10</sup>.

Por consiguiente, el repudio será revocable durante las dos primeras formulaciones. Tal prescripción se apoya en el siguiente pasaje coránico:

“El repudio se permite dos veces. Entonces, o se retiene a la mujer tratándola como se debe, o se la deja marchar de buena manera.<sup>11</sup>”

Actualmente se admite con carácter general que el marido puede repudiar a su mujer de forma irrevocable mediante una única fórmula a la que la ley atribuye la fuerza de tres. De este modo, el varón puede optar por un repudio irrevocable, que producirá la disolución del vínculo o revocable, dejando el vínculo matrimonial con efecto suspensivo. Ello ocurrirá si no lo ha pronunciado por tres veces o no ha utilizado la fórmula que acabamos de comentar.

En el repudio revocable, es decir, antes que éste haya sido pronunciado por tres veces, la mujer entra en el período de continencia o retiro legal denominado *Idda* “que se extiende durante tres períodos menstruales o hasta el momento del parto si la mujer está embarazada<sup>12</sup>”. Durante este tiempo la mujer debe permanecer en el domicilio conyugal, mantiene el derecho a alimentos *nafaka* y no puede contraer nuevo matrimonio. La finalidad primordial del retiro legal es asegurar la determinación de la paternidad en caso de embarazo. Además, mientras dura este periodo, el marido puede retractarse y reanudar la vida conyugal. Aunque las modalidades y condiciones de este repudio varían en las diferentes escuelas, todas coinciden en entender que su revocación y la reanudación de la vida conyugal no supone un nuevo matrimonio<sup>13</sup>.

A su vez, el repudio irrevocable, podrá ser perfecto, si éste se ha pronunciado por tres veces o se ha utilizado la fórmula prevista a tales efectos; y podrá ser imperfecto, si el matrimonio no ha sido consumado y el repudio no se ha pronunciado por tres veces o no se ha utilizado la fórmula con triple efecto. Tanto en un caso como en el otro, la disolución del vínculo se produce *ipso facto* y es irrevocable. Por lo tanto, si los cónyuges se arrepintieran de dicha disolución, deberían volverse a casar, para ello sería necesario el consentimiento de ambos. En cambio, si se trata de un repudio revocable, que a diferencia del repudio irrevocable imperfecto, se concibe para los matrimonios consumados, si los cónyuges se retractasen, no necesitarían volverse a casar, bastaría con reanudar la convivencia y, en este caso, el consentimiento de ambos no sería necesario, únicamente el del varón. Por lo tanto, se trataría más bien de una separación unilateral y no de una disolución matrimonial.

En el caso del repudio revocable, a pesar de que la posibilidad de poner fin al repudio y reanudar la convivencia entre ambos cónyuges está muy facilitada por la ley islámica, cuenta con el límite temporal de la *idda*, es decir, “sólo se puede restaurar la vida conyugal mientras dure el periodo de abstinencia de la mujer”<sup>14</sup>.

A modo de resumen, presentamos el siguiente cuadro:

### 1. Cuadro

#### Resumen de la tipología del repudio islámico<sup>15</sup>

Clase	Tipo de matrimonio	Repudio por tres veces o fórmula triple	Disolución
Irrevocable Perfecto	Consumado	Sí	Sí
Irrevocable Imperfecto	No Consumado	No	Sí
Revocable	Consumado	No	No

Finalmente, el derecho islámico prevé la posibilidad de que sea la mujer quien deje al marido, ello se conoce como *khula*. Sin embargo, a diferencia del repudio unilateral del marido o de mutuo acuerdo, se exigen una serie de requisitos no previstos en los dos casos anteriores, entre ellos: la mujer debe demostrar una causa que lo justifique (las causas que se prevén son similares a las recogidas en los códigos occidentales para el divorcio), por lo tanto, esta institución difiere del concepto de repudio que hemos explicado en las páginas anteriores, pues, recordemos que en el repudio no existe la necesidad de argumentar ninguna causa; y se debe acudir al *cadi* o juez musulmán que será quien lo resolverá a través de un procedimiento judicial y expeditivo; como se ha indicado, tampoco en el repudio existe proceso judicial. “Una vez recae la sentencia, ésta tendrá efectos irrevocables. Si es contraria a los intereses de la mujer, ésta deberá restituir la dote y perderá su derecho a *nafaka* o de alimentos”<sup>16</sup>. Por lo que más que un tipo de repudio, se trata de una forma de divorcio.

### 3. El matrimonio judío

El matrimonio Judío está basado en el derecho hebraico, que es el derecho de la comunidad hebrea y también con matices del estado de Israel.

“Un derecho religioso fundado sobre preceptos de origen divino y, por lo mismo no modificable por voluntad del hombre, un derecho que después de milenios de la promulgación de su norma primera y fundamental gobierna todavía la vida de un considerable número de personas es una cosa, por lo menos insólita, que no encuentra correspondencia en muchos otros sistemas jurídicos y que suscita interrogantes”.<sup>17</sup>

En opinión de Salinas Araneda<sup>18</sup> aunque pudiera parecer un derecho obsoleto, es un derecho vivo y vital, especialmente en lo que se refiere a la regulación del matrimonio y del divorcio.

El matrimonio judío es concebido como una alianza entre un hombre y una mujer que “les eleva a las esferas de la santidad” *Brit hanisuín* y que conlleva un compromiso ético con la transformación del mundo. Por ello, esta unión se

conoce también como *Kidushín*, la “Consagración”, que es el acto de santificar la relación entre hombre y mujer al enlazarlos en una pertenencia recíproca<sup>19</sup>.

El valor legal o jurídico del matrimonio judío se establece a través del *ketuvá* o del contrato matrimonial, que determina las obligaciones del hombre y garantiza los derechos de la mujer. El varón tiene la obligación de honrar, mantener, alimentar, vestir y tener relaciones íntimas con su esposa. Tiene gran importancia en cuanto fija la compensación económica que le corresponde a la mujer en caso de que el matrimonio se disuelva, ya sea en caso de fallecimiento o en el de divorcio.

“La *ketuvá* está escrita en arameo, el idioma hablado por las comunidades judías en los tiempos del Talmud. El texto es fijo y se debe agregar la fecha, el lugar de la boda, los nombres de los novios y el valor económico de las obligaciones que asume el novio<sup>20</sup>”.

Durante la ceremonia de casamiento, la *ketuvá* se lee en alto y es firmada por los testigos y, generalmente, también por el novio. Una vez acabada la ceremonia, el rabino se la entrega a la esposa y tiene la obligación de conservarla.

