



EL MATRIMONIO POLÍGAMO ISLÁMICO Y SU TRASCENDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL¹

MARÍA LOURDES LABACA ZABALA
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

Sumario: Consideraciones previas. 1.- EL MATRIMONIO POLÍGAMO ISLÁMICO. 1.1.- Nociones. 1.1.1.- Justificación de la amplitud del estudio. 1.1.2.- Bases del matrimonio en el Corán. 1.1.3.- Problema social. *La poligamia es un matrimonio sólo para ricos*. 1.2.- Concepto del matrimonio islámico. 1.3.- Elementos esenciales del matrimonio islámico. 1.3.1.- Capacidad para emitir el consentimiento. 1.3.2.- Ausencia de impedimentos. 1.3.3.- Función de la dote. 1.3.4.- Importancia de la consumación. 1.4.- La forma. 1.5.- Dificultad para aceptar el matrimonio islámico por razón del consentimiento y la forma. 2.- CARÁCTER CULTURAL O RELIGIOSO DE LA POLIGAMIA. 2.1.- ¿En qué sentido se puede afirmar su carácter religioso? 2.2.- ¿En qué sentido tiene carácter cultural? 2.3.- Limitaciones que se imponen en Occidente. 3.- PROBLEMÁTICA DEL MATRIMONIO POLIGAMO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL. 3.1.- Planeamiento del problema. 3.2.- Principios a tener en cuenta. 3.3.- Cauces de solución. 3.4.- El límite del orden público. 4.- JURISPRUDENCIA EUROPEA COMPARADA. 4.1.- Soluciones dadas en Francia. 4.1.1.- Por razón de la prohibición de la bigamia. 4.1.2.- En el caso del matrimonio celebrado en el extranjero.

¹ Trabajo desarrollado dentro del Proyecto de I+D financiado por el MEC, referencia SEJ2005-02221, bajo el título: “Veinticinco años de regulación jurídica del Factor religioso en las Comunidades Autónomas”.

4.1.3.- Orden público y teoría de los efectos atenuados. 4.1.4.- El matrimonio bígamo celebrado en fraude de ley. 4.1.5.- Doctrina del Consejo de Estado. 4.1.6.- Distintos reconocimientos del estatuto personal y pecuniario. 4.2.- Planteamiento en Italia. 4.2.1.- El principio del Orden público. 4.2.2.- La nueva ley del divorcio. 4.2.3.- La jurisprudencia. 4.3.- Reconocimiento en Inglaterra. 4.3.1.- El principio del reconocimiento de la Ley personal. 4.3.2.- Prohibición de celebrar nuevo matrimonio en Inglaterra. 4.3.3.- Efectos del reconocimiento. 4.3.4.- Propuestas de la Law Comisión.

5. CONCLUSIONES.

CONSIDERACIONES PREVIAS

La sociedad árabe primitiva tenía una concepción familiar que abarcaba a un gran número de personas, y se constituía en una unidad económica. En la misma el padre se erigía en la figura de jefe, y a él se sometían todos los integrantes de la familia. Esta configuración familiar se verá suavizada por el Corán, aunque seguirán conservando la estructura familiar y la supremacía del varón de la etapa precedente².

En la actualidad, en la mayoría de los países islámicos, se ha desarrollado un Código de familia que está en sintonía con las fuentes originales religiosas como el Corán, la Sunna, y las fuentes legales derivadas, como la Idjama, la Kiyas y la Idtijhad. Además, hay que tener en consideración que en los textos constitucionales de éstos países se insiste en destacar la pertenencia de sus pueblos a la Nación Árabe, que se completa en muchas ocasiones, con la proclamación de Islam como religión del Estado al afirmar que el *Sharia* es la fuente principal de su legislación.

Si tomamos a ésta como base, consideramos necesario establecer, en primer lugar, la delimitación conceptual del matrimonio islámico y sus elementos esenciales. Seguidamente, trataremos de determinar, la fundamentación del matrimonio polígamo, su dificultad de ser reconocido por parte de

² MANDIROLA BRIEUX, P. Introducción al Derecho islámico, Madrid,¿EDITORIAL?, 1998. pp. 105 y ss.

nuestro ordenamiento, y su carácter religioso y/o cultural. Concluiremos estableciendo los problemas que derivan de esta modalidad matrimonial, cuando se pretende su reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento, por ser la misma contraria al orden público nacional. Finalmente, expondremos la respuesta que se están concediendo a estos matrimonios en algunos países de nuestro entorno cultural.

1. EL MATRIMONIO POLÍGAMO ISLÁMICO

El matrimonio polígamo islámico supone la unión simultánea de un hombre con varias esposas. Si utilizáramos con precisión la denominación de esta figura deberíamos designarla poliginia, pero esta denominación ha quedado como un “culteranismo y el uso común e incluso, en el uso técnico, la poligamia tiene el contenido expresado, sinónimo a poliginia y opuesto a poliandria”³. Por tanto, en este estudio utilizaremos el término poligamia para referirnos a la poliginia.

1.1 Nociones

En el Islam el matrimonio se considera un mandato coránico⁴, sin embargo su rasgo fundamental es el de ser un contrato civil que regula la unión entre un hombre y la mujer que abarca a las relaciones personales, filiales y económicas. Como contrato que es, puede ser rescindido a voluntad de las partes.

El Derecho islámico permite al hombre celebrar matrimonio de forma simultánea, hasta un número máximo de cuatro, a pesar de que dicha posibilidad no es reconocida para la mujer. La poligamia es una opción que se reserva para el hombre, aunque no es una obligación que deriva del *Sharia*, y además en la actualidad, puede ser excluida dicha posibilidad a través de pacto, antes de celebrarse el matrimonio. Así se desprende del art. 30 del Código de familia

³ ENTRENA KLETT, C. M^a. Matrimonio, separación y divorcio, Tercera edición, Madrid, 1990. pp. 135-136. Define el matrimonio siguiendo la teoría formulada por la jurisprudencia musulmana como “un contrato privado por el que recibe un hombre el derecho exclusivo al disfrute físico de una mujer, mediante el pago de una cantidad convenida”. Matrimonio musulmán *in fieri*, y el matrimonio es “la unión originada por el contrato, de un hombre con una o más mujeres simultáneamente, con carácter de permanencia normal”. Matrimonio *in ipso esse*.

⁴ Corán Sura, xxiv, 32 y Sura xxx, 30.

de Marruecos, en el que se regula expresamente la posibilidad de introducir una cláusula en el contrato matrimonial, por el que: “La mujer puede imponer al marido la condición de que no le sean impuestas otras esposas. En el supuesto de que se produjera el incumplimiento de la misma, la esposa podrá exigir al marido que se comprometa a no tener más de una esposa y a reconocerle el derecho a exigir la anulación del matrimonio en el caso de que se viole el compromiso asumido”.

