

MATRIMONIO, FAMILIA Y LIBERTAD RELIGIOSA *

RAFAEL NAVARRO-VALLS
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.

Me van a permitir que, habiendo ya abordado esta materia ¹ desde una óptica más bien teórica —lo que viene llamándose el Derecho «en estado de reposo»—, acceda ahora a ella desde una perspectiva más conflictual, más a ras de tierra, más jurisprudencial en suma. Es decir, lo que se ha calificado como derecho «en pie de guerra» ². De modo que las conclusiones, más que basarlas en simples razonamientos teóricos, procuraré deducirlas al hilo de la jurisprudencia que iré citando.

Como es sabido, el factor religioso sufre actualmente una suerte de proceso *desprivatizador* ³ que, en mi opinión, no supone tanto una «revancha de Dios» —por utilizar expresión literaria que ha hecho fortuna— cuanto el convencimiento de que es insuficiente la vieja concepción que preconiza tan sólo «una pequeña dosis de religión en la vida pública».

Frente a la era del «postmoralismo» ⁴, lo que se postula no es tanto la apertura de una especie de «hipermercado de las sectas», cuanto el

*. Ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho Canónico (México, septiembre 1995).

1. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995; *Idem*, *Los efectos civiles del matrimonio religioso*, en el vol. «La libertad religiosa», México 1994.

2. Ambas expresiones son de J. CARBONNIER, *Derecho flexible*, Madrid 1974.

3. Cfr. S. FERRARI, *Diritto naturale e laicità*, «Il regno-attualità» 8/95, p. 243, sobre la base de la tesis sostenida por J. CASANOVA, *Public Religions in the Modern World*, Chicago 1994.

4. La expresión es de G. LIPOVETSKY- E. LYNCH, *Elogio de la indiferencia*, «Revista de Occidente», junio 1995, p. 117.

rechazo del «antimerchantilismo moral» que llevaba, hasta hace poco, al encierro de los valores y convicciones religiosas en un gueto clausurado en sí mismo, con la consiguiente renuncia a su circulación en el libre mercado de las ideas⁵. Baste un ejemplo: la Administración Clinton se ha visto obligada, por la presión combinada de numerosos grupos religiosos y de la doctrina jurídica norteamericana, a sancionar una ley federal con el significativo título de *Religious Freedom Restoration Act*. Su presupuesto básico es que «las leyes neutrales hacia la religión pueden gravar su ejercicio de modo tan indudable como las leyes que intencionalmente pretenden interferir en el ejercicio de la libertad religiosa». De ahí que la finalidad de la nueva ley sea servir de medio de defensa para aquellas «personas cuya libertad religiosa ha sido sustancialmente gravada por el gobierno»⁶.

Este «retorno de lo sacro»⁷, ha llevado a un mayor índice de *tribunalización* de los conflictos *in re religiosa*⁸. Lo cual no debe extrañar demasiado si se piensa que, en las zonas de los ordenamientos jurídicos que se ocupan directamente de regular espacios de libertad, «aflojan más frecuentemente las tensiones entre los resultados a que conduce la libertad humana (siempre imprevisible) y la seguridad (que es previsibilidad) a la que todo orden jurídico aspira»⁹. Esta mayor conflictualidad se refleja con singular intensidad en esa franja especialmente lábil que normativiza el derecho de la familia, ya de por sí sensible al conflicto, el cual tiende a incrementarse cuando se le yuxtaponen pretensiones de trasfondo religioso.

5. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Los Estados frente a la Iglesia*, «Anuario Derecho Eclesiástico del Estado», IX (1993), p.35 y bibliografía citada en nota 52.

6. Sobre este punto: J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y separación: la experiencia norteamericana*, Ponencia en el VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Barcelona 1994, impresión reprográfica, pp. 29 y 30. La ley es de noviembre de 1993.

7. Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, «Ritorno del sacro» e organizzazione degli interessi confessionali, «Rivista di studi politici internazionali», 2/1993, pp. 163 ss., cit. por FERRARI, *Ibidem*.

8. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *ob. cit.*, p. 21.

9. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Introducción*, al vol. «Estudios jurídicos en torno a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público», México 1994, p. 22.

Para ilustrar lo que digo, me van a permitir una referencia inicial a un par de casos, recientemente destacados por los *media* de Occidente ¹⁰. El 14 de junio de este año de 1995, la Corte de Apelación del Cairo ha ordenado —*ex officio* y contra la expresa voluntad del matrimonio— la separación del profesor Nasr Hamid Abou Zeid y de su esposa Ibtihal Younés. La Corte ha acogido la petición de un grupo de abogados islámicos, que afirmaban que este profesor de literatura árabe en la Universidad del Cairo debía ser separado de su esposa, ya que la ley islámica (*Charia*) prohíbe a una musulmana contraer matrimonio con un no musulmán. Aunque el esposo era de origen y nacimiento islámico, para los peticionarios «había dejado de serlo, ya que en sus investigaciones científicas llegaba a conclusiones heréticas». El tribunal de primera instancia había declarado «no admisible» la queja de los abogados islámicos, que pretendían la separación al haber sido reconocido el esposo «apóstata» y, por tanto, culpable de «adulterio» al convivir con una musulmana. La Corte de Apelación, modificó la sentencia de la instancia inferior, en los términos ya aludidos ¹¹.

Unos meses antes —1 de diciembre de 1994— Yehiya Avraham, un anciano israelí de 81 años de edad y de religión judía, fallecía en una cárcel de Jerusalem donde había pasado los últimos 32 años de su vida por negarse a conceder el repudio a su esposa. Ambos habían contraído matrimonio en el Yemen, separándose en 1953. Tres años antes, la esposa solicitó formalmente ante el tribunal rabínico que el esposo le concediera el *guet* o libelo de repudio. Este se negó —y siguió negándose hasta la muerte—, de modo que la ley judía debió de aplicar (el corresponsal no lo dice, pero es la única explicación que encuen-

10. Espero sea excusada esta alusión a fuentes no estrictamente jurídicas, sobre todo si estamos de acuerdo con estas palabras de CARBONNIER (*Sociología jurídica*, Madrid 1977, p. 164): «las crónicas judiciales que se encuentran en la gran prensa se refieren ostensiblemente al derecho, aunque lo hagan para satisfacer la curiosidad de los no juristas. En las secciones de hechos diversos, por el contrario, el derecho se encuentra enterrado bajo las costumbres; pero para los sociólogos es una mina... Y bajo el aspecto pintoresco que, por hipótesis ha atraído a los reporteros..., se puede presumir la existencia de fenómenos aberrantes, que son sociológicamente (y jurídicamente) relevantes».

11. La noticia es del corresponsal en El Cairo de «Le Monde», 16.VI.95.

tro) un precepto del *Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law* ¹² que castiga con cárcel la negativa indebida por parte del esposo de la entrega del libelo de repudio, bloqueando la posterior posibilidad de la mujer de contraer matrimonio religioso. De modo que, probablemente, se produjeron condenas en cadena por cada negativa formal del marido en las sucesivas comparecencias ante los tribunales ¹³.

Naturalmente no desconozco que los ejemplos extremos suelen simplificar las cuestiones, unificando ingenuamente manifestaciones de un fenómeno muy complejo. Estoy sustancialmente de acuerdo con Henry A. Grunwald ¹⁴ cuando sostiene que parte de la culpa de la simplificación la tienen los propios *media*. Para ellos el factor religioso es un tema inquietante desde que salió de la sección religiosa, en la edición de los domingos, y se coló hasta la primera página. Por ejemplo, no hace mucho TIME combinaba en un solo paquete la noticia del estallido de una bomba en el *World Trade Center* de Nueva York, que culminó con el arresto de varios fundamentalistas musulmanes; la del sitio a que fueron sometidos los miembros de un culto cuyo líder se sentía, al parecer, un mesías (Waco, Texas); y el conflicto de cristianos y musulmanes en Bosnia. El nexo era legítimo, pero frágil, pues se trataba de muy distintas manifestaciones de la «religión». Como añade el autor, «la verdad es que no todos los fundamentalistas musulmanes desean destruir Nueva York, y pocos fundamentalistas cristianos pertenecen a cultos dispuestos a iniciar el Armagedón». Sin que pueda olvidarse que poco contacto existe entre los psicópatas que enarbolan

12. «Where a rabbinical court, by final judgement, has ordered that a husband be compelled to grant his wife a letter of divorce or that a wife be compelled to accept a letter of divorce from her husband, a district court may, upon expiration of six months from the day of the making of the order, on the application of the Attorney General, compel compliance with the order of imprisonment», R.C.J. (M. and D.) L, & 6.

13. La noticia es del corresponsal en Jerusalem del periódico madrileño «Diario 16», 6.XII.94, p. 17. La interpretación técnica de la noticia es exclusivamente mía. Sobre esta negativa y sus consecuencias —no penales, sino civiles— en los tribunales occidentales deberemos volver más tarde.

14. *Cfr.* H. A. GRUNWALD, Se requiere un nuevo periodismo, «Facetas», 2, 1994, p. 63. (También publicado en *Foreign Affairs* vol., 72, n.º 3, verano de 1993).

biblias y las personas con convicciones sinceras. Igualmente cierto es que no todos los israelitas que niegan el *guet* a sus esposas acaban sus días en prisión, ni todos los musulmanes heterodoxos ven disueltos sus matrimonios por tribunales espoleados por abogados fundamentalistas. Lo que quiero poner de manifiesto es que, cuando dos instituciones de mecanismo tan delicado, como son la familia y la libertad religiosa, entran en contacto el litigio adquiere perfiles inéditos.

Por lo demás, y así las cosas, es bien sabido que los temas de atención de los juristas en relación a la familia suelen ser, ante todo, el análisis del matrimonio, enseguida la cualidad de los hijos y sus relaciones con los padres, después, las cuestiones patrimoniales, desde el régimen de bienes entre esposos hasta su partición en caso de disolución de matrimonio. Un lugar privilegiado suele ocupar la patología del matrimonio, sobre todo su nulidad y disolución. Y, cada vez más, se tiende a tener en cuenta las variaciones de lo que la sociología viene denominando el «ciclo familiar». Como ha hecho notar Roussel¹⁵, en los años 60 la gran mayoría de hombres y mujeres seguían un mismo camino familiar, cuya base era el matrimonio, y los principales acontecimientos eran los hijos, su marcha y la muerte del otro cónyuge. Hoy día, sobre todo en las zonas Norte y Oeste de Europa y en buena parte de USA, hay una mayor opción entre variados itinerarios en los que se combinan, según fórmulas diversas, cohabitación y matrimonio, divorcio y ruptura, nuevo matrimonio, vida sin cónyuge, con o sin hijos. En resumen, al parecer, existe la tendencia en algunas agrupaciones familiares o pseudofamiliares de componer su propia historia, una historia llamada «a la carta»¹⁶. De ahí la llamada «familia proteiforme»¹⁷, una especie de hidra de cabezas múltiples. Naturalmente el modelo

15. Cfr. L. ROUSSEL, *Fecundidad y familia*, Conferencia Europea sobre Población, Estrasburgo, 18-19 de junio de 1992, en el vol. «El futuro de la familia», Servicio documentación, Fundación Encuentro, enero de 1993, p. 75.