Tal como señala Félix Ballesta<sup>21</sup>, debido a la tradición judía de la diáspora, los judíos se encuentran por todo el mundo. Así, dependiendo de la ley nacional que les sea aplicable, los judíos podrán escoger entre el matrimonio civil, el religioso judío o ambos y en otros casos, el derecho de un estado puede prohibir o únicamente admitir el matrimonio civil como forma de matrimonio posible. En este caso, el matrimonio civil será equiparado al judío y surtirá los mismos efectos.

#### **4. Disolución del vínculo matrimonial en el derecho judío: especial atención al repudio**

Además del fallecimiento, el derecho judío admite el divorcio como forma de disolución del vínculo. Ahora bien, a diferencia de la tradición islámica, en el derecho judío no hay diferencia entre el divorcio y el repudio, e ignora por completo la separación legal, como interrupción del vínculo matrimonial.

El divorcio puede solicitarse de mutuo acuerdo o unilateralmente, en éste último caso, a diferencia del repudio islámico, puede ser solicitado tanto por el varón como por la mujer. Otra diferencia, es que en el divorcio judío existen unas causas legales y otras que impiden el divorcio de los cónyuges. Será imposible el repudio cuando existe incapacidad psíquica por parte de uno o ambos cónyuges, tanto para pedirlo como para recibirlo.

Será causa de divorcio obligatorio si existe un impedimento de los establecidos legalmente o por el adulterio de la mujer (debe contar con el testimonio de dos

personas). Asimismo, existen causas en interés de la mujer como el abandono del esposo, las injurias graves o la conducta inmoral o adúltera del marido. Desde que en el siglo XI se limitara el derecho del varón a repudiar libremente a la mujer, es necesaria la voluntad de ambas partes. "El marido no puede repudiar a la mujer en contra de su voluntad, a no ser que esta sea menor, o sordomuda, o tenga la autorización del tribunal rabínico<sup>22</sup>". Asimismo, las causas en interés del hombre por las que puede repudiar a la mujer comprenden, entre otras, la esterilidad de la mujer durante diez años o la conducta inmoral de la esposa.

Finalmente, otra diferencia con el repudio islámico es que el repudio judío es un **acto jurídico** realizado entre los esposos. Ahora bien, tal como explica Félix Ballesta el papel del tribunal rabínico es limitado, ya que su decisión no disuelve el vínculo matrimonial, sino que únicamente puede decidir (cuando no hay mutuo acuerdo entre las partes), si una parte puede ser obligada a dar, o a recibir el libelo de repudio<sup>23</sup> y en qué términos, así como vigilar si se cumplen los trámites y garantías del divorcio. Así, para que el divorcio se cumpla es preciso que el marido remita a la mujer el libelo de repudio. En la actualidad legalmente el repudio del marido no puede ser debido únicamente a su voluntad, sino también a la voluntad de la mujer.

### **El orden público internacional aplicado al repudio en el sistema jurídico español**

La gran cuestión que se plantea es si el repudio islámico y judío son compatibles con el sistema de normas y principios del sistema jurídico español y, por lo tanto, puede ser reconocido y convalidado como si se tratara de un divorcio, con los mismos efectos. Ya anticipamos, que muchas son las dudas jurídicas y morales que ello suscita y que no existe una respuesta general a esta cuestión.

En el sistema jurídico español, no existe una norma que se pronuncie sobre la compatibilidad o incompatibilidad del repudio, ni de forma general, ni de manera específica, contemplando las distintas clases de repudio que hemos mencionado. En el Código Civil se establece que:

- Artículo 9.1 1 "La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.
- El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior".
- Artículo 12 "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

Es en este último artículo es en el que nos debemos detener y hacernos la siguiente pregunta ¿A qué orden público se refiere este artículo? Desde la perspectiva del derecho Internacional Privado, el concepto del orden público se define como “una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro<sup>24</sup>”.

Se trata de una perturbación en la aplicación de las normas de conflicto, puesto que se deja de aplicar la norma extranjera, y ello se justifica en base a la naturaleza indirecta de las normas de conflicto que genera remisiones al derecho extranjero sin considerar su contenido. Para la mayoría de la doctrina la norma de conflicto no puede suponer «un salto en el vacío», no puede interpretarse como un cheque en blanco en favor del conjunto de los legisladores del universo<sup>25</sup>.

Al constituir una perturbación, la doctrina señala que el recurso a la institución del orden público internacional, debe ser de carácter extraordinario, en consecuencia, “debe ser aplicado en sentido restrictivo, frente a casos de manifiesta injusticia, de grave perturbación, de indispensable defensa, de incompatibilidad manifiesta”<sup>26</sup>. No basta que la ley extranjera sea distinta, o incluso opuesta, a otra ley del foro. Para que pueda excluirse la aplicación de la ley extranjera deben verse afectados los principios del ordenamiento jurídico del foro que pueden considerarse básicos -ejes centrales de la reglamentación- e irrenunciables -porque reflejan valores esenciales de la sociedad-<sup>27</sup>.

De esta manera, teniendo la institución del orden público un carácter excepcional y debiendo hacerse una interpretación restrictiva a la hora de su aplicación, nos impide declarar de manera general, que en todos los casos, el repudio es contrario al conjunto de principios y normas que integran el orden público español. Tal como hemos visto en la primera parte de esta ponencia existen diversas clases de repudio y dependiendo del tipo que se trate, tienen distintas características.

Veámos que en el Islam el repudio puede ser de mutuo acuerdo o unilateral y, en este último caso, sólo es posible a petición del varón. Tampoco es necesaria la existencia de una causa, ni es necesario recurrir a un proceso judicial para que el repudio surta efectos. En este sentido, a efectos de cumplir con el principio de seguridad jurídica garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, nos preguntamos qué ocurre con el repudio revocable, en que el matrimonio queda en suspenso, ¿debería ser equiparado a la separación prevista en nuestro ordenamiento jurídico? y qué ocurre con el repudio imperfecto, en que el matrimonio no se ha consumado, ¿a qué institución jurídica, de las que establece el derecho civil español sería equiparable?