Las legislaciones de algunos países islámicos han tratado de limitar los matrimonios polígamos, a través de las leyes que se han promulgado en el ámbito familiar. Incluso, en el Código sobre el Estatuto personal de Túnez⁵, se prohíbe expresamente la poligamia, art. 18.1°. No obstante, y a excepción de algunos países en los que se prohíbe expresamente la celebración de matrimonios polígamos, en la mayoría de los países musulmanes se admite, a pesar de que su ejercicio se somete a condiciones concretas.

A modo de ejemplo podemos citar: que en Marruecos se obliga al marido a guardar igualdad de trato entre las distintas esposas, así como a informar a la esposa presente del hecho del matrimonio y a la futura que ya está casado, art. 35.2° y 30 del Código de familia. En Argelia se exige, además de que las esposas sean informadas, que se cumpla con determinadas exigencias como son: el mantenimiento de la equidad de trato entre las esposas, que existan motivos que justifiquen dichas uniones... En ambos países se permite que la esposa solicite el divorcio, en el supuesto de que estas situaciones acarreen la falta de entendimiento entre las esposas.

Ante la imposibilidad de abarcar todas las legislaciones de los distintos países islámicos e iniciar el estudio y análisis de los mismos, vamos a centrar el presente trabajo en un país en concreto, Marruecos, que reconoce el matrimonio polígamo, lo que no impedirá, que en ocasiones, se haga referencia a las legislaciones de otros países.

⁵ LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Égypte*, en *ridc*, n° 7, 1995. pp. 1 a 43. Del mismo autor: *Traté de Droit Musulman Comparé*, Vol. II, París, 1965. p. 138. *calder*, n. *Studies in Early Muslim Jurisprudence*, Oxford, 1993, pp. 1-40.

1.1.1 Justificación de la amplitud del estudio

Es verdad que, el matrimonio polígamo es una de las singularidades que derivan del Derecho islámico que más directamente contrasta con los principios y valores de los ordenamientos occidentales, así también, con nuestro ordenamiento. En la legislación de los países occidentales, la monogamia en el ámbito matrimonial se constituye en uno de los elementos esenciales del mismo, cuya vulneración se considera contraria al orden público.

A pesar de ser la monogamia un elemento integrante del orden público en nuestro país, se presentan en los últimos años con mayor frecuencia, matrimonios polígamos que pretenden ser reconocidos por parte de nuestro ordenamiento. Si bien inicialmente la posición de nuestros Tribunales ha sido la de excluir cualquier tipo de eficacia en los mismos, por motivos económicos y fiscales, que derivan de las ayudas familiares directas que deberían concederse a las mismas, a través del sistema de prestaciones sociales de pobreza, ya que coexisten varias esposas e hijos nacidos de éstas uniones, y los ingresos procedentes del trabajo serían insuficientes para cubrir sus necesidades básicas, las desgravaciones fiscales que les corresponderían por cada mujer e hijos, el incremento de los gastos en educación y sanidad, así como las pensiones de viudedad, gravarían las arcas del Estado. Con el transcurso de los años se ha iniciado, si bien tímidamente, a prestarles cierto grado de reconocimiento.

Queremos destacar la posición que mantienen algunos autores en relación con este tema, entre los que podemos citar a García Rodríguez, quien afirma que “en realidad para los ordenamientos occidentales el problema, más que ético o moral es económico. Por consiguiente, salvo por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por motivos de sexo, no existen diferencias entre los matrimonios polígamos y los matrimonios monógamos que coexisten de forma simultánea con uniones de hecho. Destaca además, la hipocresía moral que se produce actualmente en nuestra sociedad, al rechazarse la poligamia legal y ser aceptada socialmente la poligamia de hecho”⁶.

No cabe duda que hoy la poligamia es, uno de los principales focos de con-

⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. La celebración del matrimonio religioso no católico, Madrid, 1999. pp. 306 y ss.

flicto que se están produciendo en nuestra sociedad como consecuencia de la inmigración. Por ello, consideramos de interés determinar la trascendencia que puede llegar a tener en nuestro país un matrimonio polígamo celebrado en el extranjero conforme a la ley personal de sus integrantes, y que posteriormente, entra en conexión con nuestro ordenamiento.

Si bien inicialmente los distintos países de nuestro entorno europeo, con los que compartimos las mismas bases culturales, se negaron a extender a los matrimonios polígamos los beneficios que se concedían a las familias monógamas: pensión de viudedad, beneficios sanitarios, asistenciales..., con el transcurso del tiempo, se han ido concediendo ciertos efectos a los mismos. Es por ello que, desarrollaremos la evolución que se ha producido en algunos países como Francia, Italia e Inglaterra a la hora de darse cierto grado de trascendencia a los matrimonios polígamos celebrados conforme a la ley personal de sus integrantes.

El reconocimiento de efectos por parte de nuestro ordenamiento jurídico a los matrimonios polígamos celebrados en base a la Ley personal de sus integrantes, ha sido reconocido excepcionalmente en la etapa precedente para los territorios de Ifni y Sahara. La Ley de 19 de abril de 1961 sobre el régimen jurídico en la provincia de Sahara, establecía que se respetaba el estatuto personal islámico de los naturales de la provincia; por tanto se admitía el matrimonio polígamo entre ellos, cuando para el resto de los españoles el principio de la monogamia del matrimonio era considerado un principio inderogable.

No cabe duda de que hoy día los matrimonios polígamos que se presentan en nuestra sociedad como consecuencia de la inmigración, son fuente de conflictos ya que a través de estas uniones familiares se están conculcando uno de los principios básicos e inderogables de nuestra legislación matrimonial, como es la unidad y exclusividad de la relación conyugal.

1.1.2 Bases del matrimonio en el Corán

El fundamento jurídico de esta institución reside en el Corán. La Sura 4:3 establece: “Entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras es-

clavas. Así, evitareis mejor el obrar mal”.

En contraposición con esta primera propuesta, otros autores⁷ consideran que en el Corán se contiene una prescripción implícita de monogamia, afirman que es imposible que un hombre trate con imparcialidad y justicia a todas sus esposas. El argumento que utilizan estos autores se contiene en el propio Corán, Sura 4:3, recogido anteriormente, y en la 4:129: “no podréis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis”.

Por lo que concierne al Derecho marroquí, reconoce esta posibilidad en el art. 29.2º del Al-Mudawwana, Código de familia de Marruecos, situándolo dentro de los impedimentos temporales: “Son prohibiciones temporales: el tener simultáneamente un número de esposas superior a las que permite la ley”⁸. Este derecho que se contiene en el citado Código, y corresponde al marido, puede ser limitado por la esposa al momento de celebrar matrimonio⁹, así también, debe ser informada tanto la primera esposa como la mujer con quien pretende celebrar nuevo matrimonio de la existencia de otro anterior y de la intención de celebrar nuevo matrimonio¹⁰.

