

LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL MATRIMONIO MULTICULTURAL: LA PRÁCTICA ESPAÑOLA Y EUROPEA*

Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ**

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Algunos aspectos de la práctica judicial española con relación a la poligamia*. III. *La disolución unilateral del vínculo o talaq*.

I. PRESENTACIÓN

Un resumen de los factores que intervienen en la regulación de la institución matrimonial lo encontramos en la frase de López Alarcón cuando señala que “son el resultado de la composición entre dos fuerzas o poderes, el civil y el religioso, en constante y variable tensión a lo largo de la historia”.¹ En función de cual de los poderes tenga más fuerza así será la regulación. Pues bien, en el orden internacional esta tensión se aprecia con mayor rigor por la coexistencia en la Sociedad Internacional de Estados confesionales, laicos y aconfesionales. En los primeros la regulación del matrimonio se deja en manos de la confesión o confesiones dominantes (la España preconstitucional, Marruecos, Israel, entre otros), en los segundos se suele establecer el matrimonio civil como única forma de contraer matrimonio (Suiza) y en los aconfesionales junto al matrimonio civil se pueden admitir varias formas religiosas para celebrar nupcias con efectos civiles (España). Si a lo anterior añadimos que las personas se encuentran sujetas, igualmen-

* Esta comunicación tiene su base en la participación de la autora en el Seminario relativo a “El Derecho de Familia en el Espacio Judicial Europeo”, y publicada en las Actas de Seminario por la Universidad de Sevilla en diciembre de 2005: *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*.

** Profesora de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá, Madrid, España.

¹ López Alarcón, M., *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1985, p. 15.

te, a la tensión de las fuerzas citadas a través de la “nacionalidad” y de su pertenencia (o no) a un credo o fe religiosa se comprende bien que la institución matrimonial levante grandes polémicas y debates y que, desde hace ya algunas décadas, se diga que el matrimonio está en crisis.² Pero lo cierto es que las uniones matrimoniales siguen produciéndose y no sólo entre hombre y mujer sino entre personas del mismo sexo.

En otro orden de cosas hay que señalar que la institución matrimonial se mueve hoy en día en un mundo globalizado en el que se superan las economías y mercados internos —estatales— desplazándose al ámbito internacional —mundial o global— y en el que circulan libremente los bienes, servicios y capitales.³ Esta globalización de los mercados acentúa los desequilibrios económicos entre países y provoca movimientos migratorios de trabajadores que arrastran consigo su propia cultura. A partir de aquí la institución matrimonial se encuentra sujeta a una nueva tensión cuando las personas se insertan en una sociedad culturalmente diferente y cuando se generan relaciones entre personas procedentes de distintas culturas. En el primer caso se producen problemas de reconocimiento y aceptación del matrimonio de origen de los extranjeros (monógamo, polígamo), así como de la regulación que su ordenamiento haga de la posible crisis matrimonial (nulidad, separación, divorcio). En el segundo, la celebración del matrimonio de personas que pertenecen a culturas diferentes implica la necesidad de establecer un equilibrio entre los ordenamientos jurídicos de origen de los contrayentes para evitar situaciones claudicantes y, al mismo tiempo, la necesidad de resolver una posible crisis matrimonial.

Todas estas cuestiones plantean importantes problemas de derecho internacional privado pues, en unos casos, los tribunales españoles tendrán que aplicar las leyes extranjeras que, en ocasiones, contendrán principios y valores diferentes o contradictorios con nuestro ordenamiento jurídico y, en otros, deberán aplicar el derecho español a los efectos de verificar si puede o no tener cabida en el foro un acto jurídico celebrado válidamente conforme al ordenamiento de origen. Sobre todo si consideramos que no todos los estados respetan ni conciben del mismo modo los Convenios de Derechos Humanos y, en particular, los principios de igualdad, no discriminación por razón de sexo y derechos de defensa de las partes.

² García Rodríguez, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, 1999, pp. 25 y ss.

³ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

En este contexto me voy a referir a algunos aspectos de la práctica española en distintos sectores del derecho en los que se aprecia la tensión cultural que, en el ámbito del matrimonio, se produce muy en especial entre la cultura islámica y la de origen cristiana como la europea. Estos conflictos, mal denominados interculturales,⁴ se resuelven tradicionalmente en derecho internacional privado a través de dos criterios de conexión que defienden intereses diferentes: la nacionalidad y la residencia. Si con el primero se respeta el ordenamiento de origen —y por ello la identidad cultural— del extranjero, con el segundo se procura la integración del extranjero en el foro y su asimilación a los nacionales aplicándoseles la misma ley pero a través de un criterio diferente. Este último criterio podría traducirse en términos de derecho internacional público como el defensor del principio de la cláusula de trato nacional.