A priori, y siguiendo con el principio de seguridad jurídica, nos preocupa la situación jurídica y moral en qué quedaría la esposa en el supuesto en que

el marido le abandonara sin haberle comunicado su decisión de repudiarle. Siguiendo la normativa islámica, no existe obligación para el varón de documentar o registrar el acto de comunicación del repudio y además la palabra del varón se presume veraz, frente a la de la mujer. Por lo tanto, el esposo siempre podrá decir que sí efectuó dicha comunicación a la esposa, aunque en efecto no lo hubiera hecho. La mujer, en cambio no contará con la posibilidad de probar que nunca existió dicha comunicación por parte del marido, por tanto, ello comporta para la mujer indefensión, inseguridad jurídica y atenta contra principios fundamentales como la igualdad de género o la dignidad moral de las personas. En el caso del repudio judío, éste genera menos dudas jurídicas a la hora de equiparlo al divorcio reconocido en nuestro sistema, puesto que actualmente, debe existir siempre consentimiento de ambos cónyuges, salvo que la mujer sea menor de edad, o sordomuda, o el marido tenga la autorización del tribunal rabínico. Existen causas y el repudio es considerado como un acto jurídico y por lo tanto, aunque de una manera limitada, los tribunales juegan un papel.

No existe una amplia jurisprudencia que establezca en qué casos de repudio se procederá al reconocimiento y convalidación como divorcio. Sin embargo, la jurisprudencia que existe y la mayoría de la doctrina entienden que no siempre que estemos ante un caso de repudio, éste debe entenderse contrario al orden público español y que dependerá de la clase de que se trate.

El Tribunal Supremo<sup>28</sup> señala que en la medida en que la autoridad pública extranjera lleve a cabo una función equivalente a la que realizan nuestros tribunales, el repudio deberá ser reconocido por el procedimiento de exequátur. López-Tarruella entiende que el repudio de mutuo acuerdo produce efectos similares al divorcio y en el repudio unilateral (marital clásico) deberá atenderse a las circunstancias específicas del caso, pero que no puede afirmarse de manera general que éste sea contrario al orden público.

Sin embargo, resulta contradictorio que se proceda al reconocimiento de determinados repudios como si fueran divorcios, en tradiciones como la Islámica, ya que este derecho distingue expresamente entre una y la otra institución, siendo ambas perfectamente lícitas. Además, entendemos que en el repudio islámico, tanto de mutuo acuerdo como unilateral, no existe una autoridad pública que lleve a cabo una función equivalente a la que realizan nuestros tribunales, en el repudio islámico, a diferencia del divorcio, no existe ninguna garantía judicial. En el caso del repudio judío resulta más fácil equiparlo al divorcio, de la manera en que está regulado en el sistema español. Sobre esta cuestión se profundizará en la parte cuarta de esta ponencia.

Finalmente, a modo de reflexión no podemos pasar por alto que el orden público en derecho Internacional privado es un concepto jurídico indetermi-

nado, que está en constante evolución y cuyo contenido, que es fijado por los jueces de cada país en cada momento histórico, es elástico y variable en el espacio y en el tiempo, es decir, “cambia de unos países a otros y, dentro del mismo estado, lo que hoy es orden público puede no serlo mañana<sup>29</sup>”.

“Está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada<sup>30</sup>”

## **Consideraciones penales derivadas del repudio en el sistema español**

### **1. Consideraciones previas sobre la naturaleza del derecho penal español y su relación con la institución del matrimonio**

Antes de entrar en el análisis penal del repudio, se hace necesario referirnos a diversas cuestiones que el lector debe tener claro sobre el derecho penal y sobre la relación de éste con la institución del matrimonio. La primera de ellas, se refiere al principio de subsidiariedad penal, o *ultima ratio*, que establece que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los del derecho penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente.

De esta manera, el derecho penal es utilizado como último recurso, exclusivamente para cuando se trate de bienes jurídicos que no puedan ser protegidos mediante el derecho civil, o a través del derecho administrativo.

En consecuencia, la segunda cuestión que se plantea, es que parece evidente que en lo relativo a la institución del matrimonio, a sus efectos civiles y sociales, y a sus efectos en el ámbito de la familia, será el derecho privado el primer encargado de velar por la seguridad jurídica de dichas instituciones y por el cumplimiento de los derechos y deberes que de ellas se derivan. En efecto, las relaciones familiares constituyen un entramado de derechos y deberes entre sus miembros que encuentran su definición en el ámbito del derecho privado, frente al cual el derecho penal debe cumplir su función de *ultima ratio*, sancionando aquellos comportamientos que atenten de forma más grave a los derechos propios de la relación familiar.

Así las cosas, el legislador, probablemente incitado por el mandato constitucional recogido en el Art. 39.1 de la Constitución Española de 1978<sup>31</sup>, ha querido que la institución de la familia y del matrimonio vengan también protegidas por un instrumento coactivo como es el derecho penal.

Con el objeto de contribuir a esta protección jurídica de la familia, el Código Penal tipifica, bajo la rúbrica Común de “Delitos contra las relaciones familia-

res” una serie de infracciones penales con características distintas y diversos bienes jurídicos protegidos, pero que tienen en común la afectación al ámbito familiar. Estos delitos inciden en el matrimonio como institución, la filiación y el cumplimiento de los deberes derivados de ambos.<sup>32</sup>

Respecto a la situación normativa de la bigamia, viene regulada en el título XII del Código Penal de 1995 y, en concreto, en el Capítulo I (Art. 217, 218, y 219 del Código Penal). El Código Penal de 1995, siguiendo las pautas marcadas constitucionalmente, introduce por primera vez, bajo el título “Delitos contra las relaciones familiares”, la reagrupación de diferentes figuras delictivas que, en códigos penales anteriores, se encontraban diversificados en diferentes títulos.

En el Capítulo I de este Título XII, el legislador recoge tres tipos delictivos bajo el enunciado “De los Matrimonios Ilegales”. En el primero de los Artículos (217CP) regulará lo que es comúnmente conocido como el delito de bigamia (eje central del presente trabajo), en el artículo 218 CP, en palabras de Muñoz Conde, “sería una especie de estafa matrimonial<sup>33</sup>” y el tercero, el Artículo 219, un delito especial que puede cometer la persona competente para autorizar un matrimonio.

El Art. 217 CP, que regula el delito de bigamia, establece:

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

Sin embargo, este artículo no puede ser interpretado individualmente sino que, para su comprensión y aplicación, requerirá de normas complementarias de derecho privado, que determinarán su verdadero alcance y significado. En efecto, así se desprende del tenor de la ley, y de lo establecido en el Art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que establece:

“Las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo Criminal.”

En consecuencia, será presupuesto necesario de este delito la existencia de un matrimonio anterior que no esté judicialmente disuelto.

## **2. El derecho penal español ante el repudio**

Relacionando el apartado anterior con el tema del repudio que es objeto del presente trabajo, nos encontramos que, desde un punto de vista penal, toda

aquella situación en la que se contraiga un nuevo matrimonio en España, sin que se haya puesto fin al anterior matrimonio de forma reconocida por las Leyes Españolas<sup>34</sup>, se encontrará en una supuesto de los tipificados en el Art. 217CP, siempre que se den los elementos subjetivos necesarios y que versan principalmente en el conocimiento de que legalmente subsiste el anterior matrimonio.