⁷ HODDKINSON, Muslim Family Law, London, 1984, p. 95. riosalido gambotti, i. Compendio de Derecho islámico, Madrid, 1993. pp. 111 y ss. pearl, A texbook on Muslim Law, London, 1979 y 1987. pp. 77 y ss.

⁸ Art. 29.2º, Al-Mudawwana. Código de familia de Marruecos. “Sono proibiti temporaneamente: L’avere contestualmente un numero di mogli superiore a quello consentito dalla legge”. La normativa propia del Al-Mudawwana la tomamos de: aluffi beck-peccoz, r. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord- Africa,... cit. p. 141.

⁹ Al-Mudawwana. Art. 30: “La moglie può imporre al marito la condiciones che non le sia imposta una co-moglie. In caso di inadempimento, la sorte del matrimonio é rimessa a lla donna. La donna alla quale é imposta la co-moglie, se non aveva stipulato l’opzione, nel caso in cui il marito si risposi può sottoporre laquestione al giudice che valuta il danno che le é derivato. In ogni caso, se c’è ragione di temere l’ingiustizia di trattamento fra le moglie, il giudice non autorizza il matrimonio poligamico. Art. 31: “La donna ha il diritto di chiedere al marito che si impegni nell’atto di matrimonio a non aggiungere un’altro moglie e a riconoscerle il diritto di richiedere lo scioglimento del matrimonio nel caso in cui tale impegno venga violato”. aluffi beck-peccoz, r. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa ... cit. p. 141.

¹⁰ Al-Mudawwana. Art. 30: “la prima moglie debe essere informata del desiderio del marito di sposarsi di nuovo; la seconda moglie debe essere informata che l’uoom é sposato con un’altra”. aluffi beck-peccoz, r. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa,.. cit. p. 141.

1.1.3 Problema social. La poligamia es un matrimonio sólo para ricos

En ocasiones se ha criticado por parte de distintos autores la autorización o cláusula permisiva de la poligamia por considerarla “cínica y arbitraria” ya que sólo permite éste derecho a los ricos, éste es el caso del Estatuto personal de Túnez¹¹. Hemos de manifestar que existen algunos países musulmanes en los que junto a la autorización, coexiste la prohibición total de la poligamia, permitiéndose a la mujer solicitar el divorcio, al momento en el que su esposo celebra segundo o ulterior matrimonio por considerar que esta circunstancia supone crueldad del marido hacia su esposa¹².

1.2 Concepto del matrimonio islámico

En el Islam el matrimonio se considera un mandato coránico, sin embargo su rasgo fundamental es que el matrimonio es un contrato de Derecho privado¹³ que regula la unión de un hombre y una o varias mujeres simultáneamente, y que tiene un carácter indefinido, lo que no supone que sea perpetuo.

A la hora de configurar dicho contrato, algunos autores se han inclinado por

¹¹ LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte*”, en *ridc*, nº 7, 1995. pp. 1 a 43. Del mismo autor: *Traté de Droit Musulman Compaaré*, Vol. II, París, 1965. p. 138. calder, n. *Studies in Early Muslim Jurisprudence*, Oxford, 1993. pp. 1-40.

¹² LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte*”,... cit. p. 138.

¹³ GARCÍA BARRIUSO, P. *Derecho matrimonial islámico y matrimonio de musulmanes en Marruecos*, Madrid, 1952. pp. 136 y ss. aluffi beck-peccoz, r. *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*,... cit. p. 3. “Per il diritto musulmano il matrimonio é un contratto. L’islam non conosce il concetto teologico di sacramento, caratteristico del cristianesimo. prader giuseppe, en *Il matrimonio nel mondo, celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo*, Padova, 1970. pp. 17 y ss. “il matrimonio secondo la dottrina sciariatica é un contratto civile con il quale l’uomo si impegna a dare alla donna una dote (Mahr) ed a mantenerla, in cambio del diritto ad avere con lei rapporti sessuali che divengono così legittimi. Non é in sé un atto religioso. Il matrimonio per il musulmano costituisce un obbligo morale, sia per evitare i rapporti illeciti, sia per la sua felicità física e spirituale, sia ancora per il dovere che egli ha di ampliare con la procreazione la comunità islamica”. de montety, h. *Le mariage musulman en Tunisie*, París, 1941. pp. 129 y ss. Establece el autor que el matrimonio es “un simple contrato privado, de adquisición de la mujer, y revocable a voluntad del hombre. Le mariage est pour la littérature arabe comme un acte par lequel un homme devient quasipropriétaire d’une femme et les Jurisconsultes musulmans ne dissimulent pas ce caractère”. López ortiz, j. *Derecho musulmán*, Madrid, 1932. p. 154. “El matrimonio según establece la jurisprudencia musulmana es un contrato de mero Derecho civil, por el que el hombre se asegura el disfrute físico de la mujer, mediante el pago de una cantidad y la obligación de suministrarla alimentos”.

asimilarlo a la compraventa, y de acuerdo con dicha equiparación han analizado los distintos actos que concurren tanto en el momento de su generación como en el de la extinción¹⁴.

Desde este punto de vista, consideran los autores que el matrimonio se negocia con los parientes de la mujer, pareciendo, más que un convenio entre los futuros esposos, un contrato sinalagmático entre los designados por la ley o por costumbre para concertarlo en propia persona, siendo otros quienes resultan casados; el consentimiento contractual parece ser el de los que directamente lo conciertan, el de los propios casados se supone aunque tal vez no exista. La negociación concluye con la entrega de una cantidad, dote, de manera que los derechos reconocidos al marido sobre la mujer se considera fundamentado en el hecho de haber desembolsado dicha cantidad para adquirirla¹⁵.

No es pacífica la identificación del matrimonio como compraventa entre los autores. Se ha manifestado que el matrimonio como compra es una excepción, siendo la norma general la necesidad de contar con la voluntad de los propios contrayentes, basada en el consentimiento de los mismos. Y aunque la dote es un elemento esencial del matrimonio, dicha dote no constituye un precio sino “una donatio compensando usus puellae”¹⁶.

En realidad, existe una diferencia sustancial entre el matrimonio y la compraventa, y es que mientras éste último es total y absolutamente libre, y sin un contenido moral, el matrimonio es obligatorio, según se desprende del Derecho musulmán para todo varón que tenga medios suficientes, debiendo además, dirigirse a la procreación¹⁷.

Establece LINANT DE BELLEFONDS que en Derecho islámico, el matrimonio es “un contrato que autoriza a las partes a disfrutar legalmente uno del otro. Consiste en la entrega de una dote a la mujer y en proporcionar su mantenimiento, recibiendo en contrapartida el derecho a mantener con la mujer lícita-

¹⁴ MORAND, M. *Etudes de Droit musulman-algerien*, alger, 1910. pp. 115 y ss.

¹⁵ WILKEN, J. A. *Uber das Matriarchat bei den alten Arabern*, Leipzig, 1984. p. 63.