16. *Ibidem*.

17. Sobre este punto: P. RONFANI, *Verso una degiuridicizzazione e una degiurisdizionalizzazione della famiglia?*, en el vol. «Forme delle famiglie, forme del diritto: mutamenti della famiglia e delle istituzioni nell'Europa occidentale», a cura di V. PO-CAR e P. RONFANI, Milano 1991, p. 10.

continúa siendo el tradicional, pero su progresiva erosión va produciendo otras modalidades —algunas de las cuales, al institucionalizar la precariedad, han sido llamadas de «alto riesgo»¹⁸— como son la llamada familia *reconstituida*, que surge de la progresiva debilitación de la estabilidad del matrimonio y que encuadra a los divorciados casados de nuevo; la de los *convivientes heterosexuales*, un subproducto de la desformalización matrimonial y del paradójico avance de la formalización extramatrimonial; la de los *convivientes o «casados» homosexuales*, modalidades no heterosexuales producidas por la mimética atracción hacia la familia legítima; *la familia de los solitarios*, compuesta de célibes o ex casados; *la monoparental*, no sólo formada por viudos(as) sino también por madres solteras e hijos etc.

Es evidente que toda esta amplia temática no puede abarcarse aquí. Por lo que necesariamente deberé seguir un criterio selectivo, que como es evidente suele encubrir una cierta arbitrariedad. Partiendo de la familia conyugal, intentaré analizar —sacando de ello las obligadas conclusiones— dos pretensiones extremas que, con base en la libertad religiosa y en el momento crítico del matrimonio, presionan, respectivamente, extra e intramuros del derecho de Occidente. Por un lado, las que implican concepciones de la disolución matrimonial que lo desbordan por exceso; por otro, aquéllas que la restringen casi en su totalidad. Adelantemos lo paradójico que implica, en ambos supuestos, que la franja defensiva se instale en el mismo bastión: el «orden público»¹⁹.

La otra cuestión que abordaré es ya clásica en los manuales de Derecho eclesiástico: los márgenes de intervención del Derecho en caso de desacuerdo de los padres en la educación religiosa de los hijos; aquí circunscrito cuando tal desacuerdo se plantea en el momento crítico del matrimonio. En fin, dedicaré un apartado especial a ciertas decisiones, más o menos recientes del Tribunal de Estrasburgo, en las que se

18. Cfr. *Conclusiones de la Conferencia de Ministros Europeos encargados de Asuntos Familiares*, XXIII sesión, París 14-15 octubre 1993, en «Derechos del niño y familia en Europa», Fundación Encuentro, Cuaderno 160, Madrid 1993, p. 92.

19. Sobre esta noción en el campo del Derecho de familia puede verse R. NAVARRO-VALLS, *Divorcio, orden público y matrimonio canónico*, Madrid 1972.

ponen de manifiesto los límites de la libertad religiosa en materia de matrimonio y familia. Me resta por añadir, que una buena parte de la jurisprudencia a la que aludiré, trae su origen en problemas muy vivos que vienen creando la multiculturalidad y la libertad religiosa, en el seno de los ordenamientos de Occidente. No debe extrañar esta prevalencia, ya que los conflictos en Derecho de familia suelen traer su causa, por lo menos en el marco del derecho internacional privado, en las relaciones entre ordenamientos confesionales y laicos. Y de los primeros, junto al Derecho canónico, los Derechos musulmán y judío vienen a ocupar un lugar cada vez más preferente ²⁰.

II. LOS DERECHOS EUROPEOS-AMERICANOS Y LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE LA MULTICULTURALIDAD EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA.

1. Observación previa.

Los problemas que la libertad religiosa crea a los derechos de la familia no se limitan en los países occidentales al choque entre una sociedad secularizada y la concepción cristiana del matrimonio, en realidad no tan ajena a los valores básicos que están en el trasfondo de la laicidad. El problema comienza a extenderse a las cuestiones que a esa misma sociedad plantean concepciones familiares de trasfondo religioso, ajenas a las líneas de fuerza por donde desde siglos han transitado las bases del matrimonio occidental. Y dado que los problemas que, en materia matrimonial, ha planteado el tránsito de una sociedad monocultural a otra multicultural han intentado resolverse por vías primordialmente jurisprudenciales, no parece innecesario hacer una referencia a dicha jurisprudencia, centrándonos, naturalmente, en los

20. Ya en 1971, K. ELGEDAWY (*Relations entre systèmes confessionnel et laïque en Droit international privé*, París 1971) hablaba de «aguda hostilidad» entre sistemas laicos y confesionales en el marco del derecho de familia. Tal hostilidad, como veremos, sigue existiendo, aunque se advierten síntomas de atenuación.

ordenamientos que por razones tradicionales o por transferencias demográficas de entidad han confrontado concepciones opuestas en materia matrimonial.

En esta línea, el marco geográfico ha solido ser Inglaterra, Francia, Alemania y, en menor medida, Italia y España; el ámbito temático, tres instituciones, dos de ellas propias del derecho islámico: el *talak* (q) o repudio coránico y la poligamia; la tercera específica del derecho hebreo: el *guet* (*get* o *gueth*) o repudio israelí.

2. La poligamia

Para entender las vías generales por donde caminan los derechos occidentales en materia de poligamia tal vez convenga tener presente la doctrina sentada por uno de los primeros órganos judiciales que, al más alto nivel, debió de afrontar la cuestión a finales del XIX. Me refiero al Tribunal Supremo de Estados Unidos, que se enfrentó con este tema en 1879, aunque referido a una confesión no islámica, sino cristiana.

Como es sabido, el caso Reynolds²¹ mantuvo la constitucionalidad de la *Morrill Act*, una ley por la que el Congreso Federal norteamericano intentó penalizar y prevenir la práctica de la poligamia en los territorios de la Unión. Dicha ley fue aplicada a varios mormones, entre ellos a George Reynolds, secretario privado de Brigham Young, el cual (Young) había proclamado la poligamia en 1852 como doctrina oficial de la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días (Mormones). Procesado y condenado, un tribunal territorial rechazó la argumentación de Reynolds de que, al ser la poligamia practicada por motivos religiosos, la ley que la prohibía era inconstitucional. Apelada la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste confirmó la constitucionalidad de la ley. Entre otra doctrina, el Tribunal Supremo sostuvo que «siendo el matrimonio por su propia naturaleza algo sacro, a la vez es también

21. Reynolds, v. United States, 98 U.S. 145 (1879).

en las naciones civilizadas un contrato civil. Sobre él se construye la sociedad, y a partir de sus frutos surgen las relaciones como los derechos y deberes sociales... De hecho, según se permita un matrimonio monógamo o polígamo, así encontraremos los principios en los que se fundamenta el gobierno de los pueblos»²². En la sentencia —de la que fue ponente el propio presidente del Tribunal Supremo Waite— se lee además que «el Congreso carece de poder legislativo sobre las simples opiniones, pero es libre para regular actos que supongan violación de los deberes sociales o del buen orden». Posteriormente, otra sentencia del Tribunal Supremo²³ declaró la constitucionalidad de una ley federal que revocaba la Carta concedida a la Iglesia Mormona y confiscaba gran parte de sus propiedades. Esta y otras acciones punitivas forzaron a la jerarquía de dicha Iglesia a dictar en 1890 una orden por la que se renunciaba a los matrimonios polígamos y se recomendaba a los mormones abstenerse de contraer matrimonios prohibidos por el derecho del país²⁴.

Si del continente americano saltamos al Derecho europeo, inicialmente se observan dos líneas no estrictamente coincidentes: la de la jurisprudencia inglesa, por un lado, y la de la jurisprudencia de Europa continental, por otro. La primera, en el caso *Hyde* (1866), de algún modo conectado con el que más tarde sería el ya visto caso *Reynolds*, contempló el supuesto de un inglés de nacimiento que marcha a vivir a Utah donde contrae matrimonio bajo los principios de la *Church of Jesus Christ of Latter-day Saints*. Tras un cierto tiempo, abandona esta Iglesia y es excomulgado. Su esposa le indica entonces que ella queda libre para volver a contraer matrimonio, cosa que hace. El marido vuelve a Inglaterra y solicita de la *English Divorce Court* la disolución de su matrimonio. Lord Penzance falla el caso declarando que los

22. *Ibidem*, p. 165.

23. *The Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States*, 136 U.S. 1(1890), citada por F. ONIDA, *Iguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, Milano 1970, p. 108.

24. Sobre *Reynolds* puede verse R. T. MILLER & R. B. FLOWERS, *Toward a Benevolent Neutrality: Church, State, and the Supreme Court*, Texas 1987, pp. 47-55.

tribunales ingleses no podían reconocer el matrimonio poligámico —*falsely called marriage*, negación del *Christian marriage*— y que por ello no puede otorgarse acción alguna ²⁵. Sin embargo, años después, en *Shanaz v. Rizwan* (1964), se reconocería que la poligamia no contiene, en principio, ningún elemento «offensive to the Standards of Decency accepted by the English Law» ²⁶. Lo cual no supone que las uniones poligámicas sean aceptadas en toda su intensidad en el juego del derecho internacional privado. Así, por ejemplo, la *Matrimonial Causes Act* de 1973 ²⁷ precisa que un matrimonio poligámico celebrado fuera de Inglaterra sería nulo, si uno de los futuros esposos está domiciliado en territorio inglés. Consecuencia de lo cual fue la solución dictada en el caso *Hussain v. Hussain* (1982), que declaró válido, *pero monógamo*, el matrimonio celebrado en Pakistán (Estado poligámico) por un pakistaní de origen, domiciliado en Inglaterra, con una mujer pakistaní ²⁸. Es decir, partió de la ficción, algo ingenua ²⁹, de que el matrimonio celebrado en Pakistán no era potencialmente poligámico y, por tanto, no necesariamente nulo para un pakistaní residente en Inglaterra.

Si la tendencia es despojar de efectos directos a los matrimonios polígamos, en la jurisprudencia británica se observa una progresiva aceptación de sus efectos reflejos. Es decir, un reconocimiento limitado a ciertos efectos colaterales en materia de filiación y sucesiones, siempre y cuando el matrimonio se hubiera celebrado bajo un orde-

25. HYDE v. HYDE, L. R. 1 P. D. 130 (1866). Cfr. St John A. Robilliard, *Religion and the Law*, Manchester U.P., 1984; F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. 1, *Aspects internes et internationaux*, París 1990, pp. 233 y 2340; D. MCLEAN, *Marriage in England*, en «Marriage and Religion in Europe», Milano 1993, pp. 195 ss; R. PALOMINO, *Matrimonio y confesiones religiosas en el Derecho de Gran Bretaña*, Madrid 1991, trabajo del doctorado inédito y que utilizo por cortesía del autor.