Fruto de lo anterior, podemos decir que, cuando en España una situación matrimonial está “civilmente reconocida”, aunque sea a causa de un repudio islámico (el más controvertido desde un punto de vista civil), desde un punto de vista penal no podremos hablar de un delito de bigamia.

En efecto, como desarrolla pormenorizadamente Labaca Zabala<sup>35</sup>, “todos los Códigos penales promulgados a lo largo de los siglos XIX y XX han protegido la monogamia a través del delito de bigamia”. Si bien en el primer Código penal la bigamia se constituía como un delito que atentaba a las buenas costumbres, a partir del Código penal de 1848 hasta el Código penal de 1944, la bigamia se contenía bajo la misma rubrica, “delitos contra el estado civil de las personas”.

Es este cambio de concepción habido en nuestro ordenamiento jurídico penal el que mejor resume cuál ha sido la evolución de lo que en la actualidad es el delito de bigamia. En efecto, con la configuración legal iniciada en el Código de 1944, y seguida más claramente en 1995, el delito de bigamia actual, en lugar de proteger la monogamia por entender que la bigamia es una situación que atenta contra la dignidad de las personas –y de la mujer-, y que atenta contra la identidad e integridad de la propia institución del matrimonio (un delito que atentaba contra las buenas costumbres) se ha convertido en un delito que, tal y como señala una gran parte de la doctrina y Jurisprudencia, lo que se protege es el aspecto institucional supraindividual, y no tanto el individual de los intereses de anteriores cónyuges o del otro contrayente. Se protege la dimensión o aspecto social de la institución del matrimonio, como vía jurídica de asignación de un concreto estado civil y de adscripción formal a una familia.

En consecuencia, la figura del repudio islámico solo podrá tener relevancia penal cuando, no siendo reconocida la disolución del matrimonio previo por nuestra legislación civil, se contraiga nuevo matrimonio en España de forma irregular (ocultando dolosamente el matrimonio previo).

No es de extrañar que buena parte de la doctrina cuestione la justificación de esta concreta intervención penal dado que, habida cuenta de la desnaturalización del delito de bigamia, en la que ha habido un importante cambio en el bien jurídico que se protege, la utilidad real de esta figura delictiva es nula (dado que no cumple con las funciones que justifican nuestro sistema penal como es la rehabilitación del ciudadano y su reinserción, y las clásicas funciones preventivas y retributivas).

En efecto, si ante situaciones jurídicas de riesgo para el matrimonio monógamo –y para la dignidad de la mujer- (como es la derivada de matrimonios de tradición islámica, y el repudio), en muchos casos no pueden ser perseguidos penalmente porque encuentran amparo civil, carece de sentido que lo que se esté persiguiendo penalmente situaciones que son susceptibles de ser protegidas a través de una tutela jurídica más proporcionada, como es a través de la vía civil y de la administrativa

Atendiendo a la desnaturalización del delito de bigamia, y atendiendo a que su ámbito de aplicación ha ido reduciéndose a mínimos consideramos que, de acuerdo con el desvalor de la acción que actualmente se castiga, y de acuerdo con una moderna concepción del derecho penal entendida como *ultima ratio*, conviene que el legislador reflexione sobre si está justificado que exista el delito de bigamia tal y como a día de hoy viene aplicándose o si, por el contrario, bastaría con la mera tutela civil o administrativa.

O bien se reformula el delito de bigamia tutelando bienes jurídicos que sean realmente merecedores de protección penal –debiéndose reformular la situación en las diferentes áreas del derecho-, o lo hacemos desaparecer. Consideramos que no resulta admisible que, tal y como señala Marco Francia, la bigamia sea una “auténtica reliquia del derecho penal”.

## **La disolución matrimonial en el sistema español**

### **1. Consideraciones previas sobre el concepto del repudio y su relación con la institución del matrimonio**

El término repudio viene del latino *repudium*, institución vigente en el antiguo Derecho Romano así como en otros pueblos de la antigüedad y que consistía en el acto unilateral del marido por el que éste disolvía el matrimonio rechazando a su mujer legítima. Desde un punto de vista etimológico el término *repudium* hace referencia al acto de rechazo de algo que causa vergüenza. Tiene su raíz en el verbo *pudet*, que significa causar vergüenza; al anteponerle el prefijo *re-*, su definición adquiere un movimiento hacia atrás, un retroceso al momento en el cual no existía tal sensación<sup>36</sup>. Modernamente, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, recogiendo este significado, lo define como el acto de rechazar a la mujer propia. En consecuencia, la acción de repudiar implica la existencia de un matrimonio previo por lo que vamos a considerar en primer lugar el concepto de matrimonio en sí y su evolución en el ordenamiento jurídico español.

Es importante remarcar en primer lugar que el matrimonio es, antes que nada, una institución natural. En palabras del profesor Javier Hervada, esto significa que nace de la naturaleza humana y que su esencia, propiedades y fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta, son de ley y

derecho naturales”<sup>37</sup>. Desde este punto de vista, define el matrimonio como “unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y en la feminidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda”<sup>38</sup>.

De acuerdo con la ley natural, la esencia del matrimonio está constituida por el varón y la mujer unidos en su conyugalidad, es decir en su virilidad y feminidad; tiene dos fines naturales que son la procreación y educación de los hijos y la mutua ayuda de los esposos; y el vínculo jurídico posee dos propiedades que dimanar de su esencia, a saber, la unidad entendida como monogamia (el matrimonio sólo puede ser entre un hombre y una mujer), y la indisolubilidad (la unión matrimonial permanece hasta la muerte de uno de los cónyuges).

De lo dicho se desprende que el matrimonio no es una institución creada por el derecho positivo sino anterior a él, por lo que no puede calificarse en ningún caso de mero contrato civil. El derecho positivo, al regular el matrimonio, ha de respetar su conformación natural, darle publicidad y otorgarle seguridad jurídica como forma de protección a la familia de la que es célula básica.

Ahora bien, habida cuenta de que el matrimonio ha sido considerado tradicionalmente como una realidad trascendental, “base de todas las instituciones humanas y elemento generador de la sociedad misma”<sup>39</sup> así como institución religiosa, es comprensible que haya sido objeto de atención por parte de las distintas religiones y por parte del estado. Así, en función del criterio que cada ordenamiento adopta para reconocer como matrimonio, con sus efectos jurídicos, los modos de comunidad de vida establecidos entre un hombre y una mujer, existen diversos sistemas matrimoniales: el sistema de libertad de forma en el que el estado no exige ninguna forma determinada para reconocer efectos civiles al matrimonio; el de reconocimiento de forma única, ya sea la de la religión oficial estatal o la civil obligatoria y el sistema de reconocimiento plural por el que se reconocen efectos civiles a más de una forma de matrimonio<sup>40</sup>.