¹⁶ *Ibídem*, pp. 63 y ss.

¹⁷ MOTILLA, A. Y LORENZO, P. *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002. pp. 32-33.

mente relaciones íntimas”¹⁸. Consideran la mayoría de los autores, que el matrimonio musulmán significa la legalización de las relaciones íntimas¹⁹.

La celebración de éste contrato matrimonial es simple, ya que consiste en la oferta y aceptación, por el tutor matrimonial o Wali, ante dos testigos musulmanes que deben ser varones y honestos. La presencia de dos testigos se constituye en una exigencia “ab solemnitate”²⁰. Esta forma de celebración, en la mayoría de los casos, va acompañada de una ceremonia religiosa, en este caso estará presente el Cadí o Mullah, no siendo necesario que los contrayentes se encuentren en el mismo lugar²¹.

Por tanto, las fases esenciales del matrimonio islámico son²²:

1. la declaración de la oferta por parte del novio o su tutor matrimonial.
2. la aceptación de dicha oferta por un representante o agente de la novia, (su tutor matrimonial), en un mismo acto.
3. la presencia de testigos cuyo número depende de cada escuela musulmana aunque el mínimo, como hemos señalado, es de dos.

En ocasiones, según los usos y costumbres de algunas zonas, a la hora en la que se proceda a la celebración del matrimonio se recitan una serie de plegarias, a pesar de lo cual, éstas no se constituyen en elementos esenciales del contrato matrimonial, ya que el matrimonio es un contrato civil.

¹⁸ LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte*,... cit. p. 23. pearl, d. y menski, w. *Muslim Family law*, 3ª edición, London, 1998. p. 139. nasir, j. j. *The Islamic Law o Personal Status*, London, 1986. p. 127. motilla, a. y lorenzo, p. *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002. pp. 31 y ss. Consideran los autores que la definición más extendida en la actualidad en el Derecho islámico establece que: El matrimonio es el acto por el cual se adquiere el derecho a gozar del otro cónyuge, o bien, que es un contrato por el que un hombre y una mujer se unen para una vida conyugal común y duradera.

¹⁹ LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte*,... cit. p. 23. pearl, d. y menski, w. *Muslim Family law*,... cit. p. 139. nasir, j. j. en *The Islamic Law o Personal Status*,... cit. p. 127.

²⁰ LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte*,... cit. p. 99.

²¹ PEARL, D. y MENSKI, W. *Muslim Family law*,... cit. p. 139. nasir, j. j. *The Islamic Law o Personal Status*,... cit. p. 41.

²² GARCÍA RODRÍGUEZ, I. “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia),... cit. p. 171.

Las condiciones necesarias para que estemos ante un matrimonio válido, por tanto son:

1. que se emita el consentimiento de las partes: La oferta y aceptación deben otorgarlas y expresarlas, a ser posible, el propio contrayente y el representante de la mujer, no siendo necesaria la asistencia obligatoria de autoridad civil o religiosa. Sólo se exige que se haga en un mismo acto, que cada parte entienda a la otra y que estén plenamente de acuerdo²³. El acuerdo entre las partes debe ser firme y no estar sujeto a término ni a condición suspensiva²⁴.

2. que el contrato se celebre ante dos testigos válidos que se encuentren presentes con el fin de asegurar publicidad al contrato²⁵.

3. que no exista ningún impedimento para que las partes se unan en matrimonio.

4. el matrimonio islámico es poco formal y no exige el registro ni la presencia de autoridad competente para su válida celebración.

Así también se establece en el art. 1º de la Mudawwana, Código de familia de Marruecos, que el matrimonio “es un contrato de acuerdo a la ley, por el que un hombre y una mujer se unen con un proyecto de vida conyugal común y duradera”²⁶.

1.3 Elementos esenciales del matrimonio islámico

Los juristas musulmanes coinciden al considerar, que son cuatro los requisitos que se exigen al matrimonio musulmán para que podamos calificarlo como válido: 1º)- la capacidad de los contrayentes, para emitir un consentimiento suficiente, 2º)- la ausencia de impedimentos, 3º)- la intervención del *wali* o

²³ LINANT DE BELLEFONDS, *Immutabilité du Droit Musulman et Réformes législatives en Egipte*,... cit. p. 39.

²⁴ *Ibidem*,... pp. 77 y ss.

²⁵ *Ibidem*,... p. 39.

²⁶ La ley personal de Marruecos, la Mudawwana, tomamos como texto legal la traducción realizada por la profesora aluffi beck-peccoz, r. *Le leggi del diritto*,... cit. p. 137. art. 1º: “Il matrimonio. Esso ha per scopo la costruzione di una vita basata sulla fedeltá, la pureza e il desiderio di procreazione e la fondazione, su solide basi e sotto la direzione del marito, di un ambiente che consenta ai coniugi di adempiere ai loro reciproci obblighi, nella sicurezza, nella pace, nell’affetto in el rispetto reciproco”.

tutor matrimonial, 4)- la aportación efectiva de la dote²⁷. En este estudio citaremos un nuevo elemento, la consumación, al que la jurisprudencia musulmana concede gran trascendencia, a pesar de no ser un requisito esencial, puesto que a través del mismo se pueden subsanar determinadas nulidades matrimoniales.

1.3.1 Capacidad para emitir el consentimiento

El Derecho islámico exige a la hora de celebrarse el matrimonio que, ambos contrayentes sean hábiles para contraerlo, de modo que regula una serie de situaciones que impiden el matrimonio. Por tanto, podrá celebrar matrimonio, toda persona que esté en plenas facultades mentales y que haya alcanzado la pubertad.

La capacidad que se exige en Derecho musulmán a los contrayentes está integrada por la aptitud física y psicológica para que puedan cumplir con los fines adscritos al contrato matrimonial²⁸.

Antes de entrar en la emisión del consentimiento en Derecho marroquí, queremos destacar que, en el matrimonio musulmán es “suficiente con que los contrayentes presten recíprocamente su consentimiento en forma inequívoca ante dos testigos”²⁹. Si bien esta primera afirmación que acabamos de realizar es correcta, es necesario que realicemos algunas matizaciones al respecto. En Derecho musulmán no existe “ninguna fórmula solemne en relación a la emisión del consentimiento, es suficiente con que los contrayentes manifiesten de forma clara y sin lugar a dudas su voluntad personal, así pues, el consentimiento debe ser verbal y pronunciado efectivamente de palabra”³⁰. Esta regla

²⁷ GARCÍA BARRIUSO, P. Derecho matrimonial islámico y matrimonio,.. cit. pp. 176-177. Quiñónez escames, a. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Madrid, 2000. p. 67. Son elementos o condiciones de validez del matrimonio musulmán en base a la propia normativa de algunos países: el consentimiento, la presencia del tutor matrimonial o Wali y la asistencia al acto del matrimonio de dos testigos, así como la fijación obligatoria de la dote que debe ser concedida por el esposo a la esposa.