Asimismo, hay que recordar que las relaciones entre el mundo islámico y el occidental en el sector de la familia parten de posturas diferentes y que va mucho más lejos que las diferencias en las regulaciones estatales de la institución matrimonial, de la filiación, de la sucesión, etcétera. La confrontación más profunda se produce respecto de los derechos humanos y su pretendida universalidad. Así, las declaraciones y convenciones de derechos humanos que se han propiciado desde occidente no fueron aceptadas —al menos en su integridad y sin reservas— por los países islámicos confesionales. Es más, éstos han elaborado sus propias convenciones como la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos.⁵ Ahora bien, la diferencia entre estos dos elencos de derechos humanos, declarados universales, estriba en que el primero defiende el derecho a contraer matrimonio de todas las personas (*ius connubi*) en igualdad de condiciones y sin discriminación por razón de sexo, raza o religión, el libre consentimiento de los contrayentes —o sus representantes legales por ellos—, la libre elección de cónyuge, la libertad

4 S. Sánchez Lorenzo considera que las diferencias en la regulación de la familia constituyen “conflictos interculturales” [“Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *Anuario del IHLADI* (2004), en prensa y repartido en las sesiones del XIII Congreso del IHLADI celebrado en Ecuador en septiembre de 2004] cuando de lo que se trata, con rigor, es de conflictos de leyes u ordenamientos jurídicos que si bien reflejan principios y valores imperantes de la cultura a la que pertenecen no generan tensión hasta que se encuentran positivados en normas jurídicas.

5 Esta convención fue realizada en el ámbito de la UNESCO, en París, el 19 de septiembre de 1981.

religiosa, entre otros;⁶ mientras que los derechos humanos del Islam señalan que estos derechos derivan directamente de la religión (el Corán, la Shariah,...) y por tanto, tras aceptar la libertad de credo contemplan la posibilidad de establecer la pena de muerte por apostasía, tras proclamar la igualdad ante la ley se discrimina a la mujer sometiéndola a la ley islámica y tras admitir la libertad para contraer matrimonio lo sujeta a la Shariah; además de permitir o establecer reservas continuas a los derechos fundamentales declarados constriñéndolos en su interpretación y aplicación a que “no contraríen la Shariah islámica”.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA CON RELACIÓN A LA POLIGAMIA

Existen argumentos de todo tipo a favor y en contra del matrimonio poligámico que dependen sobre todo de cuestiones religiosas y culturales. Desde una perspectiva personal entiendo que condenar sin más la práctica de la poligamia “legal” cuando es conocida y aceptada en la sociedad occidental la poligamia “de facto” no es precisamente coherente. Además, en muchos casos de poligamia “de facto” (concubinato) existe tanto el conocimiento como el consentimiento —tácito mayoritariamente— de la esposa. De ahí que en otros foros, igual que aquí, no me manifieste absolutamente en contra de la poligamia legal sino de la discriminación que ello supone respecto de la mujer en los ordenamientos que la regulan y admiten. Es decir, que sea privativa y exclusiva del hombre y no de la mujer o que se imponga a uno de los cónyuges por la sola voluntad del otro. No obstante, desde la perspectiva jurídica, hay que partir de que en España está terminantemente prohibida la celebración de matrimonios poligámicos tanto por la Constitución como por el Código Civil (artículo 46.2) y que los Convenios y Pactos que protegen la igualdad entre el hombre y la mujer para contraer matrimonio impiden la discriminación a que me he referido. Ahora bien, el problema real no es, precisamente, la discriminación entre

6 Un desarrollo de estos derechos fundamentales desde la perspectiva española puede verse en los trabajos de Aguilar Benítez de Lugo, M., “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *BIMJ* 1862, 2000, 425-447 y en el publicado con la profesora H. Grieder Machado con el título “El matrimonio de conveniencia”, *BIMJ*, núm. 1879, 2000, 3213-3234, entre otros.

el hombre y la mujer en la poligamia, sino la existencia del impedimento de ligamen a que se refiere expresamente el artículo 46.2 del Código civil.