## **2. Evolución del sistema matrimonial español**

Consideraremos ahora, de forma muy breve<sup>41</sup>, la evolución del sistema matrimonial español, destacando en primer lugar que la tradición jurídica en nuestro país no ha conocido la figura del repudio, toda vez que nuestro derecho matrimonial hunde sus raíces en la tradición canónica y ésta a su vez en la Ley Natural, de donde se predica la indisolubilidad como propiedad esencial del vínculo y, por tanto, la imposibilidad de disolución del mismo en vida de los cónyuges. Así, hasta bien entrado el siglo XIX la única forma admitida para contraer matrimonio en España era la señalada por la religión católica

quedando a salvo algunos fueros especiales aplicables a determinadas clases de ciudadanos como judíos y moriscos.

Esta situación cambia con la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio del 1870 que instaura el sistema de matrimonio civil obligatorio. Señala Castán que “este principio de secularización del matrimonio chocaba con las tradiciones patrias y el ambiente social, hasta el punto de que la observancia de la ley encontró gran resistencia y muchas personas siguieron celebrando su matrimonio exclusivamente por la Iglesia”<sup>42</sup>.

El equilibrio entre ambos modelos tan opuestos se busca mediante el Decreto de 9 de febrero de 1875, que restableció la forma canónica matrimonial y conservó la civil con carácter excepcional para aquellos que declarasen no profesar la religión católica. Se implantaba así, provisionalmente, un sistema de matrimonio civil subsidiario que el Código Civil de 1889 elevaría a definitivo. La situación vuelve a cambiar tras la Constitución del 31 que proclama la aconfesionalidad del estado y admite por primera vez la disolución del matrimonio por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges. Al año siguiente se vuelve a implantar el matrimonio civil obligatorio y se aprueba la ley de divorcio. Señala Daza Martínez que “por tratarse de una materia que afecta hondamente al fuero individual y al interés público, su regulación debía hacerse mediante normas que respetaran a un mismo tiempo la voluntad de las personas individuales y la paz social.... Por ello se establecía el mutuo disenso como principio contractual en el divorcio pero se recababa para el estado la intervención en su ejercicio y en la disciplina de sus efectos; se abría un cauce para la acción unilateral de divorcio, siempre que existiera justa causa, pero se rechazaba abiertamente todo sistema de repudio matrimonial por arbitraria decisión de uno de los cónyuges”<sup>43</sup>.

Finalizada la guerra civil se vuelve al sistema del matrimonio civil subsidiario del Código civil del 89, en forma canónica para los bautizados y civil para quienes no profesen la religión católica. La aplicación de este sistema no fue pacífica, en parte debido a los problemas de interpretación relativos, precisamente, a la profesión de la fe católica. Con el fin de solucionarlos se fueron adoptando diversas medidas normativas que, sobre todo, tras la firma del Concordato con la Santa Sede en 1953, estaban orientadas a suavizar el requisito de la prueba de la acatolicidad de los contrayentes.

La Constitución española de 1978 proclama, como principios del nuevo estado de derecho, el de la igualdad de todos sus ciudadanos ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión (14 CE), y el de la aconfesionalidad del estado (16 CE). A su vez, el artículo 32.1 establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad

para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. De esta forma atribuye directamente al estado el poder para regular el fondo y la forma de la relación matrimonial.

La Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio trajo consigo dos importantes novedades: La instauración de un sistema matrimonial facultativo de tipo anglosajón y la admisión del divorcio como causa de disolución del vínculo matrimonial. El sistema matrimonial facultativo significa que los contrayentes pueden optar por el matrimonio celebrado en forma religiosa o bien en forma civil. Ya no se exige ningún requisito para elegir una u otra forma. Pero en cualquier caso para el efectivo reconocimiento de eficacia civil al matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, es preceptivo que cumpla con los requisitos de fondo recogidos en la ley civil.

Además, la ley del 1981 vuelve a introducir el divorcio como causa de disolución del matrimonio. El divorcio es una institución de naturaleza legal que supone la disolución del matrimonio en vida de uno de los cónyuges. En función de la justificación del mismo, en los países de nuestro entorno, se habla de varios tipos de divorcio: así, existe el llamado “divorcio sanción” que se daría como consecuencia proporcionada a la conducta reprochable de uno de los cónyuges legalmente tipificada; el “divorcio quiebra” o “divorcio remedio” tiene la consideración de solución o salida de la vida conyugal cuando se considera que ésta se ha roto definitivamente y sin tener en consideración una eventual culpabilidad; el divorcio por mutuo consentimiento judicialmente apreciado, aunque sea en un procedimiento de simple homologación; y el divorcio constatación, cuando en el divorcio por causa objetiva se concede al juez poder para investigar y apreciar la efectiva ruptura de la vida conyugal y atenderse sólo a ese dato<sup>44</sup>.

El artículo 85 de la ley del 81 determina que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. La disolución del matrimonio<sup>45</sup> que, tradicionalmente y con excepción del paréntesis de Ley del 1932, sólo se podía producir por la muerte de uno de los cónyuges (a la que se equipara, en la Ley del 81, la declaración de fallecimiento) o la decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado, se permite, a partir de esta ley, para cualquier tipo de matrimonio, en vida de ambos cónyuges y mediante una institución de naturaleza legal. Así, la ley posibilita que sea la voluntad de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, siquiera con condiciones, la que provoca la privación de efectos a un matrimonio válidamente contraído y plenamente eficaz durante su vigencia. Es importante remarcar que ésta sola

voluntad no es suficiente, sino que ha de ir acompañada de una de las causas de divorcio previstas legalmente, y ha de solicitarse mediante un procedimiento judicial que termina con sentencia, en la que el juez decreta el divorcio si se dan los presupuestos legales para ello. El artículo 86 de la ley tipificaba las causas que podían motivar el ejercicio de la acción de divorcio. Como se señaló en la doctrina<sup>46</sup>, el factor determinante no son los hechos que han provocado el fracaso conyugal o a quien es imputable éste, sino la propia ruptura previa de la convivencia. Así la causa base para pedir el divorcio en todos los casos menos en uno era el cese de la convivencia conyugal, cuyo plazo variaba en función de determinadas circunstancias oscilando entre uno y cinco años. El código sólo se apartaba de este planteamiento en el apartado 5 del artículo 86 que recogía como causa de divorcio la condena por sentencia firme por atacar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes y descendientes. En este sentido, la ley del 1981 se aparta de una de las propiedades esenciales del vínculo matrimonial de acuerdo con el derecho natural cual es la de la indisolubilidad. Al mismo tiempo concebía el divorcio como remedio o último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que tras un dilatado período de separación su reconciliación ya no era factible y, en parte, como sanción frente a una conducta culpable en la persona del otro cónyuge.