²⁸ *Ibidem*,.. cit. p. 177.

²⁹ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán, Precedido de una introducción al advenimiento del Islam, Buenos Aires 1981. pp. 383 y ss. aluffi beck-peccoz, r. Le leggi del diritto de famiglia, ... cit. p. 3. “Il matrimonio é concluso con il consenso delle parti contrattanti”.

³⁰ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. p. 385.

general tiene algunas excepciones, como en el supuesto de la emisión del consentimiento por parte de la mujer. Esta, sí es virgen, se entiende que emite su consentimiento cuando guarda silencio³¹.

López Ortiz manifiesta que la intervención del tutor para determinadas escuelas musulmanas es necesaria, hasta el punto que sí el tutor no interviene el matrimonio es nulo, puesto que la mujer por sí sola no puede concluir el contrato matrimonial. El matrimonio se perfeccionará entre el varón si es púber y tiene aptitud efectiva para consumar el matrimonio y el tutor de la mujer, con lo que ella será el objeto del contrato³².

El consentimiento matrimonial mutuo, libre y verdadero de los contrayentes, expresado en cualquiera de las formas admitidas debe existir y normalmente existe en el Derecho marroquí. Este es un requisito necesario para que se origine el vínculo matrimonial. Así lo establece el art. 5.1º del Al-Mudawwana: “El contrato matrimonial se perfecciona con el consentimiento y el acuerdo de la mujer o de su firma en el contrato del matrimonio en presencia de dos Abdul”³³. Lo que se constituye realmente en requisito esencial es la manifestación de ese consentimiento que es deferido a terceras personas, se unen por tanto en el acto creador dos consentimientos, el de los esposos y el de las personas bajo cuya autoridad se encuentran aquellas³⁴. Así pues, el consentimiento matrimonial nunca es emitido directamente por la mujer, puesto que por regla general, a la mujer ni se le pide ni propone la emisión del consentimiento, es el Wali la persona a la que se encomienda dicha función y la ejerce en nombre de la misma³⁵. Sólo respecto al varón existe un consentimiento emitido de forma directa e independiente, siempre que éste sea púber y tenga ca-

³¹ *Ibíd.*,... pp. 385-387. Sahih Muslim, Capítulo dxlvii, del Libro viii. En este sentido la Hedaya, Capítulo ii, del Libro ii, sobre el matrimonio recoge el consentimiento de la mujer y el silencio de la mujer virgen.

³² LÓPEZ ORTIZ, J. Derecho musulmán,... cit. p. 156.

³³ ALUFFI BECK-PECCOZ, R. *Le leggi del diritto*,... cit. pp. 137-138.

³⁴ GARCÍA BARRIUSO, P. *Derecho matrimonial islámico y...* cit. pp. 215-216.

³⁵ GARCÍA BARRIUSO, P. *Derecho matrimonial islámico y...* cit. p. 141. en el mismo sentido, p. 216. Nunca la mujer emite de forma directa el consentimiento matrimonial, está emite a través de su tutor legal que es llamado por el derecho para serlo.

pacidad legal suficiente³⁶, ya que la mujer deberá emitirlo a través de su representante legal o Wali puesto que se presume su presunta incapacidad para comprender la naturaleza del contrato³⁷.

En Marruecos se exige la presencia del tutor de la mujer o *Wali* como requisito de validez a la hora de emitir el consentimiento por parte de la contratante³⁸. La reforma del Código de familia marroquí de 1993 ha reducido la función del tutor o Wali puesto que hoy día es un simple mandatario de la esposa³⁹. La mujer debe ir representada al matrimonio por el tutor matrimonial, Wali, que debe ser un varón, pariente o extraño. Sólo puede contratar por sí misma el matrimonio la mujer, si tiene capacidad para administrar sus bienes, es rica y considerada o está autorizada a ello por el propio Wali. La mujer sólo manifiesta directamente su consentimiento cuando quien la case no sea su padre o su abuelo⁴⁰.

El Código del Estatuto Personal marroquí dispone que la mujer no concluye por sí misma el acto del matrimonio y remite a su tutor para que lo concluya

³⁶ *Ibidem*,... pp. 216-217. Para poder prestar de forma directa el consentimiento matrimonial el varón se requiere que tenga capacidad legal suficiente para perfeccionar cualquier contrato, más la peculiar a los fines del matrimonio.

³⁷ *Ibidem*,... pp. 216-221. para la esposa, en opinión de algunos autores, será o no obligatorio aceptar o no el matrimonio concertado por el Wali sin haber requerido el consentimiento de la misma. El Wali es el representante legal de la esposa que le suplirá a la hora de emitir el consentimiento matrimonial debido a la presunta incapacidad de la mujer para comprender la naturaleza del contrato y precaver los riesgos que correría casándose.

³⁸ Art. 5.2º: “per la validità del contratto di matrimonio, il Wali é avvenuto in un’unica seduta contrattuale”. Art. 9º: “il matrimonio prima della maggiore età legale é subordinato al consenso del Wali; se quest’ultimo lo rifiuta e ciascuno persiste nella propria posizione”. Art. 10: “il Wali può dar mandato a contrattare il matrimonio per la pupilla, così come il tuturo sposo può conferirlo per la occlusione del matrimonio”. aluffi beck-peccoz, r. en *La leggi del diritto*,... cit. p. 138.

³⁹ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. Derecho e inmigración,... cit. p. 68. art. 11 del cep: la mujer no puede contraer por sí misma matrimonio. Debe hacerlo por medio del Wali (mandatario) que señala la ley. Art. 5 del cep (modificado en 1993): el matrimonio sólo puede celebrarse con el consentimiento de la esposa. El Wali no dispone del poder de coacción. El art. 12.1º del Al-Mudawwana establece: “il Wali non può darla, a la donna, in matrimonio senza il suo consenso”. 12.2º: “la donna incarica il Wali di occludere per lei il matrimonio. 12.4º: “la donna maggiorenne che non ha piú il padre può concludere personalmente il contratto di matrimonio ovvero darle mandato al Wali che preferisce”. Art. 13: “se il Wali si opone imotivatamente al matrimonio della donna sottoposta alla sua, il giudice ordina di darla in sposa”. aluffi beck-peccoz r. *Le leggi del diritto di famiglia*,... cit. p. 139.

⁴⁰ RIOSALIDO GAMBOTTI, J. Compendio de Derecho Islámico,... cit. p. 189.

por ella. Ahora bien, se añade que el tutor matrimonial no puede obligar a su hija mayor de edad o virgen a contraer matrimonio sin su consentimiento, salvo que se crea que la hija ha tenido mala conducta en cuyo caso se le permite tratarla como si fuera una menor. Es más, el juez puede casar a la hija si el tutor rechazara concluir el acuerdo previo de matrimonio⁴¹.