Dicho esto, debo preguntar sobre la conveniencia y oportunidad de alegar la excepción de orden público del foro con todo su rigor para defender unos principios y valores que se manifiestan claramente en contra del derecho a la vida privada, a la intimidad personal o a la libertad religiosa de algunas personas. Por ello, pienso que no caben afirmaciones absolutas y rotundas sobre el orden público y que éste debe matizarse y atenuarse en atención al caso concreto. Piénsese que no es lo mismo situarse ante la celebración de un matrimonio poligámico en España por dos extranjeros marroquíes y musulmanes que ante el reconocimiento de dicho matrimonio celebrado en Marruecos. O ante un matrimonio a celebrar entre una española cristiana y un marroquí musulmán en España o en Marruecos. Es decir, el impedimento de ligamen puede justificar la excepción de orden público con más o menos rigor y fuerza en atención al grado de vinculación que el caso presente con el foro. Por tanto, cuando intervenga una autoridad española, afecte a un nacional español, o se pretenda su inscripción en un registro español, el orden público podrá utilizarse para preservar e principio de igualdad entre los cónyuges, la libertad para contraer matrimonio, la ausencia del impedimento de ligamen y el derecho de defensa de las partes, entre otros. En mi análisis presentaré, desde la práctica judicial española, cómo actúa este orden público a través de distintos sectores que, en general y de forma abstracta en algunos casos por no haberse dado todavía en la realidad, traté en mi libro sobre la celebración de los matrimonios religiosos no católicos de 1999.⁷

1. *El orden público atenuado es posible y cabría otorgar ciertos efectos al matrimonio poligámico*

Cuando la ley nacional de ambos cónyuges admita la poligamia y no afecte a los derechos de los terceros ni repercuta negativamente en los intereses del foro o cuando el Estado lo admita a través de convenios internacionales.

Este es el caso de varias decisiones sobre el reconocimiento y concesión de la pensión de viudedad en los matrimonios poligámicos. En principio, el

⁷ García Rodríguez, *La celebración*, cit., nota 2, pp. 278-281, entre otras.

reconocimiento pasaría por dividir al 50% (el 45% de la Base Reguladora del causante) la pensión de viudedad entre las dos viudas, o a partes iguales entre las distintas viudas. Las decisiones judiciales dictadas por los tribunales españoles son variadas. La más reciente es del TSJ de Cataluña, del 30 de julio de 2003,⁸ que se refiere a la reclamación de una de las viudas que no estaba conforme con la división de la pensión al 50% y reclamaba su división a prorrata en función al tiempo convivido con el causante. El TSJ de Cataluña aprovecha esta ocasión para plantearse la eficacia o no de la poligamia en el ordenamiento español y si en caso de que se reconociera pudieran atribuírsele efectos en ámbito de la seguridad social. Los argumentos esgrimidos por el TSJ de Cataluña se resumen en los siguientes.

- a) Que la Constitución Española establece un modelo monógamo de matrimonio y que el *connubi* es un derecho fundamental de la persona según el artículo 32, pero que no es un derecho absoluto y sin límites pues dicha norma se remite a su regulación por ley.
- b) Que el ordenamiento español prohíbe contraer matrimonio a los que estén ligados por un vínculo anterior (artículo 46.2, C. Civil) siendo nulo en caso de que se celebrara (artículo 73.2, C. Civil). Además, el artículo 217 del Código Penal contempla a la poligamia como un delito.
- c) Que los matrimonios religiosos que se celebren en España deben respetar un estándar mínimo para que tengan efectos civiles (artículos 42, 46 y 73, C. Civil).
- d) Que el Acuerdo de Cooperación del 92 con la Comunidad Islámica incorpora por referencia al ordenamiento española las normas musulmanas sobre forma de celebración del matrimonio pero todo lo demás se rige por el Código Civil.
- e) Que la tensión personal entre nacionalidad y filiación religiosa (la condición de ciudadano y la conciencia de creyente) se plantea en una relación jerárquica que cede a favor de la primera. En el caso de los Estados confesionales la ley nacional y la profesión de fe se funden en un mismo ordenamiento.

Por todo ello, se considera necesario recurrir a la excepción de orden público y no se puede aceptar la validez del segundo matrimonio y repartir al

⁸ Sentencia de la Sala de lo Social (AS 2003/3049).