### **3. La institución matrimonial española en la actualidad y su disolución**

En el año 2005 se aprueban dos leyes que dan un giro radical a todo el sistema matrimonial afectando incluso a la misma esencia del matrimonio. Por un lado, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La principal reforma que introduce es la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo. En consecuencia, suprime la heterosexualidad como rasgo propio del matrimonio, contradiciendo de raíz la esencia del matrimonio como institución natural que implica la unión de un hombre y una mujer en su conyugalidad. La segunda, Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio es aprobada siete días más tarde. También tuvo gran trascendencia mediática y enseguida se la conoció como la ley del “divorcio exprés”. Ello es debido a que se elimina el sistema de causalidad regulado hasta entonces en el artículo 86, que queda redactado de la siguiente manera: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. Del juego de ambos artículos se desprende que puede interponerse demanda de divorcio de dos maneras:

- Bien de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio y que a la demanda se acompañe de convenio regulador.
- Bien a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio sin necesidad de alegar causa alguna y acompañando la demanda de una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del divorcio. Este simbólico plazo queda excepcionado cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

De esta manera se introduce un sistema que, como señala Ferrer Ortiz, puede calificarse de divorcio-repudio<sup>47</sup> ya que cualquiera de los cónyuges por el simple motivo de que no quiere continuar casado puede pedir y conseguir la extinción civil de la relación matrimonial en el módico plazo de tres meses. Es decir, la concepción del matrimonio tras la ley no es otra que una “forma institucional de convivencia cuya vigencia depende de la voluntad constante de ambos cónyuges”<sup>48</sup>.

El legislador fundamenta este cambio tan radical, de un divorcio concebido como consecuencia de una previa separación que no termina de solucionar los problemas de la unión conyugal, a un divorcio que se sustenta en la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de ambos. Como reza la Exposición de Motivos de la ley, “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”<sup>49</sup>. Nos parece que esta justificación excede con mucho el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado porque la institución matrimonial es una institución de orden público, célula básica de la vida en sociedad y germen de la familia, por lo que su contenido esencial debe ser preservado de la disponibilidad individual en aras del bien común. Además, permitir la ruptura del vínculo por la simple voluntad individual supone vaciar el matrimonio de contenido. Finalmente, no hay que olvidar que la fidelidad a la palabra dada es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico. No es coherente con este principio ni con el desarrollo armónico de la personalidad de los individuos una norma que abre la puerta a la posibilidad de faltar a los compromisos adquiridos sin causa justa. Por el contrario encierra el peligro de que se cometan muchas injusticias a su amparo.

## Conclusiones

El repudio es una institución compleja, que reviste distintas formas y exige distintos requisitos, según la tradición de los estados que la contemplan en sus ordenamientos jurídicos. En la tradición islámica existen dos tipos de repudios: revocables e irrevocables y dentro de éste último tipo, se distinguen dos clases: perfecto e imperfecto. Ahora bien, en todos los casos, tiene como efecto la disolución del vínculo. A pesar de que no sigue ningún procedimiento judicial ni administrativo, no exige la existencia de causa alguna y únicamente puede repudiar el varón. En el momento que el marido repudia a la mujer, por tres veces o utiliza la fórmula prevista, no todos los estados exigen la presencia de testigos, que puedan dar fe de este acto. Al varón, sólo por el hecho de serlo, se le presume honesto. Además del repudio, la tradición islámica reconoce el divorcio como otra forma distinta de disolver el vínculo matrimonial, en el que se establece un proceso judicial para hacerlo efectivo.

En la tradición judía el repudio es entendido de manera muy distinta a la tradición islámica, ya que no se distingue entre divorcio y repudio, por lo que siempre exige una causa, interviene un Tribunal y la mujer también puede pedirlo.

La gran cuestión que se nos plantea en este estudio es la falta de homogeneidad y coherencia de las distintas disciplinas del derecho a la hora de dar una misma respuesta jurídica a la convalidación y reconocimiento del repudio en el estado español. En el caso del repudio judío es más fácil que pueda ser equiparado al divorcio español, tal y como lo entiende actualmente nuestro legislador. En cambio, el repudio islámico es una institución ajena a nuestra tradición jurídica y contraria a principios fundamentales, protegidos en nuestro orden constitucional, como es la dignidad de las personas o el principio de igualdad.

Consideramos que el sistema español peca de un exceso de pragmatismo y los aplicadores del derecho huyen de hacer una reflexión profunda a la hora de convalidar el repudio islámico, cualquiera que sea su tipo, puesto que desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, el repudio no puede equipararse a un divorcio, pues no cumple ninguna de las exigencias debidas, entre ellas, la intervención de una autoridad judicial o una autoridad que cumpla funciones similares. Además, los ordenamientos islámicos contemplan la opción del divorcio, con ciertas garantías judiciales. Por lo que, sólo el divorcio islámico debería ser convalidado como divorcio en España. Mientras que el repudio equivaldría a una simple separación de hecho, y necesitaría de la declaración judicial de divorcio. De lo contrario, se podría producir indefensión de la mujer o inseguridad jurídica, ya que al no haber necesidad de testigos o pruebas, podría suceder que la mujer se viera abandonada, sin que el varón la hubiera repudiado, en efecto.

En opinión jurisprudencial y doctrinal la institución del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva y no debe servir para impedir la convalidación de ninguna institución ajena a nuestra tradición. En este sentido, únicamente jugará un rol cuando la institución objeto de convalidación, atente gravemente el orden constitucional, es decir, los principios y valores fundamentales. Ya hemos explicado, que el orden público se ha interpretado de manera distinta según el momento histórico. Es una institución que resulta vaga e imprecisa. Recomendamos una norma más clara a la hora de lidiar con la convalidación de instituciones tan controvertidas como el repudio islámico.

En el ámbito penal, tal y como hemos visto en el análisis efectuado, desde el punto de vista civil se ha ido desnaturalizando el matrimonio, evolucionando en un sistema en el que, la disolución del mismo cada vez se asemeja más a la unilateralidad e inmediatez que venían dándose en figuras matrimoniales como la del matrimonio islámico.