26. Cfr. BOULANGER, *cit.*, p. 234.

27. M.C.A., Sección II.

28. Sentencia de 24 de junio de 1982, *cit.* por BOULANGER, p. 234, nota 3.

29. MCLEAN, *ob.cit.*, p. 195.

namiento que reconoce la poligamia y posteriormente entra en la órbita de los tribunales ingleses³⁰. Lo cual no significa que esta figura quede siempre al margen de las leyes penales. Así, en *Regina v. Sagoo*³¹ se establece lo fundado de una acción penal de bigamia contra Singh Sagoo que contrajo en 1959 matrimonio en Kenia bajo estatuto personal poligámico. El año 1960, Kenia promulga una ley que prohíbe la poligamia a partir de ese año. En 1973 Sagoo se establece en Inglaterra, adquiriendo allí domicilio. Ese mismo año contrae matrimonio con Ushaber Patel. La acusación pública inicia acción penal contra Sagoo, que alega que esa acusación es infundada, ya que no cabe acción de bigamia contra un matrimonio polígamo *as inception*. El Tribunal, al fallar contra Sagoo, establece que el matrimonio, a pesar de ser potencialmente poligámico *ab initio*, devino monógamo *in character*, tanto por la ley Keniana de 1960 como por la adquisición de matrimonio británico por parte del acusado, para quien la monogamia venía a ser parte de su *personal law*.

Si en Inglaterra se ha pasado de una inicial posición de total rechazo de los efectos del matrimonio poligámico a una matizada postura de reconocimiento de algunos efectos reflejos, las jurisprudencias belga, francesa y alemana inicialmente mantuvieron una actitud abierta ante al matrimonio poligámico celebrado en el extranjero (o incluso,

30. Un ejemplo es *Hashmi v. Hashmi*, 1970, [Fam. 36] 1972-2 (1) p. 36 citado por PALOMINO, *ob. cit.* Un musulmán, Jamil Hashmi, contrae matrimonio con Halima Khatoon en Pakistán, de acuerdo con los ritos islámicos. Años más tarde contrae matrimonio civil en Gran Bretaña con Pamela Joyce. De este matrimonio nacen tres hijos. Pamela demanda en 1968 a Jamil ante los tribunales británico, solicitando el divorcio, aduciendo *cruelty* (sevicias); a la vez que solicitaba la guarda de los tres hijos habidos en el matrimonio. Por su parte, Jamil contraargumenta que Pamela conocía el primer matrimonio; que el segundo era válido conforme a la ley aplicable pakistaní; solicitando, en fin, la custodia de los hijos. El Tribunal británico se pronuncia en primer lugar por la situación de los hijos: si conforme a la ley pakistaní el primer matrimonio es válido, los hijos de este matrimonio han de considerarse legítimos. Respecto a los hijos del segundo, el Tribunal indica que siendo válido conforme a la ley del domicilio del demandante, también pueden considerarse hijos legítimos. En segundo lugar, el tribunal trata la cuestión de la validez del segundo matrimonio. En este punto, siguiendo la doctrina tradicional, indica que el Derecho inglés no puede reconocer la poligamia. De ahí que esta unión no admita declaración de divorcio, ya que es nulo ante la ley inglesa.

31. [1975] 1 Q.B. 885.

dentro del ordenamiento del foro, ante las autoridades diplomáticas o consulares extranjeras). De este modo se admitió la titularidad, para la segunda mujer y los hijos, de derechos sucesorios (Francia e Inglaterra) y alimenticios (Francia y Bélgica). Igualmente en Alemania se admiten consecuencias fiscales positivas para la segunda mujer de un matrimonio marroquí polígamo inmigrado al territorio de la República Federal. La segunda mujer ha sido declarada también legitimada para promover acción de resarcimiento como consecuencia de la muerte del marido en un accidente de carretera (Bélgica).

Sin embargo, actualmente se observa una cautelosa actitud en el Derecho francés: ya que la jurisprudencia ha entendido que la celebración de un segundo matrimonio por el marido es una injuria para la primera mujer y ésta puede divorciarse; además, ha fallado que el segundo matrimonio no producirá efectos contra la primera mujer, si ésta es francesa y que no se puede imponer a la primera esposa la presencia de la segunda en el domicilio conyugal³², de modo que se descarta la aplicación de la ley marroquí que prohíbe a la mujer invocar como causa de divorcio el segundo o tercer matrimonio del marido³³. Esa cautela es compartida por el Derecho español que, al interpretar por vía administrativa el acuerdo entre el Estado español y la Comisión islámica de España, insta a los encargados de los Registros civiles a ser especialmente rigurosos en la calificación, a la hora de inscribir los matrimonios celebrados conforme a dicho acuerdo, de la certificación del matrimonio, «habiendo de extremar el celo para asegurarse de la

32. T.G.I. Versalles 31 marzo 1965, Clunet 1966-67, con nota de PONSARD.

33. T.G.I. Orleáns 17 mayo 1984, *Revue critique* 1986, p. 3. Puede verse un buen análisis de esta jurisprudencia en C. CAMPLIGIO, *Matrimonio poligámico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, «Riv. dir. int. privato e processuale», 26 (1990), pp. 854 ss. y p. 905; F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il Diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, «Rivista di diritto internazionale», 1/1993, pp. 73 y ss.; G. ROBBERS, *Civil Effects of Religious Marriage in Germany*, «Marriage and Religion...», *cit.*, p. 216; ALEXANDRE, *L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français*, en el vol. «Le droit de la famille en Europe. Actes des Journées Internationales d'histoire du droit», R. Gangnofer (editor), Strasbourg, 1992, pp. 105 ss. En pruebas ya este trabajo, aparece el de J. DÉPREZ, *Les évolutions actuelles du D.I.P. française dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses*. «Revue Droit Canonique», 45, 1995, pp. 7-40.

inexistencia del impedimento de ligamen», es decir, para calificar como monógamo el matrimonio ³⁴.

El balance, no obstante, sigue siendo favorable al Derecho continental en relación con el angloamericano y en lo que concierne a la valoración de efectos reflejos —e incluso directos— de la poligamia.

3. El repudio

Si en materia de poligamia se advierte una idéntica actitud de fondo en casi la totalidad de derechos occidentales —escasos efectos directos y progresiva admisión de efectos reflejos o secundarios—, también en el tema del repudio confesional la posición de los derechos europeo-americanos es igualmente de reserva. No hay que olvidar el carácter cuasi privado que revisten diversas formas de repudios confesionales: desde el *talak* islámico hasta los divorcios puramente consensuales de Extremo Oriente pasando por el repudio judío (*guet*). La reserva surge del carácter judicial y oficial que la disolución del matrimonio reviste en nuestra área occidental, y los conflictos muchas veces propiciados por ciudadanos extranjeros o nacionales que se remiten en su regulación al estatuto personal confesional ³⁵. La reticencia ante toda forma de disolución que no sea estrictamente judicial, alcanza su máxima expresión en algún ordenamiento concordatario, como es el caso del italiano, que ha declarado inconstitucional la ejecución a efectos civiles de los pronunciamientos eclesiásticos de disolución *super rato*, fundamentalmente porque el rescripto de concesión es la conclusión de un procedimiento que se encuadra en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, y en el cual —al sentir de la Corte

34. Instrucción de 10 de febrero de 1993 sobre Inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, Dirección General de los Registros y del Notariado, «Boletín Oficial del Estado» de 24 de febrero de 1993, pp. 5882 y ss.

35. Cfr. sobre este punto las apreciaciones de BOULANGER, *ob. cit.*, pp. 522 ss.

constitucional— no quedan suficientemente garantizados a las partes un juez y un juicio en sentido estricto ³⁶.

Prescindiendo aquí de este último supuesto, que obviamente no es asimilable a las razones más de fondo que llevan a los ordenamientos occidentales a mantener su reserva frente al repudio confesional, centrémonos ahora en la jurisprudencia sobre esta última figura. Distinguiremos también la posición continental de la anglosajona.

En relación con Inglaterra, en una primera fase, se admitió la validez de repudios efectuados por extranjeros en territorio nacional, de acuerdo con el Derecho del domicilio de los esposos ³⁷. Así, en 1953, la sentencia *Har-Shefi* de la *Probate Divorce and Admiralty Division* reconoció la validez de un repudio pronunciado ante un rabino por un israelí en Londres, ya que el domicilio de los esposos estaba en Israel y el marido se aprestaba a volver allí ³⁸. También se admitió el llamado «divorcio tailandés» ³⁹, otorgado en la embajada de Tailandia en Londres, en función del domicilio de los esposos. Hoy, sin embargo, esta jurisprudencia ha perdido fuerza. De modo que, en el caso *Radwan*, la *Family Division* ha considerado sin efectos un repudio islámico ante el consulado de Egipto en Londres ⁴⁰.

En lo que concierne al Derecho continental, los cambios de postura de la jurisprudencia dificultan un análisis homogéneo del tema. Un

36. Sentencia 18/1982. Sobre ella: A. REINA, *Matrimonio concordatario y jurisprudencia constitucional*, «Estudios de Derecho canónico y derecho eclesiástico en honor de J. Maldonado», Madrid 1976, pp. 674-730.

37. Sigo las síntesis de BOULANGER, *ob. cit.*, p.525 ss y MCLEAN, *ob. cit.*, pp. 193-195. Ver también: A. STANZIONE, *Il matrimonio nei rapporti tra confessioni religiose e Stati europei*, en «Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale» (a cura di S. Berlingò - V. Scalisi), Milano 1994, p. 297.

38. En circunstancias similares también ha reconocido el talak musulmán. Cfr: KURESCHI v. KURESCHI, (1972) Fam. (173).

39. Sentencia *Varanand v Varanand*, 1964. En Tailandia, el vigente Código de 1935 ignora el divorcio judicial, pues basta el simple intercambio de consentimiento acerca de la extinción del matrimonio operado ante las autoridades administrativas, agentes de policía o agentes consulares.

40. Sentencia de 11 de mayo de 1972, citada por Boulanger, *ob. cit.*, I, p. 234.

ejemplo emblemático es Francia. En un primer momento, la Corte de Casación afirmó con rotundidad que «no puede haber en Francia divorcio sin decisión judicial»⁴¹. Posteriormente, la distinción entre «buenas» y «malas» repudiaciones, es decir, estas últimas arbitrariamente dispuestas por el marido, aquéllas consensuadas con la mujer, así como la asimilación establecida por el art. 13 de la Convención franco-marroquí de 1981 entre los repudios pronunciados en Marruecos entre marroquíes o marroquí y francés y las sentencias de divorcio, han dulcificado algo más esta posición, haciendo dudosa la rigurosa aplicación del orden público para el total desconocimiento de efectos del repudio islámico, por lo menos en el marco del Derecho internacional privado⁴².