1.3.2 Ausencia de impedimentos

El Derecho musulmán existen determinados obstáculos, que en los Derechos occidentales se denominan impedimentos, que hacen que una persona sea h'aram para otra, es decir, que tiene prohibido el matrimonio, bien de forma absoluta o relativa⁴².

Los impedimentos pueden ser: a) permanentes, dentro de los que se sitúan la consanguinidad, la afinidad y la lactancia; o b) temporales, (éstos pueden desaparecer por el transcurso del tiempo o alguna acción exterior), entre los que podemos señalar: la afinidad colateral, la continencia legal o idda, el impedimento resultante del repudio triple, y el impedimento religioso. Queremos destacar que, respecto a éstos últimos, su contenido es más restrictivo en el caso de la mujer que en el hombre⁴³.

El impedimento de ligamen no existe propiamente sino respecto de la mujer, mientras su matrimonio anterior no se haya disuelto. Al hombre se le permite estar unido de forma simultánea en matrimonio, hasta con cuatro esposas.

1.3.3 Función de la dote

Originariamente se le denominaba al mahr para referirse a la cantidad entregada al padre o al tutor de la mujer al tiempo del contrato, mientras que asadka era el regalo ofrecido por el esposo a la esposa el día de la boda. Con el transcurso del tiempo, esta diferenciación ha ido difuminándose, y hoy incluso el mahr es la cantidad que se entrega a la esposa.

⁴¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia),... cit. pp. 184-185.

⁴² MOTILLA, A. y LORENZO, P. Derecho de familia islámico, Los problemas de adaptación al Derecho español, Madrid, 2002. p. 35.

⁴³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia),... cit. p. 173.

La dote se constituye en un requisito esencial para la validez del matrimonio musulmán. La esencialidad de la dote la deducen los juristas musulmanes del texto coránico: “dad a las esposas sus dotes asignadas”⁴⁴. Su constitución, entrega efectiva y condiciones deben cumplimentarse como *conditio sine qua non*⁴⁵.

Se define la dote, en Derecho musulmán, como “la suma de dinero o bienes que debe entregar el marido a la mujer por razón del matrimonio, y que pasa a ser propiedad de ella, siendo libre de administrarla como desee, en muchos casos es el único patrimonio de la esposa, teniendo en cuenta que la posibilidad de obtenerlo mediante el trabajo se encuentra supeditada a la autorización del marido”⁴⁶.

Establece el Derecho musulmán que para celebrar matrimonio válido, deben reunirse una serie de requisitos para que la dote se constituya válidamente, como son: la proporcionalidad, la determinación y la realidad⁴⁷. Puede especificarse que el pago de la dote sea actual o futura, en el primer supuesto debe ser pagada al momento de contraer matrimonio. Normalmente la dote, o suma de la misma, se difiere a un momento posterior, y la obligación del marido o de sus herederos de satisfacerla surge con ocasión de la disolución del matrimonio por divorcio, repudio o por fallecimiento⁴⁸.

Considera Estévez Brasa que la dote “no guarda relación con la compraventa, en la cual una mujer es comprada por dinero”⁴⁹, sino como “un presente que el marido hace a la mujer al contraer matrimonio, para compensarle de alguna forma todas las obligaciones que su nuevo estado civil traerá aparejadas para

⁴⁴ Corán, Sura IV, 3; también Sura IV, 23 y 24, y Sura VI, 6.

⁴⁵ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. p. 406.

⁴⁶ SAMIA ALDEEB ABU-SALIEH, *Les musulmans face aux Droits de l’homme*, Bochum, 1994, p. 182. diago diago, p. “La dot islamique á l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du Droit international privé espagnol”, en *Annales de Droit de Louvain*, n° 2001-4.

⁴⁷ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. p. 407. En este sentido López ortiz, j. *Derecho musulmán*,... cit. p. 159.

⁴⁸ HESSLER, H. J. “Islamic-rectliche Morgengabe”, en *iprax*, 1998-2. p. 95.

⁴⁹ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. p. 409.

ella”⁵⁰.

Para el Derecho marroquí, también, la dote se constituye en un elemento esencial del matrimonio, así pues “es incuestionable que su existencia se constituye en condición de validez del matrimonio”⁵¹.

El Título Cuarto del Al-Mudawwana, contiene distintos artículos que hacen referencia a la dote. En éstos se considera la dote como elemento esencial que debe ser recibido íntegramente antes de procederse a la consumación del matrimonio, y además, el esposo no puede pretender consumir su matrimonio sin haber completado la dote⁵².

La doctrina atribuye distintos nombres a la dote, considerando los elementos que se han tenido en cuenta a la hora de su determinación: a) la dote convencional, que es la fijada antes de la consumación del matrimonio por parte de los contrayentes; b) la dote de equivalencia, que es la que se fija a través de parámetros objetivos, como sería la que un hombre exigiría para su hermana, teniendo ésta condiciones similares a las de su novia; c) la dote fiduciaria, cuando antes del matrimonio se acuerda por parte de los contrayentes o de sus representantes que se determinará la cuantía de la misma tras la consumación del matrimonio; d) la dote arbitral, es la que su determinación se remite a una tercera persona; e) la dote comisaria, la convenida por un mandatario que ha recibido del mandante el poder para concertar su matrimonio⁵³.

1.3.4 Importancia de la consumación

La consumación del matrimonio musulmán a pesar de ser un elemento de gran trascendencia, no es indispensable para que podamos establecer que estamos ante un matrimonio válido, puesto que si se han emitido los consentimientos ante dos testigos el matrimonio es válido a pesar de no haberse con-

⁵⁰ *Ibidem*,.. p. 413.

⁵¹ GARCÍA BARRIUSO, P. Derecho matrimonial islámico y, ... cit. p. 240. El fundamento jurídico que recoge en autor con base en las deducciones que realizan los juristas musulmanes reside en el Corán, Sura iv^a, 3^o, iv^a, 23, 24, v^o, 6. “la primera condición del matrimonio es la dote, la recompensa. El casamiento sin dote es nulo”.

⁵² Título Cuarto de Al-Mudawwana: arts. 16 a 24. aluffi beck-peccoz, r. Le leggi del diritto,... cit. pp. 139-140.

⁵³ GARCÍA BARRIUSO, P. Derecho matrimonial islámico y,... cit. pp. 245 y ss.

sumado todavía, ya que es a partir de ese momento en el que comienzan a surtir efectos los derechos y deberes de los cónyuges⁵⁴.

La jurisprudencia musulmana concede gran trascendencia a la consumación del matrimonio, aunque no se constituye en requisito esencial del mismo, suele considerarse la consumación como “la toma de posesión de la cosa comprada”⁵⁵. La ley establece determinadas presunciones probatorias para considerar consumado el matrimonio⁵⁶, al igual que establece el Derecho canónico.