50% la pensión de viudedad como hizo el INSS. Por otro lado, se argumenta en la sentencia del TSJ de Cataluña que la unión o matrimonio “de facto” no genera ningún derecho a la pensión de viudedad ya que la LGSS requiere para la apertura del derecho a la prestación que el causante y la peticionaria hubieran contraído válido matrimonio.⁹

El TSJ acepta el recurso y se dicta la sentencia con el voto particular de la magistrada Rosa María Virolés, quien señala que el TSJ no tiene competencias para decidir sobre la nulidad de un matrimonio que fue celebrado válidamente conforme al estatuto personal de los contrayentes y del lugar de celebración, sino sobre la pretensión social reclamada. Sobre este punto concreto no me parece acertada su afirmación ya que, en rigor, el TSJ de Cataluña no decide sobre la validez o nulidad del matrimonio poligámico sino sobre su posible reconocimiento en España con el fin de otorgarle algunos efectos. En otro orden de cosas, la magistrada alega que ambos matrimonios al ser válidos conforme a la *lex loci* y a la ley personal de los contrayentes pueden ser reconocidos en virtud de los artículos 49 y 50 del C. Civil,¹⁰ e interpreta que tal reconocimiento puede dar lugar a la aplicación analógica del artículo 174 de la LGSS y repartir a prorrata la pensión de viudedad en atención al tiempo convivido por cada esposa con el causante, tal y como se hace en el orden interno en los casos de separación y divorcio. Este segundo aspecto requiere también de algún comentario. En primer lugar, que reconocer la validez del matrimonio polígamo celebrado conforme a un ordenamiento jurídico extranjero no implica necesariamente aceptar o admitir dicho matrimonio en el foro otorgándole efectos, sino reconocer que cumple con las prescripciones legales del ordenamiento jurídico bajo el que tuvo lugar, lo que no significa necesariamente reconocer que cumple los requisitos para su reconocimiento en el foro; y, en segundo lugar, que no estamos ante una situación de separación o divorcio sino de un constante matrimonio, por lo que las situaciones no son equiparables.

Cuestión distinta es la contemplación de la poligamia desde la vigencia de un convenio bilateral celebrado entre dos estados por el que el país monógamo se compromete a reconocer y dar ciertos efectos a los matrimonios poligámicos originarios del otro estado y respecto de sus nacionales. Este es el

⁹ En este sentido se han manifestado numerosas sentencias del TC.

¹⁰ Este mismo argumento podría llevarnos al absurdo de aceptar un delito o una falta porque en el Estado de origen o bajo el cual se realizó el acto es válido: por ejemplo, la mutilación.

caso del acuerdo bilateral de seguridad social hispano-marroquí, que prevé el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas polígamas a partes iguales.¹¹ Pero este reconocimiento de efectos del matrimonio poligámico en un texto internacional de carácter bilateral no puede servir de base jurídica legal para extender sus efectos a los nacionales de otros Estados.

Pues bien, resulta curioso el contraste entre el ordenamiento jurídico marroquí que admitida la poligamia reconoce la pensión de viudedad a todas las viudas a partes iguales, pero que —en cambio— si se produjera un divorcio de alguna de las esposas, dicha esposa queda automáticamente excluida de cualquier derecho a pensión generada por su ex marido. Mientras que, en España, no aceptándose la poligamia se permite a las ex esposas o separadas recibir la parte proporcional de la pensión de viudedad según los años que hubieran convivido con el causante.

En el caso de la sentencia del TSJ de Madrid, del 29 de julio de 2002,¹² se pretendió prorratear la pensión de viudedad de un ciudadano marroquí entre la viuda y la ex esposa de un matrimonio polígamo. En este asunto se realiza una interpretación errónea de las normas de conflicto del Convenio hispano-marroquí de seguridad social ya que el artículo 23 se remite a la ley marroquí para establecer quiénes pueden ser consideradas viudas y por tanto con derecho a pensión en los casos de matrimonios poligámicos, pero la generación y apertura del derecho así como los requisitos y la cuantía se determinan conforme a la ley del Estado de afiliación del causante: la ley española en este caso. Además, en este asunto se considera que la legislación social española en la materia persigue el objetivo de “evitar la total desprotección del cónyuge divorciado” que se erige en valor que permite al orden público defender el prorrateo de la pensión entre la viuda y la ex esposa de un matrimonio polígamo, independientemente de lo dispuesto a este respecto por la ley nacional del causante.