A su vez, la posición de la jurisprudencia alemana suele distinguir entre repudios operados en el extranjero y dentro del territorio alemán⁴³. Para los primeros suele reconocerlos, siempre que no exista contraste con el orden público, es decir, que no se haya producido lesión del derecho de defensa de la mujer, esto es, cuando sea reconducible a un divorcio consensual, por presencia, aceptación o iniciativa de la mujer. La diferencia más apreciable con el Derecho inglés es que se equipara al repudio operado en el extranjero el efectuado en territorio alemán, siempre que lo sea ante autoridades consulares o diplomáticas extranjeras. Para el Derecho alemán es condición necesaria y suficiente en la posible operatividad de un repudio el haber sido registrado en el extranjero. En Inglaterra es necesario que todas las fases del repudio hayan tenido lugar en el país extranjero. Como ya se vio, el repudio pronunciado en Inglaterra pero convertido en definitivo en el extranjero, no puede ser reconocido en cuanto no pierde su carácter «interno».

En fin, la jurisprudencia italiana distingue claramente el repudio rabínico (*guet*) del islámico. El primero, es considerado como un di-

41. Sentencia *Moatti*, 15 de junio de 1982, *cit.* por BOULANGER, *ob. cit.*, t. II, París 1994, p. 524.

42. *Cfr.* N. GUIMEZANES, *Le mariage religieux et son efficacité civile*, en el vol. *cit.* «Marriage and religion...», p. 183.

43. *Cfr.* CAMPLIGLIO, *ob. cit.*, pp. 884 y ss.

vorcio consensual, de modo que su presunta unilateralidad sería simplemente «un homenaje, meramente formal, a la antigua tradición jurídico-religiosa hebrea»⁴⁴. De ahí la posibilidad de efectos en el plano del Derecho internacional privado. Al contrario, el talak islámico ha sido calificado como «el último tabú de la jurisprudencia italiana en materia de disolución del matrimonio»⁴⁵. Y de ahí también la negación de efectos directos e indirectos ante el Derecho italiano de, por ejemplo, el repudio marroquí⁴⁶.

Esta mención del repudio judío me proporciona la ocasión de hacer una referencia a uno de los más destacables efectos que, en el marco de los Derechos civiles, viene obteniendo esta institución de un ordenamiento confesional. Me refiero a su integración en el Derecho positivo civil.

4. Un supuesto especial: el *guet* judío

Para una adecuada intelección de los términos del problema, conviene previamente hacer una breve referencia a la configuración del repudio (*guet*) en Derecho hebreo. El carácter sagrado del matrimonio es consustancial a la filosofía judía de la vida, pero el Derecho hebreo ha reconocido la posibilidad de la disolución del matrimonio si las dos partes lo consienten voluntariamente. Esta disolución alcanza sus efectos en el matrimonio judío cuando el documento llamado *guet* es libremente dado por el marido y libremente aceptado por la mujer. Normalmente debe escribirse en hebreo y arameo por un notario cualificado, firmado por dos testigos, y físicamente entregado por el marido o su representante a la mujer en los locales de un *Beth Din*, es decir, de un tribunal religioso⁴⁷. Hasta que la entrega no se ha producido, la

44. Sentencia 20 julio 1976, de la Corte de Apelación de Florencia, en «Riv. dir. int. priv. proc.», p. 107, *cit.* por PASTORE, *ob. cit.*, p. 107.

45. PASTORE, *ob. cit.*, p. 107.

46. Sentencia de 27 de marzo de 1974, Tribunal de Cremona, en «Riv. dir. int. priv. proc.», 1974, p. 307, *cit.* por PASTORE, *ob. cit.*, p. 108 nota 117.

47. *Cf.*: A. ZAGOURI, *Du mariage en droit hebraïque*, París 1960, pp. 33 ss.

mujer no puede celebrar matrimonio religioso con tercera persona, incluso aunque el tribunal civil haya dictado sentencia de divorcio de acuerdo con la legislación del país de que se trate. Esto ha llevado a que en Israel, y como adelanté al principio de mi exposición, si el marido no entrega el acta de repudio a su esposa, tras ser compelido a ello por el tribunal religioso, puede ser sancionado por una Corte de distrito, transcurridos seis meses desde el día en que el *Beth Din* ordenó la entrega del acta de repudio.

Esto sentado, distinguiré la relativa operatividad del *guet* en el marco del derecho anglosajón y en el ámbito del Derecho europeo continental.

En el Derecho norteamericano⁴⁸ la integración aludida ha transitado de la jurisprudencia a la legislación. En el caso *Avilzer* (1983), el Tribunal de Apelación de Nueva York obligó a un judío divorciado civilmente, que no había remitido el *guet* a su ex-esposa, a comparecer ante el tribunal rabínico y cumplir con las obligaciones económicas establecidas en la *Ketoubah*⁴⁹. La presión del *lobby* judío ha llevado a la legislatura de Nueva York a incluir en el *New York Domestic Relations Act* (8 agosto 1983) una sección, la 253, que hace posible que la jurisdicción civil rechace una acción de divorcio si las autoridades religiosas certifican la existencia de un obstáculo por su parte. A pesar de la generalidad del texto, éste en realidad se refiere fundamentalmente a los matrimonios hebreos, garantizando la libertad de volver a casarse religiosamente a la esposa divorciada⁵⁰. En fin, la última sentencia que conozco y en la que el ordenamiento americano reconoce cierta operatividad al Derecho hebreo —aunque, en este caso, limitada a la conceptualización de un tribunal rabínico como órgano válido de arbitraje— es el caso *Kovacs*⁵¹. En primera instancia, el tribunal de distri-

48. Cfr. S. SHULMAN, *Civil involvement in Jewish divorce law*, «Annual Survey of American Law», 1984, pp. 969 ss., cit. por BOULANGER, t. I, cit. p. 194, nota 1.

49. Acuerdo económico entre los esposos que acompaña al matrimonio judío.

50. Sobre este punto, T. ROSTAIN, *Permissible Accommodation of Religion: Reconsidering the New York Get Statute*, «The Yale Law Journal», 96 (1987) pp. 1147 ss. También BOULANGER, *ibidem*.

51. *KOVACS v. KOVACS*, 98 Md. App. 289; 633 A 2d 425 (1993).

to aceptó como decisión arbitral acorde con la ley de arbitraje de Maryland los pronunciamientos de un tribunal rabínico en materia de vivienda familiar y custodia de hijos; tribunal confesional al que de común acuerdo se habían sometido los esposos Kovacs, de religión judía ortodoxa y con seis hijos de su matrimonio en crisis. Posteriormente, la esposa apeló la sentencia de la Corte de distrito ante el Tribunal de apelación, pero tan sólo en lo referente a los pronunciamientos sobre los hijos. El tribunal de apelación entendió que, por encima de los laudos arbitrales, el juez debe dictar pronunciamientos acordes con los intereses de los hijos. De ahí que anulara las medidas adoptadas en relación con los hijos por la Corte de distrito, ratificando los pronunciamientos respecto a los esposos. De este modo, estos últimos se integraron en el derecho de Maryland a través de las decisiones del tribunal rabínico.

En el Derecho inglés⁵² se ha acordado también jurisprudencialmente cierta operatividad a las cláusulas religiosas de *guet*. Teniendo en cuenta que, según el Derecho inglés, cuando las partes se han separado durante dos años, el divorcio puede ser solicitado y será decretado si las dos partes lo consienten⁵³, este consentimiento puede condicionarse a la entrega y aceptación del *guet* en los matrimonios judíos, y si esta condición no se cumple no será decretada por el Tribunal la preceptiva orden de divorcio⁵⁴. Para completar su operatividad, se han hecho dos tipos de propuestas en el marco del Derecho inglés, sometidas actualmente a estudio. La primera, solicita que la legislación inglesa —al igual que la de algunos estados de USA, zonas de Canadá y Australia— admita que, allí donde la religión judía exija un procedimiento de *guet* para que los divorciados civilmente puedan volver a

52. Cfr. sobre este punto M. COHEN, *La tragedie du divorce. Les chemins du futur. La manière anglaise*, en «Justice. Association Internationale des Avocats et Juristes Juifs», 4 (1995), pp. 32 ss; D. PEARL, *English Family Law and The Immigrant Population: A New Challenge*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», VI, 1990, pp. 381 ss.

53. Cfr. *Matrimonial Causes Act 1973*, s. 1 (2) (d).

54. Cfr. *Beales v. Beales*, 1972, 2 All Er 661, cit. por COHEN, *ob. cit.*, p. 33; *Brett v. Brett*, 1969 1 WLR, p. 487, cit. por PEARL, *ob. cit.*, p. 384, nota 17.

contraer matrimonio religioso, los tribunales civiles sean investidos del poder de retardar o de suspender el divorcio hasta que el procedimiento de *guet* haya concluido ⁵⁵. La segunda es más bien de índole religiosa. Se refiere a la medida adoptada por el Gran Rabino de Londres, al exigir, antes de la celebración del matrimonio judío religioso, que los contrayentes incluyan en la *Ketoubah* (contrato de matrimonio) una disposición por la cual se obligan, en caso de problemas matrimoniales, a someterse a las decisiones de un *Beth Din*. Y el marido, especialmente se compromete a que, en caso de recurrir a los tribunales civiles, cumplirá todas las obligaciones descritas en la *Ketoubah* acerca de su mujer, en especial en materia de *guet* ⁵⁶. En los medios judiciales ingleses se discute si, ante los tribunales civiles, obtendrá efectos esta cláusula religiosa si eventualmente es infringida por una de las partes y la otra solicite su cumplimiento.

En el Derecho continental europeo la operatividad de la obligación moral de otorgar el *guet* por parte del marido ha tenido interesantes reflejos en los Derechos francés e italiano. En el primero, existe una abundante jurisprudencia y literatura jurídica sobre el tema ⁵⁷. La Corte de Casación francesa ⁵⁸, por ejemplo, ha sentado como doctrina que, la negativa por parte del marido de otorgar el *guet* a su mujer una vez obtenido el divorcio civil, era una «abstention dommageable», asimilada a una falta en derecho civil francés (intención de dañar) y constitutiva de abuso de derecho. A su vez la Corte de Casación estima que el derecho civil no puede obligar al marido a otorgar el libelo de repu-

55. Propuesta del Gran Rabino y Consejo de Administración de los Judíos Británicos al Lord Canciller de Inglaterra, citada por COHEN, *cit.*, p. 33.

56. *Cfr.* los términos del debate en COHEN, *cit.*, p. 34.