Desde el momento en que nuestra legislación matrimonial ha evolucionado ignorando características que tradicionalmente inspiran nuestra figura de matrimonio, como es la fidelidad y la indisolubilidad, se debilitan los impedimentos legales que podemos plantear a situaciones como la del repudio islámico que, aun respondiendo a una figura que atenta contra la moral pública y a la dignidad de la mujer, se asemeja formalmente a las figuras jurídicas que se han ido introduciendo en nuestro sistema civil moderno.

En consecuencia, si civilmente “no tenemos argumentos” para poner impedimentos al reconocimiento de muchas situaciones de repudio aunque atenten a la dignidad de la familia y de la mujer, mucho menos tendremos argumentos para castigar dicha situación penalmente. Muestra de ello es la casi irrisoria pena que conlleva el delito de bigamia (que el legislador ha ido rebajando por no encontrar justificación desde un punto de vista de política criminal para aun castigo mayor) y la casi inexistente jurisprudencia que hay al respecto. En efecto, nos encontramos con que es prácticamente inexistente la jurisprudencia por delito bigamia dictada por nuestros tribunales, y que esté relacionada con países de tradición islámica. En efecto, hemos podido constatar que las situaciones enjuiciadas son entre personas de países de tradición monógama que, sencillamente, han contraído matrimonio sin cumplir con el requisito de disolución del matrimonio anterior.

Desde un punto de vista civilista, podemos concluir que en España se ha pasado, en el transcurso de poco más de un siglo de un sistema jurídico, vigente durante varias centurias, que acogía el régimen jurídico canónico matrimonial como propio y, con la excepción de determinados fueros para judíos y moriscos, como único, a un sistema de libre elección de tipo anglosajón. En la práctica este sistema supone que del matrimonio canónico, únicamente se

acoge en el ordenamiento civil las normas relativas a la forma de celebración. Lo mismo sucede con las otras religiones reconocidas, a saber, la judía y la islámica y las confesiones evangélicas.

Además, la evolución del sistema matrimonial ha estado fuertemente influenciada por el positivismo jurídico. Así, hemos pasado de un ordenamiento que regulaba la institución matrimonial respetando su configuración natural y previa al derecho, a un ordenamiento en el que prevalece el principio de que es el estado quien tiene el poder para configurar no sólo jurídica sino conceptualmente la institución matrimonial. De esta manera hoy día el concepto civil de matrimonio no implica la heterosexualidad de los cónyuges ni la indisolubilidad de la unión.

Finalmente, esta evolución, presidida hoy por el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los cónyuges ha llevado al legislador a admitir en el contrato matrimonial lo que no se permite en otros contratos civiles, que es dejar al arbitrio de una sola de las partes contratantes su cumplimiento. Así, con la única condición de dejar pasar tres meses desde la celebración del matrimonio, cualquiera de los dos cónyuges puede pedir la disolución del matrimonio sin necesidad de alegar ninguna causa que justifique tal abandono de los deberes a los que se comprometió casándose. En la práctica este tipo de divorcio unilateral e injustificado nos acerca a lo que tradicionalmente se ha conocido como repudio.

## Notes

<sup>1</sup> Giménez Costa, A. (2004), p. 21.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Jadicha, C. (2000), "La poligamia en el Derecho islámico", WebIslam, Fuente: [http://www.webislam.com/articulos/18438-la\\_poligamia\\_en\\_el\\_derecho\\_islamico.html](http://www.webislam.com/articulos/18438-la_poligamia_en_el_derecho_islamico.html), (consultado 5 Septiembre 2014).

<sup>4</sup> Giménez Costa, A. (2004), p. 19.

<sup>5</sup> Giménez Costa, A. (2004), p.17.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Ruíz de Almódovar, C. (2006), pp. 60-68.

<sup>8</sup> Para un estudio más pormenorizado, consultar: Acuña, Sara; Domínguez, Rocío; Lorenzo, Paloma y Motilla, A. (coord.), (2003), *El matrimonio Islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, pp. 59-65.

<sup>9</sup> Alubudi, J. (2004), p. 154.

<sup>10</sup> Alubudi, J. (2004), p. 134.

<sup>11</sup> Corán, 2,229; 4,127.

<sup>12</sup> Combalá, Z. (2001), p.7.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Giménez Costa, A. (2004), p. 19.

<sup>15</sup> Cuadro de elaboración propia.

<sup>16</sup> Giménez Costa, A. (2004), p. 20.

<sup>17</sup> Mordechi, A. (2002), p.13.

<sup>18</sup> Salinas Araneda, C. (2005), pp. 419-471.

<sup>19</sup> Judaísmo, "El matrimonio", Fuente: <http://www.judaismo.org.il/matrimonio.html>, (consultado 6 Septiembre 2014).

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Félix Ballesta, M. A. (1985), pp. 45-68.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Instrumento mediante el que se ejerce el repudio.

<sup>24</sup> Enciclopedia jurídica, "El orden Público", fuente: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-publico-en-el-sentido-del-derecho-internacional-privado/orden-publico-en-el-sentido-del-derecho-internacional-privado.htm>, (consultado 6 Septiembre 2014)