Por último, en la sentencia del Juzgado de lo Social de Galicia, del 13 de julio de 1998¹³ (la primera de la serie), las esposas reclamaban el 100% de la pensión de viudedad para cada una de ellas (45% de la BR del causante para cada una, no dividido) pues consideran que ambas son igualmente viudas y que son dos matrimonios y, por tanto, deben concederse dos pen-

11 Artículos 22 y 23 del Convenio bilateral de seguridad celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos.

12 AS 2002/3324.

13 AS 2001/1493.

siones. Al tratarse de Senegal, un Estado con el que no existe convenio bilateral, procedía considerar el principio de reciprocidad unilateralmente declarado por España respecto de este país en virtud del artículo 7.5 de la LGSS, pero dicha reciprocidad no significa ni supone que en España se les reconozca y conceda la pensión de viudedad tal y como se les concedería en Senegal, sino en las mismas condiciones que a los españoles en España.

Los vínculos legítimos en el Estado de origen, ley personal y *lex loci*, permiten reconocer la validez del matrimonio polígamo en dicho país y esto hace que el Juzgado de lo Social de Galicia considere que es posible reconocer la pensión de viudedad a ambas viudas pues, a su entender, el orden público no es rígido sino flexible y por tanto se admiten inflexiones en su aplicación. Es decir, admite que sea la ley del causante la que señale quienes son sus viudas mientras que la cuantía y los requisitos para acceder a la pensión se establecen por la ley de la entidad gestora de la prestación. En su sentencia el Tribunal considera que cabe aplicar por analogía las reglas del divorcio y separación, pero que las partes no se quejan del 50% sino que pretenden cada una de ellas el 100% porque se trata de dos matrimonios y no de uno sólo compartido. Es decir, al no ser lo solicitado por las partes se mantiene el reparto de la pensión por mitad entre las viudas.

2. Los valores defendidos por el orden público del foro también se han utilizado para reclamar el reconocimiento y concesión del asilo y estatuto de refugiada

En la sentencia de la audiencia nacional del 14 de abril de 2004¹⁴ la demandante de asilo manifestó ser objeto de persecución personal en su país (Nigeria) porque su padre pretendía obligarla a contraer matrimonio con un hombre de sesenta y nueve años que ya tenía varias esposas, mientras que su voluntad era seguir estudiando. En este caso, tanto la Oficina de Asilo y Refugio como el ACNUR desaconsejaron la admisión a trámite de la solicitud alegando que no se trataba de una “persecución por las autoridades de su país” y que podía trasladarse al sur de Nigeria donde están prohibidos los matrimonios forzosos y la poligamia. También se alegó por la Audiencia Nacional que no concurren en el relato de la solicitante razones humanitarias que aconsejen la concesión del asilo pues reiteradamente se ha manifestado

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo: JUR 2004/247944.

que tales razones se aprecian desde los valores de la solidaridad y dignidad de la persona que revelen tales circunstancias personales que no concurren en lo relatado por la solicitante de asilo.

La misma respuesta se ha dado en otro caso en el que la solicitante relataba que:

...fue obligada a casarse con un hombre de 75 años, que ya tenía otras cuatro esposas, una de las cuales la envenenó intentando asesinarla. Cuando falleció su marido un hermano de éste, que también tenía tres esposas, quiso casarse con ella, a lo que se negó, yéndose con una de sus hijas a casa de sus padres, recibiendo múltiples amenazas, a las que la policía no hizo caso, hasta que su padre fue un día asesinado por orden de su cuñado, y que, a partir de ahí, toda la familia de su cuñado la perseguía.¹⁵

Lo cierto es que, como puede apreciarse, los valores de libertad para contraer matrimonio y dignidad de la persona no han generado la protección de las solicitantes porque no se enmarcan en el ámbito del asilo. Para obtener la condición de asilado se requiere, entre otros requisitos, que se trate de una persecución pública, no familiar o social. Y quizá no pueda justificarse —efectivamente— la concesión del asilo y del estatuto de refugiada a las mujeres que se encuentran bajo la presión social y familiar de celebrar matrimonios forzosos y polígamos, mientras que desde el foro se alega el orden público para impedir que tales ordenamientos jurídicos tengan cabida en nuestra sociedad. Pero quizá en otras circunstancias la presión familiar y social puede ser más grave. La pregunta es, ¿la Audiencia Nacional procedería de igual modo en el caso de una madre y su hija solicitaran el asilo en España para escapar de la mutilación genital femenina a la que la quieren someter en su país de origen? Porque esto también es una práctica familiar y social, no pública.