57. Una síntesis de una y otra puede verse en los siguientes trabajos: N. GUIMEZANES, *ob. cit.*, pp. 1630-165; P. BARBIER, *Le probleme du «Gueth»*, *Gazette du Palais*, 1987, 2.^a sem, pp. 484 ss. Me han sido también muy útiles los siguientes trabajos inéditos, que por cortesía de sus autores, he podido consultar: M. T. ARECES, *Matrimonio religioso celebrado en forma judía: su posible eficacia en el ordenamiento jurídico francés*, Lérida 1994; C. RENARD, *Le probleme du «gueth» ou le libéralisme du Droit français au secours de la liberté de se remarier*, Dijon-Madrid, 1995. Agradezco a Christine Renard, de la Universidad de Bourgogne, su amabilidad al hacerme llegar las sentencias emitidas en la materia por las Cortes francesas.

58. Sentencia de 13 de diciembre de 1972, «Gazette du Palais» 1973, 1, p. 416.

dio, en la medida en que es una simple facultad que depende de la libre conciencia del sujeto, aunque puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios ⁵⁹. Sin embargo, la Corte de París entendió posteriormente lo contrario, ya que «el pleno ejercicio por una esposa de su derecho a elegir una forma religiosa de matrimonio exige el otorgamiento del *guet* por su marido; acto de naturaleza religiosa ... que no implica ataque contra la libertad de conciencia del marido...» ⁶⁰.

La posición de la Corte de Casación ha sido criticada por la doctrina, en la medida que no remedia adecuadamente el daño producido a la mujer, que no obstante la indemnización continúa en la imposibilidad de volver a casarse religiosamente. Como se ha dicho ⁶¹: «con esta solución no se pretende que la justicia ... actúe de brazo secular del derecho religioso judío: lo que se intenta es simplemente sancionar la infracción cometida por el marido a las reglas por él libremente aceptadas».

En este punto —aun a riesgo de alterar la jerarquía jurisdiccional por la que hasta ahora discurre la exposición— es necesario hacer una referencia a la decisión de 9 de diciembre de 1983 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, precisamente conectada con un problema de repudio originado en Francia ⁶².

En 1975, el tribunal francés competente pronuncia el divorcio civil de los esposos D., ambos judíos y muy practicantes. El marido, que pertenece al grupo judío de los Cohen, rehusa remitir a su ex-esposa el *guet*. Su alegación es que así garantiza a posibilidad de volver a casar-

59. Sentencia de 21 de abril de 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, 2, p. 590, con nota de CHABAS.

60. Sentencia de 21 de abril de 1989, *D.* 1989, I.R.60. Ya en 1958 la Corte de Grenoble había entendido que la negativa del marido a entregar el *guet* implica la existencia de malicia, por lo que no basta la condena a la entrega de una cantidad por daños y perjuicios, sino que, además, es necesario obligarle a la entrega del libelo de repudio, con la correlativa imposición de una multa por cada día de retraso. La Corte de Casación casó esta sentencia volviendo a reiterar la doctrina sentada en 1982, es decir, imposibilidad de obligar al marido a otorgar el *guet*, pero procedencia de la imposición de una suma en concepto de daños y perjuicios: Sentencia de 21 de noviembre de 1990, *D.* 1991, p. 434, con nota de E. AGOSTINI.

61. ARECES, *ob. cit.*, p. 43; AGOSTINI, *ob. cit.*, p. 436.

62. *D. v. France*, n.º 10180/82.

se con su ex-mujer, pues un Cohen no puede celebrar matrimonio con una mujer divorciada, en el sentido hebreo de la expresión. La esposa, demanda a su marido ante la judicatura francesa por daños y perjuicios. El marido es condenado a una indemnización de cierta entidad. El condenado recurre a la Comisión de Derechos Humanos, alegando que se le ha sancionado por haber manifestado su religión o su convicción por la práctica de los ritos judíos, lo que contradice el art. 9 de la Convención europea de Derechos Humanos. La Comisión decide que, rehusando remitir a su ex-esposa el libelo de repudio constatando el divorcio religioso, el demandante no ha manifestado su religión en el sentido del art. 9, par. 1 de la Convención. La razón es que el demandante no ha alegado que iría contra su conciencia el remitir el libelo de repudio; tan sólo estaría en juego una razón de estatuto particular de su familia, ya que perdería la posibilidad de volver a casarse con su ex-esposa, pues la ley mosaica dispone que un Cohen no puede casarse con mujer divorciada.

Volviendo a las legislaciones nacionales, la firma entre el Estado italiano y la Unión de Comunidades Israelitas de una *intesa*, así como la normativa de ejecución dictada por el Estado italiano⁶³ ha vuelto a plantear la eficacia en Italia, no sólo de los ritos religiosos del matrimonio judío, sino también la posible operatividad de las sentencias dictadas por los tribunales religiosos hebreos.

Dos sentencias de la Corte de Milán se han referido a dicha posibilidad⁶⁴.

63. El acuerdo entre la comunidad israelita y el Estado italiano es de 27 de febrero de 1987. La normativa de ejecución —«Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane»— lleva fecha de 8 de marzo de 1989. En el art. 13 del Acuerdo y el 14 de las normas de ejecución se regula la eficacia civil del matrimonio judío. Y el 19 de junio de 1989 el Ministerio de Justicia italiano dicta una Circular sobre el matrimonio celebrado en Italia según el rito hebreo. Estas normas pueden verse en «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1987, pp. 420 y ss.; 1989, pp. 528 y ss.; S. BERLINGO-G. CASUSCELLI, *Codice del diritto ecclesiastico*, 3.ª edic., Milano 1993, pp. 471 y ss. Cfr: también, A. VITALE, *Corso di Diritto ecclesiastico*, 7.ª ed., Milano 1993, pp. 290 y ss.; R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino 1994, pp. 114 y ss.

64. Sobre ellas: G. SACERDOTI, *Il divorzio Ebraico-Israeliano di fronte ai giudici italiani*, en «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1991-1992, pp. 433 y ss.

La primera ⁶⁵, resuelve la operatividad de una sentencia de repudio emitida por el Tribunal Rabínico de Roma en un matrimonio celebrado en Tel Aviv entre una mujer italiana y un ciudadano israelí. Dicha sentencia tiene plena eficacia ante el Derecho israelí, de modo que el marido adquiere su libertad matrimonial. El problema para el Derecho italiano es si ese repudio operado en su territorio tiene o no eficacia en su propio ámbito. El Tribunal de Milán considera —en una interpretación extensiva de los divorcios obtenidos en el extranjero— que el divorcio «ottenuto all'estero» sería sinónimo «di ottenuto in o secondo un ordinamento estero». De modo que la sentencia del tribunal rabínico operaría como presupuesto suficiente y válido para pronunciar el divorcio en aplicación de la norma italiana. La segunda sentencia ⁶⁶, declara no contrario al orden público italiano un guet emitido por un tribunal rabínico de Israel, sobre un matrimonio también celebrado en Israel entre una italiana y un israelí, donde ambos contrayentes residen, y transcrito posteriormente en Italia.

5. Valoración a la luz de la libertad religiosa.

Después de esta disgresión, que implica una valoración positiva por el Derecho civil occidental de un aspecto del Derecho hebreo sobre el matrimonio y su disolución, conviene preguntarnos si la negativa de los Derechos europeo-americanos a la concesión directa de efectos civiles de ciertas formas de repudio y de la poligamia supone verdaderamente una quiebra del principio de libertad religiosa.

Tal vez la primera cuestión que aquí sea preciso abordar es si la poligamia y el repudio islámico —que son las figuras que producen los problemas apuntados— se deben encuadrar o no en el plano de exigencias estrictamente religiosas de ese derecho, cuyo desconocimiento, efectivamente, pueda implicar una lesión de la libertad en su vertiente

65. Corte de Milán, 5 de octubre de 1991. Su texto: «Rivista dir. int. priv. proc.», 1992, pp. 123 y ss.

66. Corte de Apelación de Milán, 19 de mayo de 1992, misma revista citada en nota anterior, pp. 586 y ss.

de libertad religiosa. El tema me parece dudoso. La duda surge de los recelos de los propios países musulmanes ante ambas figuras.

Respecto a la primera ⁶⁷, no puede olvidarse que la poligamia está siendo objeto de una profunda crítica en el mundo musulmán desde fines del siglo pasado. Partiendo de la base de que el propio Corán hace notar que, incluso en las mejores situaciones y con las mejores intenciones, el hombre no puede satisfacer las obligaciones que hacia la mujer lleva anejos la unión poligámica, por lo que en la mayoría de los casos debe ser proscrita, el ala modernista islámica ve en ella «un fardo de la que debe liberarse la sociedad islámica». Llegando algunos autores a sostener que el Corán prohíbe la poligamia de modo explícito ⁶⁸. Sea cual sea la interpretación más adaptada a la realidad coránica, la realidad es que la totalidad de ordenamientos islámicos tienden a limitarla y poner su práctica bajo control, aunque solamente Túnez la ha proscrito expresamente de su legislación ⁶⁹.

Por lo que respecta al repudio no hay que olvidar que ya el propio Mahoma lo llamó «la peor de las cosas lícitas» ⁷⁰; de ahí los recelos ante él, que de hecho están conduciendo a su judicialización, es decir, a la necesidad de su control judicial —como ha sucedido plenamente en Israel—, de modo que, por ejemplo, en Yemen del Sur y Somalia solamente puede darse ante el juez, que debe antes intentar una reconciliación. Igualmente, en la última reforma del Código de familia marroquí ⁷¹, se ha establecido que el esposo no puede repudiar a su mujer más que ante un juez y después de un arbitraje ante una comisión de conciliación.

67. Cfr. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano 1990, pp. 104 y ss. y 117; F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, «Riv. di diritto internazionale», 1993, p. 115.

68. Cfr. JANSEN, *The Interpretation of the Koran in Modern Egypt*, Leiden 1974, p., 91, cit. en nota 85, p. 105 por Beck-PECCOZ, *ob. cit.*

69. Art. 18, *Code du statut personnel (Magalla)*: «La polygamie est interdite».

70. Sobre este extremo, R. NAVARRO-VALLS, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1977, pp. 100 y ss.

71. Art. 44, *Code du statut personnel et de successions (Muddawanna)*, modificado por Dahir de 10 septiembre 1993: «La répudiation ne peut être consignée par les adouls qu'en présence des deux parties et après autorisation du juge».

Estos recelos y la progresiva reacción de las legislaciones musulmanas ha llevado a sostener que, en puridad, la reivindicación del repudio unilateral o de la poligamia, no sería hoy algo que necesariamente habría de incluirse en el marco de la libertad religiosa sino, a lo más, en lo que sería un hipotético «derecho a la identidad cultural» o bien en el ámbito de los derechos adquiridos ⁷².