En ocasiones, el Derecho marroquí considera que a través de la consumación del matrimonio se pueden subsanar determinadas nulidades matrimoniales relativas, entre las que podemos citar: a) cuando el consentimiento directo o indirecto esté viciado por error, violencia y dolo, b) la celebración de un matrimonio desigual, como consecuencia de que los esposos pertenecen a condición social o moral distinta, y c) el contraído sin dote⁵⁷.

A pesar de la subsanación de determinadas nulidades relativas a las que puede dar lugar la consumación, en el matrimonio marroquí se considera que la “plenitud de los derechos y obligaciones conyugales surgen únicamente como consecuencia de la consumación legal del mismo”⁵⁸.

1.4 La forma

El matrimonio en Derecho musulmán “es un acto formal, pese a que no se exija obligatoriamente la intervención de juez o personaje religioso, como requisito sine qua non para la validez del matrimonio, no podemos establecer que sea un contrato exclusivamente consensual, puesto que el consentimiento debe prestarse ante dos testigos y ésta es una exigencia que de no cumplirse acarrea la nulidad del acto”⁵⁹.

La oferta y la aceptación deben otorgarse y expresarse por parte de los pro-

⁵⁴ ESTÉVEZ BRAVA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. pp. 403-404.

⁵⁵ LÓPEZ ORTIZ, J. Derecho musulmán,... cit. p. 159.

⁵⁶ *Ibidem*,... p. 159.

⁵⁷ GARCÍA BARRIUSO, P. Derecho matrimonial islámico y matrimonios de,... cit. pp. 262-263.

⁵⁸ *Ibidem*,... p. 264.

⁵⁹ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. p. 401.

pios contrayentes y el representante de la mujer. Sólo se exige que exista unidad de acto, que cada parte comprenda a la otra, que estén plenamente de acuerdo, y que se celebre ante dos testigos válidos con el fin de asegurar la publicidad del contrato.

El consentimiento se expresará directamente por parte del varón y el representante de la esposa. La presencia de éste es necesaria para la validez del matrimonio. El consentimiento no puede estar sometido a término o a condición suspensiva.

1.5 Dificultad para aceptar el matrimonio islámico por razón del consentimiento y la forma

Se ha tratado de compatibilizar las exigencias derivadas de la legislación matrimonial interna, donde algunas de las cuestiones son inderogables, con las singularidades del Derecho de familia de los inmigrantes musulmanes. En este intento de adaptación, en ocasiones se han encontrado con barreras insalvables, ya que, a la hora de dar eficacia a los matrimonios celebrados por parte de los mismos en su país de origen, se detecta que se está afectando al núcleo esencial de la legislación matrimonial de foro.

La relación conyugal en Derecho musulmán conforme a la tradición está presidida por la preeminencia del varón, lo que supone que, cualquier idea de igualdad entre los esposos ha sido rechazada. Esta preeminencia explica la división sexual de los roles dentro del matrimonio, y justifica el deber de fidelidad y de obediencia de la esposa. Como contrapartida de la dote y de la manutención, la esposa está obligada a velar por la buena marcha del hogar y su organización, bajo la dirección del marido.

La quiebra de los principios de igualdad y libertad de los esposos que supone esta configuración del matrimonio, choca frontalmente con el modelo matrimonial de los países de Occidente, lo que hace difícil su aceptación por parte de los mismos.

2. CARÁCTER CULTURAL O RELIGIOSO DE LA POLIGAMIA

La poligamia o más concretamente la tetragamia coránica se constituye en

la actualidad, en opinión de Estévez Brasa, en uno de los impedimentos propios del orden social⁶⁰, establecido por el Derecho musulmán⁶¹, aunque en sus orígenes, se constituía la poligamia como una costumbre precoránica⁶².

A pesar de que el Derecho islámico de la mayoría de los países consiente la poligamia, el Código de familia marroquí permite a la mujer introducir en el contrato matrimonial una cláusula en la que se le admite solicitar el divorcio si el marido contrae un segundo matrimonio, art. 30 del CEP, cláusula antipoligamia⁶³.

Se han planteado, por parte de la doctrina española, distintas posiciones en relación a la determinación de si la poligamia es una cuestión que se puede incluir dentro del ámbito religioso o cultural, y cuáles serían las consecuencias que derivarían de dicha inclusión en el ordenamiento jurídico español. Así pues, trataremos de determinar la naturaleza de este privilegio que se concede, de forma exclusiva, para el varón.

2.1 ¿En qué sentido se puede afirmar su carácter religioso?

Considera Marin López que parte de la doctrina ha sostenido que el matrimonio polígamo tiene su razón de ser en las creencias religiosas sólidamente afianzadas, esta institución se inserta, en opinión del autor, “en el espíritu del art. 9.1º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶⁴, y como tal debe ser admitido en el foro implican-

⁶⁰ ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. pp. 397 y ss. Considera el autor que dentro de los impedimentos vinculados con el medio y las costumbres se pueden enumerar entre otras la poligamia, limitada a la tetragamia con una serie de condicionamientos para la válida celebración del matrimonio.

⁶¹ Sura IV, 3: “si habéis podido temer ser injusto con los huérfanos, temed serlo con vuestras mujeres. No desposéis más de dos, tres o cuatro, y escoged aquellas que os hayan gustado. Si no las podéis sostener con decoro y equidad, no toméis más que una”.

⁶² ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán,... cit. p. 397.

⁶³ QUIÑÓNEZ ESCAMES, A. Derecho e inmigración,... cit. p. 71. Art. 30 de la Al-Mudawwana: “la moglie può imporre al marito la condizione che non la sia imposta una co-moglie. In caso di inadempimento, la sorte del matrimonio é rimessa alla donna”. “La donna alla quale é imposta la co-moglie, se non aveva stipulato l’opzione”. “In ogni caso, se c’è ragione di temere l’ingiustizia di trattamento fra le mogli, il giudice non autorizza el matrimonio poligamico”. en aluffi beck-peccoz, r. Le leggi del diritto, ... cit. p. 141.

⁶⁴ CEPDHLF, Roma, 4 de noviembre de 1950, Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979. boe número 243, de 10 de octubre de 1979. art. 9.1º: “Toda persona tiene derecho a la libertad de religión, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de

do con ello una inflexión del orden público”⁶⁵.

Discrepamos de la posición que mantiene MARIN LÓPEZ, justificando nuestra posición en el art. 9.1º del Convenido Europeo, en el que se reconoce: el derecho que tiene toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, pero en el apartado segundo⁶⁶ del mismo artículo se establece; que estas libertades tienen límites, “cuando a través del ejercicio de estas libertades se vulnere la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, así como, la protección de los derechos y libertades de los demás”, y en el supuesto del matrimonio poligámico, se están vulnerando los mismos, concretamente los derechos y libertades de la esposa, ya que no se encuentra en igualdad al esposo, por lo que concluimos, que no logramos entender cómo el autor considera que en el espíritu de este artículo reside la inflexión a través de la que sería admisible en el foro la poligamia.