En las fechas en que esta comunicación tuvo lugar se publicó en la prensa nacional española la concesión, por primera vez, del asilo a una mujer maltratada por quejarse del casamiento forzoso y no poder divorciarse ya que según la legislación del Estado de origen es preceptivo el consentimiento expreso del marido.¹⁶ Esta situación, quizá más preocupante que

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante SAN), del 24 de abril de 2002: JUR 2003/67745.

¹⁶ Véase noticia en *El País*, miércoles 10. de junio de 2005, p. 36, de Jorge A. Rodríguez. En esta noticia no se da cuenta del Estado de origen de la solicitante de asilo. En la

las que hemos comentado antes por la existencia de maltrato, debiera hacer recapacitar a nuestras autoridades y procurar la acción preventiva junto a la curativa. Es decir, reconocer el asilo cuando existe una persecución familiar y social para obligar a las mujeres a contraer matrimonio forzoso y evitar, de este modo, llegar a una situación de violencia y maltrato. Existe en la actualidad un proyecto de reforma de la ley de asilo para amparar este tipo de situaciones y otorgar el asilo.

3. La poligamia es un dato significativo de que la persona que pretende la nacionalidad española no tiene suficiente grado de integración

En la sociedad española. Esta situación se ha cuestionado alegando que el artículo 22 del C. Civil pide una integración “suficiente”, no total y absoluta. Y que el título preliminar del C. Civil dispone la aplicación de la ley nacional para regular el estatuto personal, por lo que hasta en tanto no se produzca la adquisición de la nueva nacionalidad (la española) regirá sobre su estado civil, capacidad, etcétera. Ahora bien, la Audiencia Nacional considera que es dudoso que la poligamia no afecte al grado de integración social cuando deben someterse a la obediencia de la Constitución y las leyes para acceder a la nacionalidad española. En concreto señaló que:

...la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica, y además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden con-

noticia se recogen las palabras de Karin de Grujil, portavoz del ACNUR, señalando que aunque la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados no recoge la condición de “mujer maltratada” como causa que permite reconocer el asilo y el refugio, “El legislador no podía prever este tipo de situaciones, pero el espíritu de la convención es proteger a las personas que han sufrido daños o sobre los que hay indicios de persecución”.

traer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal (artículo 46.2 C. Civil)...¹⁷

No solo la poligamia, sino el repudio de las esposas, son índices que se tienen en cuenta para valorar el grado de integración en la sociedad española del solicitante de la nacionalidad, por lo que la Audiencia Nacional en la sentencia citada afirma que “La poligamia y la figura del repudio, pugnan abiertamente con el sistema jurídico matrimonial instituido en España”. Ahora bien, no obstante lo anterior, se valora positivamente por la Audiencia que el recurrente ha demostrado (con pruebas documentales y testificales suficientes) que ha repudiado a todas sus esposas excepto una, lo que le coloca en una situación de matrimonio monógamo que le permite adquirir la nacionalidad española por residencia. Nos encontramos, pues, ante un caso de reconocimiento automático del repudio a los efectos de otorgar la nacionalidad española porque la concesión de la nacionalidad española por residencia no es una potestad discrecional sino obligatoria cuando el solicitante cumple con todos los requisitos para ello,¹⁸ salvo por razones de orden público o interés nacional.

4. La defensa del orden público impide la reagrupación familiar completa del matrimonio polígamo independientemente de lo que establezca el Reglamento de Extranjería

Es decir, aunque la segunda esposa del inmigrante polígamo que ya tiene reagrupada a la primera esposa, presente su solicitud con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley de Extranjería de 1996, el TSJ de Aragón¹⁹ considera que “la ausencia de normativa expresa en el supuesto de poligamia en la reglamentación administrativa sobre la concesión del permiso de residencia por reagrupación familiar” no permite su aceptación porque “es obvio que en España no se permite la poligamia y que en caso de que se produzca es un caso de nulidad en el que sólo quedan protegidos los efectos producidos respecto de hijos o civiles del contrayente de buena

¹⁷ SAN, del 23 de noviembre de 2000, de la Sala de lo Contencioso Administrativo: JUR 2001/174948. En el mismo sentido la SAN del 12 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo: JUR 2001/294445.