III. OTROS PROBLEMAS

1. La prohibición confesional del divorcio y la libertad religiosa

Si hasta ahora los problemas que crea la libertad religiosa han sido planteados al hilo de figuras del derecho de familia confesional que, por exceso, desbordan la concepción judicial del divorcio occidental o la caracterización monogámica del matrimonio europeo-americano, ahora nos hemos de referir a figuras que, por defecto y si se me permite la expresión, han colisionado con la progresiva erosión que la nota de indisolubilidad sufre en el marco del Derecho occidental. Me refiero a ciertas concepciones confesionales —unas bien conocidas, otras no tanto— que entienden lesivas de las convicciones religiosas la permisiva y amplia configuración de la disolución del matrimonio en el Derecho civil. Los conflictos —que yo sepa— se han planteado en el punto de contacto entre Derecho canónico-Derecho civil, y entre éste y algunas modalidades de la concepción matrimonial hindú. Comencemos con estas segundas.

En el Derecho inglés ⁷³, cabe la posibilidad de oponerse a la acción de divorcio del demandante si la disolución del matrimonio comportara para el demandado un serio perjuicio económico o de otra circunstancia (*grave financial or other hardship*). Este perjuicio debe ser valorado por el tribunal atendiendo al comportamiento de los cónyuges, el bien de los hijos, el interés del cónyuge demandado etc. El pro-

72. Cfr. PASTORE, *ob. cit.*, p. 115.

73. Cfr. *Matrimonial Causes Act* de 1973.

blema planteado ante la jurisprudencia inglesa es si ese *other hardship* puede incluir un interés religioso digno de protección civil. Tal cuestión ha sido abordada en los casos *Banik* (1973) y *Balraj* (1980).

En el primero ⁷⁴, un hindú (Sambhu Banik) domiciliado en Gran Bretaña, solicitó el divorcio de su mujer (Nirmala Banik), también hindú. El matrimonio había sido contraído en Calcuta con arreglo a las observancias religiosas hindúes. Nirmala se opone a la acción de divorcio alegando, entre otras razones, que en el contexto de la sociedad hindú, el divorcio supone un estigma de la mayor gravedad ⁷⁵. El tribunal de primera instancia, a la vez que reconoce la originalidad y dificultad del caso que se le propone, indica la falta de pruebas concretas del *real hardship* que alega la demanda. Nirmala apela la sentencia de divorcio. La Corte de Apelación entendió que el concepto de *grave hardship* es una cuestión de «hecho y grado», que ha de ser valorada por la judicatura. La apelación se acepta, aunque a los solos efectos de revisión de la pensión alimenticia fijada en la primera sentencia.

En el caso *Balraj v. Balraj* ⁷⁶, ambos cónyuges pertenecían a la casta hindú Kshatriya. A los diez años de matrimonio, el marido abandona a la mujer, solicitando posteriormente el divorcio. La esposa alegó que —por razón de pertenencia a la casta mencionada— el divorcio supondría, tanto para ella como para la hija habida del matrimonio, la proscripción social más absoluta. En apelación, el tribunal estima que de la aplicación de un test objetivo a los hechos alegados por la esposa, no cabe estimar que los problemas futuros que puedan producirse causen realmente ese *hardship* enunciado en la ley. La sentencia concluye rechazando la petición de la demandada.

En Francia se ha planteado también el problema, ya que el elemento religioso puede ser tomado en consideración para denegar el divor-

74. *Banik v. Banik*, 1. W.L.R. pp. 860 y ss.

75. «A Hindu woman will be a destitute as a divorcee. If I am divorced, I will, by virtue of the society in which live and the social attitudes and conventions existing in it, become a social outcast...I and the other members of the community in which we live regard the divorce as anathema on religious and moral as well as social grounds. My husband knows the humiliation and degradation». (*Ibidem*, p. 863).

76. Court of Appeal, octubre 1980, *cit.* por PALOMINO, *ob. cit.*, p. 8.

cio, fundamentalmente porque el art. 240 del Código civil, redactado después de la ley de 1975, establece la posibilidad de que el tribunal rechace el divorcio solicitado, cuando de él pudieran derivarse consecuencias «materiales o morales de una excepcional dureza».

El desenlace mayoritario de la jurisprudencia francesa ha sido, sin embargo, considerar la sola alegación de razones religiosas como no suficiente para rechazar el divorcio solicitado por la otra parte. La razón: «el carácter puramente subjetivo del sentimiento religioso impiden al juez apreciar su fuerza y sinceridad»⁷⁷. Excepcionales son las sentencias en las cuales se deniega el divorcio, ya porque su otorgamiento implicaría un grave atentado «al ideal moral y religioso sobre el cual la esposa había construido su matrimonio»⁷⁸ ya porque la esposa era «catequista y miembro de un tercera orden», e imponerle el estado de mujer divorciada sería especialmente doloroso para una persona de su generación y convicciones⁷⁹.

También en España e Italia han aflorado similares cuestiones, aunque con la particularidad de que las causas han llegado hasta los respectivos Tribunales Constitucionales al aparecer involucradas temáticas de orden constitucional. Así, en España, el auto de 7 de julio de 1981⁸⁰ denegó el recurso de amparo de una mujer cuyo marido había disuelto por divorcio civil el matrimonio canónico. Ante la argumentación de que la introducción del divorcio, también para los matrimonios canónicos, era lesiva de las convicciones religiosas amparadas por el sistema concordatario español, el TC entendió que el «reconocimiento (de los efectos civiles del matrimonio canónico) no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia Católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado

77. Cfr. las referencias jurisprudenciales en GUIMEZANES, *ob. cit.*, pp. 161-162.

78. Cfr. Corte de Dijon, 29 de junio de 1978, J.C.P. 1980, II, p. 19350, citada por GUIMEZANES, *ob. cit.*, p. 162.

79. Cfr. Corte de Montpellier, 16 de febrero de 1987. D., 1988 p. 5, *cit.* también por GUIMEZANES, p. 162.

80. Su texto íntegro en C. LARRAINZAR, *Libertad religiosa y reconocimiento civil del matrimonio canónico*, en el vol. «Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echeverría», Salamanca 1987, pp. 339-342.

que... el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles». Con anterioridad, aunque por sentencia, el Tribunal Constitucional italiano había concluido en parecido sentido ⁸¹.

Si las jurisdicciones nacionales han reaccionado en el sentido expuesto ante las peticiones de denegación por razones religiosas del divorcio, el Tribunal de Derechos Humanos ha declarado no lesiva de la Convención las legislaciones europeas que, también por razones religiosas, mantengan el matrimonio como indisoluble. En la sentencia *Johnston* ⁸², ante la demanda de una pareja irlandesa a la que la indisolubilidad del matrimonio constitucionalmente establecida en Irlanda impedía contraer matrimonio entre sí al estar uno de ellos ya casado, el Tribunal de Estrasburgo entiende que no puede deducirse del artículo 12 de la Convención un derecho al divorcio incluido en la propia noción de matrimonio. Es más, en otra sentencia posterior ⁸³, al aludirse al caso *Johnston* se reitera que «el hecho de que un país ocupe ... una situación aislada en un aspecto de su legislación no implica forzosamente que tal aspecto sea contrario a la Convención, sobre todo en un ámbito, como es el matrimonial, tan estrechamente ligado a las tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a sus concepciones profundas respecto a la célula familiar» ⁸⁴.

2. El matrimonio indisoluble electivo

Hace un momento he aludido a la decisión del Tribunal Constitucional español que entiende acorde con la Constitución española un

81. Cfr. sentencia 169/1971.

82. Sentencia de 18 de diciembre 1986, *Publications de la Cour*, Serie A, vol. 112 & 53, p. 25 y ss.

83. Sentencia de 18 de diciembre de 1987, *F. contra Suiza*, vol. 128 & 33, pp. 16-17.

84. Sobre esta decisión y sus antecedentes puede verse O. JACOT-GUILLARMO, *Les liens familiaux dans la jurisprudence de Strasbourg*, en «Problemes de Droit de la famille», Neuchatel, 1987, pp. 79-92; F. RIGAUX-M.F. RIGAUX, *La famille devant le juge constitutionnel et le juge international*, en «Melanges offerts a J. Velu», T. III, Bruxelles, 1992, pp. 1717-1719; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de Derechos Humanos*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 1986, pp. 457-459.

sistema matrimonial que permita la aplicación del divorcio civil al matrimonio canónico. Distinta cuestión, aunque conectada con ella, es la posibilidad de que la ley civil diseñe dos modalidades matrimoniales, una disoluble y la otra jurídicamente indisoluble, susceptibles de libre elección. Esta fórmula, como es sabido, ha sido históricamente ensayada en el ámbito concordatario por tres ordenamientos jurídicos ⁸⁵, siendo motivo de debate en el campo doctrinal ⁸⁶. Lo que resulta una novedad es que se haya planteado, por lo menos doctrinalmente, en el ámbito anglosajón. Y no a mediados del siglo XX, sino cuando se acerca el final del milenio. La novedad del ámbito geográfico y la adición de nuevas argumentaciones favorables al tema exigen que prestemos alguna atención al nuevo discurso.

Christopher Wolfe, por ejemplo, parte de la consideración del derecho de familia norteamericano como «paternalista» ⁸⁷. Para esta concepción, aquellos que por sus convicciones religiosas se ligaran *jurídicamente* (no simplemente en el plano de un ideal moral, sino de una realidad legal) incurrirían en un error, frente al cual —por su falta de previsión— han de ser defendidos. Sin embargo, la filosofía que subyace bajo esta concepción suele presentarse contraria al «paternalismo» argumentando —en otras esferas distintas al divorcio— que «debe dejarse libertad total a las personas a la hora de hacer sus elecciones; si las consecuencias son irreparables, será lamentable, pero esto no es decisivo para abandonar esa política y prohibir esas elecciones». De ahí deduce que el que en Estados Unidos todos los matrimonios puedan disolverse no es tanto por oposición al paternalismo que subyace en el matrimonio tradicional al poner restricciones al divorcio cuanto, justamente, por el paternalismo que supone la negativa de la ley a *tolerar* matrimonios indisolubles. Para este autor, además, la creación de un vínculo indisoluble electivo sería una fuente de in-

85. *Cfr.* art. XXIV del concordato portugués de 1940 (modificado en 1975); art. XV del concordato con la República Dominicana de 1954; art. VIII concordato colombiano de 1973.

86. Véase por todos el trabajo de A. FUENMAYOR, *El derecho a contraer matrimonio civilmente indisoluble (El llamado divorcio opcional)*, en «Estudios de Derecho civil», II, Pamplona 1992, pp. 993 y ss.

87. *The Marriage of your Choice*, en «First Things», febrero de 1995, pp. 37-41.

centivos para que cada persona pondere con atención su decisión inicial de contraer matrimonio; al tiempo sería un estímulo para que cada contrayente realice el máximo esfuerzo para lograr que su matrimonio funcione.