- <sup>25</sup> Batiffol, H. (1967), pp. 719-722.
- <sup>26</sup> Aguilar Navarro, M. (1953), pp. 33-81.
- <sup>27</sup> Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2014), p. 714.
- <sup>28</sup> López- Tarruella, A. (2006), p. 9.
- <sup>29</sup> Diccionario jurídico, fuente: <<http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-publico-en-el-sentido-del-derecho-internacional-privado/orden-publico-en-el-sentido-del-derecho-internacional-privado.htm>>.
- <sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, (1966) en Aranzadi, repertorio No. 1684.
- <sup>31</sup> El Art. 39 de la Constitución Española de 1978 dispone que "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."
- <sup>32</sup> Silva Sánchez, J. M. (2011), p.177.
- <sup>33</sup> Muñoz Conde, F. (1996), p.254.
- <sup>34</sup> Tendrá que tenerse en cuenta la legislación civil en lo relativo a la disolución del matrimonio (art. 80 a 85 Código Civil), la nulidad del matrimonio celebrado por las persona que ya estén ligadas por vínculo matrimonial (art. 72.2º Código Civil), así como las disposiciones aplicables del derecho canónico, cuando el matrimonio esté sujeto al mismo (Código derecho canónico, cánones 1075 y 1078) entre otras.
- <sup>35</sup> Labaca Zabala, M.L. (2005).
- <sup>36</sup> Definición, "Repudio", Fuente <<http://definicion.de/repudio/>>, (consultada 22 de Julio 2014).
- <sup>37</sup> Hervada, J. (1998), p. 133.
- De acuerdo con esta afirmación el profesor Hervada puntualiza que el matrimonio no es un contrato civil, es preexistente a cualquier legalidad y anterior a cualquier legalización.
- <sup>38</sup> Hervada, J. (1998), p.129.
- <sup>39</sup> Exposición de Motivos de la Ley de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870.
- <sup>40</sup> Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J. (2010), p. 41.
- <sup>41</sup> Para un estudio detallado de este tema véase Rives Gilabert, J.M. y Rives Seva, A.P. (2001).
- <sup>42</sup> Castán Tobeñas, J. (2010) p. 459.
- <sup>43</sup> Daza Martínez, J. (1992), pp. 165-166.
- <sup>44</sup> Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J. (2010), p. 90
- <sup>45</sup> Distintas de la disolución del matrimonio son la nulidad y la separación. La nulidad implica que en la celebración del matrimonio ha faltado alguno de los requisitos esenciales por lo que no ha habido matrimonio en ningún momento. El ejercicio de la acción de nulidad busca que la sentencia declare que el matrimonio nunca llegó a existir; aquí no hay disolución del matrimonio porque no puede disolverse lo que no llegó siquiera a nacer. A su vez, la separación implica sólo una suspensión de la vida común de los casados pero no la disolución del matrimonio. En este sentido hay que decir que una persona separada es también una persona casada, solo que no hay vida en común y el régimen de los respectivos derechos y deberes de los cónyuges varía con respecto a la situación de los cónyuges no separados.
- <sup>46</sup> Lledó Yagüe, F., Herrán Ortiz, A.I., Monje Balmaseda, O., Gutiérrez Barrenengoa, A. (2000), p. 77.
- <sup>47</sup> Ferrer Ortiz, J. (2011), p. 414.
- <sup>48</sup> Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J. (2010), p. 91.
- <sup>49</sup> Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

## Referencias Bibliográficas

- Acuña, Sara; Domínguez, Rocío; Lorenzo, Paloma y Motilla, Agustín (coord.), (2003), *El matrimonio Islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba.
- Aguilar Navarro, Mariano (1953) "El orden público en el Derecho internacional privado español", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. VI, pp. 33-81.
- Alubudi, Jasim (2004) *Introducción al Islam*, VisionNet, Madrid.
- Batiffol, Henri (1967) "Droit international privé", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 19, No. 3, pp. 719-722.
- Calvo Caravaca, Alfonso y Carrascosa González, Javier (2014) *Derecho Internacional Privado*, Comares, Madrid.
- Castán Tobeñas, José (2010) *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid.
- Combalá, Zoila (2001), "Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico", *Revista AequAlitas*, editada por el Instituto Aragonés de la Mujer y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- Daza Martínez, Jesús (1992) "La Ley de Divorcio de 1932: presupuestos ideológicos y significación política", *Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, No. 1, pp. 165-166.
- Definición, "Repudio", Fuente <<http://definicion.de/repudio/>>, (consultada 22 de Julio 2014).
- Enciclopedia jurídica, "El orden Público", fuente: <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-público/orden-público.htm/>>, (consultada 22 de Julio 2014).
- Félix Ballesta, María Ángeles (1985) "El matrimonio judío: Próxima forma en nuestro sistema matrimonial", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, No. 11, pp. 45-68.
- Ferrer Ortiz, Javier (2011) "Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española", *Revista Ius et Praxis*, Año 17, No. 2, p. 414.
- Giménez Costa, Ana (2004), "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español", *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord.* por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero.
- Hervada, Javier (1998) *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, Eunsa, Pamplona.
- Jadicha, Candela (2000), "La poligamia en el Derecho islámico", WebIslam, Fuente: <http://www.webislam.com/articulos/18438-la-poligamia-en-el-derecho-islamico.html>, (consultado 5 Septiembre 2014).
- Judaísmo, Judaísmo, "El matrimonio", Fuente: <http://www.judaismo.org.il/matrimonio.html>, (consultado 6 Septiembre 2014).
- Labaca Zabala, M<sup>a</sup> Lourdes (2005) "La protección de la monogamia como elemento esencial del matrimonio: precedentes históricos", Noticias jurídicas, Fuente: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200504-36551325310511141.html>>, (consultado 10 Septiembre 2014)
- Lacruz Berdejo, Jose Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echevarría, Jesús, Rivero Hernández, Francisco, Rams Albesa, Joaquín (2010) *Elementos de Derecho civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid.
- Lledó Yagüe, Francisco, Herrán Ortiz, Ana Isabel, Monje Balmaseda, Oscar, Gutiérrez Barrerengoa, Ainhoa (2000) *Compendio de derecho de familia*, Dykinson, Madrid.
- López- Tarruella, Aurelio (2006) "El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, Vol. I, No. 1, pp. 108-123.
- Marco Francia, María Pilar (2011) "El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas", Noticias Jurídicas, fuente: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/468-el-delito-de-bigamia-en-el-codigo-penal-espanol-consideraciones-penales-y-criminologicas.html>>, (consultado 10 Septiembre 2014).
- Marín López, Manuel Jesús, (2013), *Artículo 59 del Código Civil*, en Bercovitz Rodríguez-

- Cano, Rodrigo (coord.), Comentarios al Código Civil, Thompson Reuters, 4ª edición, Pamplona.
- Mordechi, Alfredo (2002) *Introduzione al diritto ebraico*, Giappichelli, Torino.
- Muñoz Conde, Francisco (1996) *Derecho Penal Parte Especial*, Triant lo Blanch, Valencia.
- Rives Gilabert, José María y Rives Seva, Antonio Pablo (2001) "Evolución histórica del sistema matrimonial español", Noticias jurídicas, fuente: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200111-38551824910132961.html>, (consultada el 1 de Septiembre de 2014).
- Ruíz de Almódovar, Caridad (2006), "El repudio en las leyes de familia de los países árabes", *Tiempo de Paz*, No. 81, pp. 60-68.
- Salinas Araneda, Carlos (2005) "El matrimonio hebreo y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil", *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Vol. 2, No. 26, pp. 419-471.
- Silva Sánchez, Jesús María (2011) *Lecciones de Derecho Penal parte especial*, Atelier, Barcelona.

## Normativa y Jurisprudencia

- Art. 9.1 Código Civil español, de 16 Agosto de 1889
  - Art. 12 Código Civil español
  - Art. 72.2 Código Civil español
  - Art. 80 a 85 Código Civil español
  - Art. 39 de la Constitución Española de 29 Diciembre 1978.
  - Cánones 1075 y 1078 Código Derecho canónico
- Exposición de Motivos de la Ley de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870.
  - Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
  - Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, (1966) en Aranzadi, repertorio n.1684.