¹⁸ SSTs 26 de julio de 1997 y 5 y 19 de junio de 1999.

¹⁹ Sentencia del 22 de diciembre de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo: JUR 2001/112628.

fe”,²⁰ pues debe aplicarse el artículo 12.3 del C. Civil que prohíbe la aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. Y como en este caso no se trata de la aplicación del derecho extranjero, el TSJ argumenta que el orden público impide que “la recurrente pueda hacer valer su matrimonio con su esposo, sin estar extinguido otro anterior de éste, aunque sea válido conforme a su legislación personal, puesto que tal matrimonio no puede tener eficacia legal en España..., cuando la esposa primigenia ya lo ha hecho valer al fin pretendido”. Sin que esto pueda interpretarse contrario al artículo 14 de la CE ya que, aunque ambas esposas son iguales, el marido ya hizo valer su derecho a la reagrupación familiar con su primer cónyuge, no aceptando la legislación española la existencia de un segundo cónyuge. “Ni siquiera podría hacer valer una convivencia *more uxorio* derivada del no reconocimiento de este segundo matrimonio” porque, como ha dicho reiteradamente el TC, “no hay equivalencia entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio*”.²¹

5. El principio de respeto de los derechos adquiridos con la ley nacional anterior quiebra con la acción del orden público tras el cambio de nacionalidad

En la práctica judicial y registral española se aprecia que “aunque el segundo enlace sea válido en el ordenamiento marroquí” y deba aplicarse la ley nacional de los contrayentes dicha norma debe excluirse en virtud del orden público (artículo 12-3, C. Civil) que no permite “la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio”.²² Por ello, aunque subsista el matrimonio anterior celebrado en el extranjero de quien adquiere la nacionalidad española, sólo puede inscribirse aquél matrimonio que pueda ser considerado válido para el ordenamiento español, además de que el registro establece como dato obligatorio el estado civil de cada contrayente en ese momento (artículos 35, LRC y, 12 y 258, RRC).²³

²⁰ STS del 13 de mayo de 1983.

²¹ SSTC del 19 de noviembre de 1990 y 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, entre otras.

²² Entre otras pueden citarse las Resoluciones del 18 de mayo de 1998 (*BIMJ*, 1836-1837, pp. 132 y ss.), 31 de marzo de 1998.

²³ Res. DGRN 2/2001, del 14 de mayo, en RJ 2002/1728.

6. *La libertad religiosa no puede vulnerar los principios y valores del foro*

Porque esto contrariaría el principio de igualdad dispuesto en el artículo 14 de la CE que conduce a la aplicación del Código Penal a todos los españoles (y a los extranjeros) independientemente de su religión. La ley penal española (artículo 217, Código Penal) castiga como autor del delito de bigamia al que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el primero. Este es el caso de Benito, español y musulmán, que contrajo matrimonio con una marroquí en 1992, en Marruecos conforme a la *lex loci* sin procurar su inscripción en el Registro Civil español, y un posterior matrimonio civil en España, en 2001, con una española. Además de alegar que pensaba que el matrimonio celebrado en Marruecos no tenía validez en España, esgrime el artículo 16 de la CE que reconoce el derecho a la libertad religiosa y que él es musulmán. Como señala la Audiencia Provincial de Málaga los argumentos de Benito “podrían llegar a justificar otras conductas más aberrantes como por ejemplo la mutilación genital femenina”,²⁴ amparándose en una especie de “atenuante o eximente religioso o cultural”.

III. LA DISOLUCIÓN UNILATERAL DEL VÍNCULO O *TALAQ*

Las diferencias culturales en el ámbito de la disolución del vínculo matrimonial se manifiesta sobre todo en el *talaq* o repudio unilateral que el varón ejerce sobre su esposa. Una de las características del ordenamiento español en esta sede es la preceptiva intervención de una autoridad judicial. Pero no todos los ordenamientos de nuestro entorno se manifiestan en este sentido, y algunos admiten la disolución sin tener que acudir a los tribunales cuando se produce de mutuo acuerdo (países escandinavos, Cuba...). Esta circunstancia hizo que el TS español comenzara, a partir de una sentencia del 1o. de octubre de 1996, a reconocer divorcios privados cuyos procedimientos no eran contenciosos y en los que no intervenía autoridad judicial alguna. Pero una cosa es un divorcio de mutuo acuerdo mediante escritura notarial en Cuba y otra la fórmula islámica del repudio o *talaq*.