Esta «estrategia», que maximaliza la probabilidad de éxito en el matrimonio, la ilustra Wolfe con la imagen clásica del pasaje griego de Ulises y las Sirenas. Ulises conocía los riesgos de naufragio que podría sufrir si su tripulación se dejaba seducir por los bellos cantos de las sirenas. Por eso optó por taponar los oídos de sus marineros. Ulises, sin embargo, manteniendo expedita la audición, *ad cautelam*, se ató al mástil del barco. Del mismo modo, a sabiendas de que la «llamada de las sirenas» es algo que no siempre el ser humano puede resistirse a escuchar, el derecho puede optar por establecer modalidades jurídicas que cierren la posibilidad de consecuencias negativas. Es decir, estas personas elegirían no tanto «comprometerse» con su cónyuge, cuanto «atarse» o vincularse a sí mismos con su matrimonio. ¿Por qué impedirles esta estrategia?

Ciertamente no es fácil una respuesta totalmente satisfactoria a esta pregunta, aunque, reconozcámoslo, tampoco lo es la instrumentalización práctica del matrimonio electivo indisoluble o de los pactos de indisolubilidad, sin demasiadas posibilidades de aceptación dada la actual orientación de los derechos de familia europeo-americanos. La reapertura del debate —en realidad nunca cerrado— permite sin embargo, ahondar algo más en el trasfondo ideológico y en las contradicciones que se ocultan en un Derecho de familia que, por un lado, afirma la «omnipresencia del querer», es decir, del subjetivismo exasperado y, por otra, se autorrefuta por no lograr en el plano de los principios «garantizar aquella total libertad que proclama como derecho de todos»⁸⁸. En realidad, la no aceptación de esta fórmula es una excepción a la tendencia del Derecho de familia de acuñar nuevas soluciones jurídicas a las continuas demandas sociales que postulan una serie de reivindicaciones en aumento. Si, por ejemplo, el Derecho de familia tiende a re-

88. F. D. AGOSTINO, *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid 1991, p. 126.

conocer la fórmula del divorcio por mutuo consentimiento, no se ve claro que, a través de los pactos de indisolubilidad jurídicamente operativos, la voluntad no pueda diseñar un matrimonio indisoluble.

Como en alguna ocasión me he permitido observar⁸⁹, ésta es, desde luego, una cuestión discutible, pero que permite sospechar que tras ella se oculta una de esas incongruencias de las actuales relaciones entre Derecho de familia y voluntad individual que requieren una atenta y desapasionada consideración, y en cuya resolución han de combinarse todos los recursos de la teoría general del derecho, de la técnica y de la prudencia jurídica en su más noble concepción.

3. La guarda de los hijos y la libertad religiosa

Los puntos de contacto entre libertad religiosa y ejercicio de la patria potestad en la familia, constante matrimonio, son muy varios y abarcan tanto los derechos de los padres de educar e instruir a la prole en la propia fe, el problema del desacuerdo entre ellos en relación con la educación religiosa, el que plantea el desacuerdo de los hijos con las decisiones paternas, la conveniencia de la intervención del arbitraje privado o del poder judicial en estos supuestos etc.⁹⁰.

Sin embargo, aquí me referiré a la libertad religiosa cuando el matrimonio entra en crisis y en relación con los menores cuya guarda ha sido confiada a uno de los padres. En principio, las convicciones religiosas de los padres son indiferentes a la hora de atribuir la guarda de los hijos a uno u otro cónyuge. La Corte de Casación italiana, por ejemplo, ha entendido que «en un Estado neutral en el campo religioso y, por tanto, respetuoso con las opciones individuales... la elección del cónyuge a quien ha de atribuirse la prole no puede (no debe) ser influenciada (positiva o negativamente) por su profesión religiosa. Es

89. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, p. 65.

90. Cfr: M. LÓPEZ ALARCÓN, *Adolescencia, familia y sus dimensiones jurídicas*, «Anales de Derecho. Universidad de Murcia», 1991, pp. 7-70.

decir, que el credo religioso del padre es, a este fin, indiferente y que tal credo no entra por ello en los componentes de la decisión acerca de su aptitud para cuidar adecuadamente la prole.»⁹¹. Más debatido es el problema cuando uno de los cónyuges, después de celebrado el matrimonio o incluso operada la separación o el divorcio, se convierte a otra confesión o fe e intenta educar a los hijos en el ámbito de sus nuevas convicciones. Los casos más debatidos se refieren a conversos a la secta de los testigos de Jehová. La jurisprudencia europea y americana, así como la del Tribunal de Derechos Humanos no ha adoptado soluciones idénticas.

En Italia, la orientación jurisprudencial no es uniforme. Por un lado, la Corte de Casación italiana entiende «que cuando los dos padres son de fe diversa y no existe entre ellos acuerdo sobre la educación religiosa que impartir al menor, parece lógico que cada uno de los padres ofrezca al hijo, con la palabra y manifestaciones de otro género, la oportunidad de conocer y apreciar la fe religiosa favorita ... aunque deben evitarse «lacezarioni» al hijo... sobre todo cuando la diversidad de fe religiosa ha sobrevenido durante el matrimonio»⁹². Pero, por otro, tribunales inferiores han sostenido la necesidad de la intervención judicial y la conveniencia de que el juez, en caso de diferencias de opinión entre los cónyuges separados uno de los cuales de católico transitó a testigo de Jehová, disponga «que a la prole se imparta la enseñanza de la religión católica, ya porque responde al común sentimiento de la mayoría de la población italiana, por el particular reconocimiento a ella prestado por la República, o porque frecuentar la hora de religión en la escuela puede prestar a los menores que ya conocen el otro credo confesional útiles puntos de referencia y estimulantes apuntes críticos»⁹³.

91. Casación civil, Sentencia de 27 de febrero de 1985, n.1714, citada por BOTTA, *ob. cit.*, p. 196.

92. Casación civil, Sección I, sentencia de 23 de agosto de 1985, n. 4498, citada por BOTTA, *ob. cit.*, p. 198.

93. Sentencia de 18 de septiembre de 1986, Tribunal de Massa, también citada por BOTTA, p. 198.

A su vez, la jurisprudencia americana —en este caso, la canadiense— tampoco tiene una orientación concorde. En materia de derecho de visita e instrucción religiosa de los hijos, la controversia se ha planteado sobre si el padre al que no le fue atribuida la guarda del hijo puede reivindicar el derecho constitucional de proporcionarle instrucción religiosa. La *Divisional Court* de Ontario en su sentencia *Hockey v. Hockey* decidió «que los derechos de visita deben ser ejercidos de una manera compatible con el respeto de los derechos constitucionales, incluyendo la libertad de religión del padre que se beneficia de ellos». En consecuencia, se entendió que el padre, no titular del derecho de custodia y testigo de Jehová, podía llevar a sus hijos gemelos de cinco años a su Iglesia y hacerles partícipes de sus creencias religiosas, pues la Corte no estaba convencida «de que hubiera pruebas concluyentes acerca de que la iniciación a dos religiones sea contraria a los intereses superiores de los niños»⁹⁴. Sin embargo, el Tribunal Supremo de la Columbia Británica sentó doctrina contraria, al afirmar en *Young v. Young* que el padre guardián tiene el derecho exclusivo de determinar la religión del hijo. De modo que el Tribunal prohibió al padre visitante, testigo de Jehová, discutir de religión con sus hijos o llevarlos a su iglesia durante el ejercicio del derecho de visita⁹⁵.

En el ámbito del derecho regional europeo destaca la sentencia de 23 de junio de 1993 del Tribunal de Derechos Humanos, dictada en el caso *Hoffmann v. Austria*. Con una débil argumentación y por cinco votos contra cuatro, se entiende contraria a la Convención de Roma la decisión de la Corte Suprema de Austria de que le sean retirados a la madre (testigo de Jehová) los hijos a ella confiados inicialmente para dárselos al padre (católico). La Corte austríaca había entendido que la madre había alterado unilateralmente la decisión conjunta que ella y su marido habían tomado cuando contrajeron matrimonio, momento en el que la esposa era también católica. Los hijos, pues, habían de educarse

94. 1989, 21 R.F.L. (3d) 105 at 106 (Ont. Div. Ct).

95. 1989, 24 R.F.L (3d) 193 (B.C.S.C.), citada por N. BALA y M. BAYLEY, *Canadá: la polémique continue sur les droits des époux en matière d'avortement et de pensions alimentaires*, en el vol. «Regards sur le droit de la famille dans le monde», París 1991, p. 88.

en la religión católica. A lo que se añadía la conveniencia de la continuidad en la educación religiosa, para evitar traumas psicológicos en el niño ante el cambio. El Tribunal de Estrasburgo, entiende que la medida adoptada por la Corte Suprema austríaca perseguía un fin legítimo —la protección de los hijos—, pero añadiendo que no hay una relación de proporcionalidad entre el fin pretendido y los medios empleados, pues la fórmula finalmente adoptada por Austria se había decidido teniendo en cuenta la ley de educación religiosa como factor principal. Para el Tribunal: «una distinción basada esencialmente sobre una diferencia de religión no es aceptable».

Al condenar a Austria, la Corte de Estrasburgo no valora adecuadamente, en mi opinión, el peligro potencial que para los hijos puede tener el cambio de educación, en especial la faceta relacionada con la prohibición moral de recibir tratamiento hemotransfusional con el consiguiente riesgo para la integridad física ⁹⁶. De ahí que me parezcan razonables los votos particulares contrarios a la sentencia. En especial los de los jueces Bonnici y Válticos. Para el primero, la decisión de la Corte Suprema austríaca era acertada cuando sentó el principio de que la educación religiosa de los niños Hoffmann debía adecuarse al acuerdo inicial y libremente adoptado por ambos padres. La ruptura del matrimonio no autoriza ni a los cónyuges ni a la justicia a alterar, en este punto, lo convenido. Por su parte, Válticos observa que la decisión de la Corte Suprema austríaca no se fundamenta en la nueva fe abrazada por la madre, sino en las consecuencias potencialmente perniciosas que esto entraña en los hijos en materia de transfusiones de sangre ⁹⁷.

96. Sobre esta cuestión y la toma de postura de la jurisprudencia europea y americana, *vid.* R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN y M. A. JUSDADO, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español*, en «Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor P. Lombardía», Madrid 1989, pp. 902 y ss.

97. Sentencia de 23 de junio de 1993 en el caso Hoffmann c. Austria, de la Corte Europea de Derechos Humanos (Cour Européenne des Droits de l'homme, Strasbourg, 23 de junio de 1993). Los primeros comentarios de la doctrina han sido críticos con Hoffmann. Así, J. MARTÍNEZ-TORRÓN (*La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», IX (1993), p. 82, nota 108) observa: «...el Tribunal para nada alude a la posible incompatibilidad de la ley austríaca de educación religiosa con el Convenio europeo, ni a la razón de que

Desde mi punto de vista, en estos supuestos debe exclusivamente tenerse en cuenta el interés del niño, sin hacer artificiosas construcciones que, al intentar ser supuestamente respetuosas con el derecho de libertad religiosa de los padres, en el fondo desconoce la dinámica propia del factor religioso y de las convicciones en él sustentadas. Por ejemplo, cuando se observa que no está demostrado que la «iniciación simultánea a dos religiones sea perjudicial para el niño», como expediente para equilibrar los derechos de libertad religiosa de padres con religiones o creencias distintas, se utiliza el típico argumento conciliatorio que, si tal vez mitiga las pasiones encontradas, es evidente que deja insatisfechas las inteligencias. Comenzando por la del niño, sometido a la presión de una doble indoctrinación que sólo confusión puede aportar. Nos encontramos aquí con uno de esos supuestos en que la jurisprudencia enjuicia manifestaciones de la libertad religiosa como si se estuviera ante meras elecciones de conveniencia: y eso, como se ha dicho, es «tratar la religión como si fuera un hobby»⁹⁸. No puede olvidarse que la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre «eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones»⁹⁹, pone el acento en el derecho de todo niño a tener acceso a la educación en

su aplicación concreta a este supuesto determine un tratamiento discriminatorio para la parte que la infringe. En segundo lugar, no se explica por qué la Corte suprema no puede llegar a conclusiones distintas de las que presidían las decisiones de las Cortes inferiores cuando valora las consecuencias negativas objetivas que puede tener para un menor su educación en una determinada fe religiosa, sobre todo en la circunstancia de que ambos padres estaban suficientemente capacitados para hacerse cargo del cuidado de los hijos... Finalmente, tampoco resulta muy comprensible —y así lo hace notar la opinión discrepante del juez Mifsud Bonnici— la constatación del Tribunal europeo acerca de que es precisamente la referencia de la Corte Suprema austríaca a la ley de libertad religiosa la que induce a pensar en una diferencia de trato discriminatoria; especialmente si se piensa que no es tan evidente que la infracción de esa ley por Ingrid Hoffmann constituyera el principal fundamento de su decisión: más bien parece que la Corte Suprema compartía la argumentación del marido sobre los efectos negativos que tendría para los hijos su integración en los testigos de Jehová, pero sólo podía revocar las sentencias de los Tribunales inferiores en caso de apreciar «una ilegalidad manifiesta».

98. Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación...*, cit., p. 23.

99. Res. 36/1955, de 25 de noviembre de 1981, art. 27.

materia de religión o convicciones «conforme con los deseos de sus padres», pero recalcando que, en todo caso, debe servir como «principio rector el interés superior del niño»¹⁰⁰. Se entiende así, que la Comisión Europea de Derechos Humanos haya entendido en alguna ocasión que el niño y su educación puede encomendarse a un institución que garantice la continuidad de una orientación educativa, incluso a pesar de los deseos contrarios expresados por los padres naturales¹⁰¹.

4. Límites de la libertad religiosa: forma y fondo del matrimonio en los conflictos entre ordenamientos confesionales y civiles

Esta referencia a la Comisión de Derechos Humanos nos permite referirnos a los límites de la libertad religiosa en su contacto con la familia y el matrimonio, tal y como la mencionada Comisión los ha abordado en dos ocasiones.

En el primer caso¹⁰², el demandante, ciudadano alemán de Heidelberg, acude a la Comisión ante la negativa del Oficial del estado civil de esa ciudad de inscribir su matrimonio en el registro. Su alegación se apoyaba sobre la pretensión de estar válidamente casado por la simple

100. *Cfr.* el mismo art. 27, *in fine*.

101. Como observa J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de Derechos Humanos*, «Anuario Derecho Eclesiástico del Estado», II (1986), p. 478, nota 233: «Esta conclusión cabe extraer de la Dec. Adm. 2.648/65 (Yearbook of the European Convention on Human Rights 11, pp. 354-355). Aquí, los hijos del matrimonio —separado— habían sido bautizados y educados en el catolicismo y encomendados por orden judicial a una asociación católica, ante la negligente conducta de los cónyuges. El padre, además de reclamar la devolución de los hijos, atacaba el tipo de educación —católica— que estaban recibiendo: él afirmaba haber abandonado toda clase de Iglesias. Entre otras razones de inadmisibilidad, la Comisión subrayó que la opción irreligiosa del demandante había sido tomada después de que ocurrieran los hechos: por tanto, era legítimo que las autoridades holandesas desearan asegurar la continuidad en la orientación católica que, desde su nacimiento, había estado presente en la educación de los hijos».

102. Citado por O. JACOT-GUILLARMOD, *Les liens familiaux dans la jurisprudence de Strasbourg*, en «Problèmes de Droit de la famille», Neuchatel, 1987, p. 84, nt. 40.

utilización de una forma religiosa de matrimonio, distinta de la exigida por el derecho alemán. El demandante había leído en alta voz el versículo 16 del cap. 22 del II libro de Moisés, antes de las primeras relaciones sexuales con la mujer que consideraba su esposa. La Comisión rechaza la demanda por manifiesta falta de fundamento. Según la decisión, el artículo 9 de la Convención de Derechos Humanos ¹⁰³, alegado por el demandante como base de su pretensión, «no significa que el matrimonio deba ser considerado como exclusiva expresión de la conciencia, el pensamiento o la religión, sino que además está regido por las específicas exigencias del artículo 12» ¹⁰⁴. Y en el presente caso —concluye la decisión— «no se ha denegado al demandante su derecho a casarse: únicamente se le exigía contraer matrimonio de acuerdo con la forma prescrita por la ley alemana».

Esta decisión plantea el debatido problema del reconocimiento de las formas confesionales del matrimonio y la libertad religiosa. Aun a riesgo de repetir algo que ya escribí en otro lugar ¹⁰⁵, digamos que sorprende la actitud restrictiva de algunos ordenamientos respecto a las formas admisibles para la producción de efectos civiles del matrimonio sobre todo en un momento en que la evolución del derecho occidental experimenta un doble y paradójico proceso, que apunta por un lado, hacia una privatización creciente de la relación matrimonial, y por otro, hacia la publicitación de otras relaciones calificables como paramatrimoniales (uniones libres), con una tendencia a equilibrar sus efectos jurídicos. En este contexto el reconocimiento civil de las formas religiosas de las principales confesiones, es decir, de aquellas notoriamente implantadas, no parece una traición de la laicidad, sino más bien otorgarle el contenido positivo que viene hoy confiriéndose a este

103. Art. 9, 1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; tal derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de credo y la libertad de manifestar la propia religión o credo, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la enseñanza y la práctica y la observancia de los ritos».

104. «A partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen el derecho de contraer matrimonio y fundar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de ese derecho».

105. R. NAVARRO-VALLS, *Los efectos civiles del matrimonio religioso*, cit.

nuclear concepto. Contenido que apunta más a la valoración adecuada de los intereses confesionales como uno de los «bienes del espíritu» en el contexto social, que no el de comprimirlos extramuros del derecho civil ¹⁰⁶.

Naturalmente debe repararse que he dicho «formas religiosas de las confesiones notoriamente implantadas». Con lo cual estoy afirmando que el Estado no debe dejarse llevar por una especie de «explosión eufórica» de formas matrimoniales religiosas en su seno. Solamente de aquellas que dejen adecuadamente salvaguardada la seguridad jurídica y la necesaria publicidad aneja al propio matrimonio. Es evidente, que el caso aludido y resuelto por la Comisión es precisamente uno de los típicos que exige su rechazo.

Dicho esto, retomemos el hilo del discurso aludiendo a la decisión *Janis Khan v. The United Kingdom* de 7 de julio de 1986 de la misma Comisión ¹⁰⁷, en la que se sienta el criterio de que la imposición de una edad legal para contraer matrimonio no implica violación de la libertad religiosa. El supuesto contemplado por la decisión es el matrimonio islámico contraído por un musulmán de 21 años con una joven musulmana menor de 16 años (concretamente tenía 14 años y medio) ante la negativa de los padres a autorizar dicha unión. La ley islámica permite el matrimonio a partir de los 12 años sin necesidad del consentimiento paterno. El marido fue inculcado ante la jurisdicción inglesa por estupro y condenado a 9 meses de prisión, por lo que demanda al Reino Unido por infracción de los artículos 9 y 12 de la Convención. La Comisión de Derechos Humanos en su decisión entiende —como en el supuesto anterior— que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el art. 12 está regulado en su ejercicio por las legislaciones nacionales, por lo que no puede hablarse en este caso de infracción por el Reino Unido de dicho artículo. Tampoco hay lesión del art. 9, ya que la expresión «prácticas religiosas» no cubre todos los actos que tienen por móvil una convicción o una religión, precisamente porque

106. Cfr: R. NAVARRO-VALLS, *Los Estados frente a la Iglesia*, «Anuario Derecho Eclesiástico del Estado», 1993, p. 33 y bibliografía allí citada.

107. Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights, 48, 1986, pp. 253 ss.

el matrimonio —vuelve a reiterarse el criterio enunciado en la anterior decisión— «no puede ser considerado exclusivamente como una forma de expresión del pensamiento, la conciencia o la religión».

El criterio seguido por el Reino Unido y, de rechazo, por la Comisión de Derechos Humanos, me parece demasiado riguroso. Una cosa es desproveer de efectos civiles el matrimonio aludido y, otra, acompañarlo, además, con una sanción penal, que es la más grave reacción de un ordenamiento jurídico. La reacción penal no parece ser, en este caso, una sanción adecuada bajo ningún aspecto de los fines clásicos de la misma: retribución, prevención, reincorporación social del autor, etc. Como ha dicho el Tribunal Federal alemán en un caso de objeción de conciencia: «La obligación que recae sobre todo poder público de respetar las convicciones personales ..., tiene como inevitable resultado el retroceso del derecho penal en aquellos supuestos en los que existe un conflicto entre una obligación legal y el dictado de las creencias. En este caso, la sanción penal —que clasifica al sujeto como un delincuente— sería una reacción social demasiado dura y que vulneraría la dignidad humana»¹⁰⁸.

108. BVerfGE, 32, pp. 108 y 109. La descripción del supuesto que dio ocasión a sentar esta doctrina puede verse en NAVARRO-VALLS, MARTÍNEZ-TORRÓN y JUSDADO, *ob. cit.*, pp. 219-222. En el Derecho español me parece que la reacción penal no se produciría, si estamos al criterio sentado por la DGRN en su resolución de 27 de mayo de 1994 (Citada por M. LÓPEZ ALARCÓN, *Tendencias uniformadoras internas en el sistema matrimonial español*, «Anales de Derecho. Universidad de Murcia», 1994, p. 121). En ella se autoriza la inscripción en el registro civil de un matrimonio contraído en Marruecos con arreglo a la *lex loci* por una mujer marroquí de 15 años, aunque con consentimiento de su padre. Para la DGRN «no se observa en absoluto que permitir que una mujer de 15 años pueda contraer matrimonio sin dispensa judicial, pero con el consentimiento paterno, sea una norma incompatible con el orden público español». Ciertamente, sin dicho consentimiento, si el matrimonio se hubiera celebrado en Derecho español, sería decretada su nulidad si no hubiera sido precedido de dispensa judicial, pero dudo que se hubiera sancionado penalmente la conducta.