Las distintas clases de repudio nos sitúan, por un lado, frente aquellos que se realizan ante un *Adul*, que desempeña funciones similares a la juris-

²⁴ Sentencia del 11 de febrero de 2003: JUR 2003/209109.

diccional o notarial, y, por otro lado, los que están homologados por el *Cadí* —especie de juez notarial—. En el primer caso (*Adul*), la práctica española ha sido denegar el *exequátur* considerando que las simples actas de los adules no demuestran que no se trate de un mero divorcio privado pactado por los esposos sin intervención resolutoria alguna de juez o funcionario público revestido de *imperium*.²⁵ Pero cuando está homologado por el *Cadí* se considera que éstos parecen actuar con función jurisdiccional que dota de eficacia constitutiva al acto de divorcio.²⁶

En los demás casos se distingue según estemos ante un divorcio revocable o no, de tal modo que, aunque se trate de un acta de divorcio realizada ante dos notarios marroquíes, la presencia de una autoridad competente no es suficiente para que se produzca el reconocimiento del divorcio que, para el ordenamiento español, debe ser definitivo. Por ello, cuando el divorcio tenga un tinte de condicionalidad y, por consiguiente, no otorgue firmeza al acto del divorcio no podrá reconocerse.²⁷

Ahora bien, cuando es la esposa la que solicita el reconocimiento del divorcio revocable otorgado ante el *Adul* o *Cadí*, el Tribunal Supremo flexibiliza la acción del orden público y resuelve teniendo en cuenta un elemental principio de justicia material. Así, considera que cuando la esposa solicita el *exequátur* y ha pasado un tiempo suficiente para que el divorcio se haya convertido en definitivo —según la legislación bajo la que se dictó— es posible reconocerlo con el fin de no elevar la barrera del orden público internacional.²⁸ En el Auto recién citado, del 21 de abril de 1998, el TS consideró que, para ese concreto caso, no se contravenía el orden público español porque se trataba de un divorcio con compensación²⁹ (*khole*). Mientras que si hubiera sido un divorcio revocable no cabe darle efecto, como sucedió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 28 de septiembre de 2000, porque tales leyes infringen el principio de “estabilidad” del estado civil de las personas.³⁰ No obstante,

²⁵ Autos TS del 5 de febrero de 1996 y de 23 de junio de 1998.

²⁶ Auto TS del 17 de septiembre de 1996.

²⁷ Autos del TS del 23 de julio de 1996, 16 de julio de 1996 y 23 de julio de 1998, entre otros.

²⁸ Auto TS del 21 de abril de 1998.

²⁹ En el Auto TS del 27 de enero de 1998 se recoge un informe del Consulado General de Marruecos en el que se aclaran las distintas formas existentes en la Muddawwana marroquí para disolver el matrimonio.

³⁰ En el mismo sentido pueden verse las Resoluciones de la DGRN del 2 de noviembre de 1999 y 12 de septiembre de 2000.

este inconveniente podría considerarse superado si hubiera transcurrido el tiempo suficiente como para que el repudio alcanzara firmeza a través del cumplimiento del *idda* o tiempo de espera para comprobar que la mujer no está embarazada.³¹

Para finalizar señalaré que, en sede de ley aplicable, no podrá considerarse una ley que sólo admite el divorcio unilateral o *talaq* dictado por el marido ya que se vulnera el principio de igualdad entre los cónyuges, excepto cuando quede constancia clara y fehaciente de que la mujer consiente en dicho divorcio o fuera realizado dicho repudio a petición suya y, por tanto, pudiera asimilarse al divorcio por consentimiento mutuo.³² Ahora bien, la no regulación en un ordenamiento jurídico de la “separación judicial” no generaría la acción del orden público si en el ordenamiento jurídico aplicable existen otras posibilidades para resolver la crisis matrimonial,³³ siempre que —al menos así lo entiendo— no resultase discriminatorio o vulnerase los derechos de defensa de las partes.

31 Resolución DGRN del 24 de mayo de 2002.

32 Sentencia AP de Madrid del 28 de septiembre de 2000.

33 Sentencia AP de Barcelona del 18 de junio de 2002.