Tampoco compartimos la posición de Rodríguez García⁶⁷, cuando a la hora de encuadrar la poligamia como cuestión que debe incluirse o no dentro del ámbito de la libertad religiosa, recoge la posición que mantiene Vega Gutiérrez⁶⁸, quien incluye la poligamia dentro del ámbito de la libertad religiosa, como una forma de configuración espiritual del matrimonio, poniendo como ejemplo las confesiones musulmanas⁶⁹ y mormonas⁷⁰.

convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

⁶⁵ MARIN LÓPEZ, A. Derecho internacional privado español, Volumen II, parte especial, Derecho civil internacional, 8ª edición, Madrid, 1994. Esta es la mención que realiza el autor, fundamenta su afirmación en fernández rozas, j. c. y sánchez lorenzo, s. Curso de Derecho internacional privado, 2ª edición, Madrid, 1993. pp. 132-133.

⁶⁶ Art. 9.2º de la depdhlf: “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos a las libertades de los demás”.

⁶⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, en Actas del ix Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado, Ed. castro jover, a. San Sebastián, junio de 2000. p. 748.

⁶⁸ VEGA GUTIÉRREZ, A. M. “La tutela penal de la unidad matrimonial en el Derecho histórico español”, en *Il diritto ecclesiastico*, 1, gennaio-marzo. 1996. p. 114.

⁶⁹ Sura 4, versículo 3º del Corán.

⁷⁰ La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días recogía en sus preceptos el re-

En relación con éstos últimos, los mormones, se han pronunciado distintas sentencias en EE. UU. en las que se planteaban si el Acta Morrill, que perseguía y penalizaba la poligamia promulgada el 1 de julio de 1862, vulneraba o no la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda de la Constitución americana. En la Sentencia Reynolds v. United States 98 us 145 (1879), se crea la doctrina action-belief por la que se considera que la poligamia se opone a la ley, al orden, a la decencia, al Cristianismo y a la prosperidad del Estado⁷¹, y no existe vulneración de la libertad religiosa de los mormones en el Acta Morrill. En la Sentencia Davis v. Beason 133 us 333 (1890) se extiende la penalización de la poligamia para quien la defienda o asocie con otros que crean en la poligamia. Se establece en esta Sentencia que la poligamia degrada a la mujer y envilece al hombre⁷².

Sin embargo, afirma Rodríguez García, que si bien la libertad religiosa en su perspectiva interna es absoluta, en el momento en el que dicha libertad empieza a manifestarse pasa a ser relativa, y además, se le imponen determinados límites, lo que supone que no se admitirá la práctica de la poligamia por ir en contra del orden público que se constituye en el límite a las manifestaciones de

conocimiento de la poligamia. En 1852 young, líder de la confesión, proclamó oficialmente la poligamia como dogma de la Iglesia de Jesucristo. miller, r. t., flowers, r.b. Toward benevolent neutrality. Church, State, and the Supreme Court, 4ª edición, 1992. p. 48. Durante este periodo se promulgan en Utah, territorio en el que se asentaban mayoritariamente los mormones, normas que protegían la poligamia, a modo de ejemplo citamos, el Acta de 3 de marzo de 1852 a través del que se permitía el registro de los matrimonios poligámicos. Diez años más tarde se dicta la Morrill Act, concretamente el 1 de julio de 1862, y se inicia la persecución y penalización de los matrimonios poligámicos celebrados en ee. uu.

⁷¹ MILLER, R. T. y FLOWERS, R. B. "Toward benevolent neutrality. Church, State, and the Supreme Court", 4ª edición, en Markham Press Fund of Baylor University Press, Texas, 1992. p. 49.

⁷² Sentencia Davis v. Beason 133 us 333 (1890). En 1890 tras esta sentencia el Presidente de la Iglesia de los mormones se pliega a las exigencias para prohibir la poligamia en un primer manifiesto, más tarde, concretamente el año 1904 se afirmaba que la poligamia estaba prohibida y que quien la practicase sería excomulgado. El año 1896 utha se integra como Estado de los Estados Unidos una vez que prohíbe en su constitución la poligamia. Art. 3º de uta establece: "la perfecta tolerancia de los sentimientos religiosos está garantizado. Ningún habitante de este Estado podrá ser molestado en su persona o propiedades en cuanto a su modo de ejercer su culto; pero el matrimonio poligámico o plural está prohibido para siempre". A pesar de estas prohibiciones, gran número de mormones siguieron practicando la poligamia. A partir de 1960 se ha empezado a tolerar este tipo de matrimonios y además se empieza a otorgarles ciertos efectos jurídicos. Ver chambers, d. l. en Polygamy and same-sex marriage, Hofstra Law Review, volumen 26, nº 1º, 1997.

la libertad religiosa⁷³, opinión que compartimos íntegramente y que derivan del propio ordenamiento jurídico español, art. 3º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁷⁴.

Así pues, no estaría permitida la poligamia, a pesar de que la misma derivara o estuviera comprendida dentro del derecho de libertad religiosa, puesto que a través de la misma, se estaría conculcando el orden público español, entendido éste último como vulneración de determinados principios fundamentales de nuestro ordenamiento como son: la igualdad, la libertad y la dignidad de las mujeres. En la misma línea se decantan los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión europea, en la que no se admite la celebración de un matrimonio polígamo al amparo de su ordenamiento civil, ni por tanto, su inscripción en el Registro civil correspondiente⁷⁵. La razón que justifica esta previsión reside, en el hecho de que se entiende en estos países que la celebración de un matrimonio cuando uno de los contrayentes ya se haya vinculado por una relación conyugal previa no disuelta atañe a la propia capacidad para prestar el consentimiento matrimonial⁷⁶.

En este sentido se ha pronunciado la DGRN en dos resoluciones en las que establece que la libertad religiosa no puede amparar el reconocimiento de efectos de los matrimonios polígamos, así pues, no es posible la inscripción de estos matrimonios en el Registro Civil ya que uno de los contrayentes no tiene capacidad matrimonial, en base a las normas contenidas en el Código civil, art. 46.2º, al concurrir en él el impedimento de ligamen⁷⁷.

⁷³ RODRÍGUEZ GARCIA, J. A. Poligamia: libertad religiosa,... cit. p.749.

⁷⁴ Art. 3º de la l. o. de Libertad religiosa 7/1980, de 5 de julio, boe número 177, 24 de julio de 1980. rcl 1680/1980. “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tienen como único límite el orden público.

⁷⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A. y BONOMI, A. Le Droit musulman de la famille et des successions á l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de Droit compaé sur les aspects de Droit international privé liés á l'immigration des musulman en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et Suisse), zurich, 1999, p. 101.

⁷⁶ RODRÍGUEZ BENOT, A. “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español, en rodríguez benot, a. “La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, Cuaderno de Derecho Judicial, viii, Madrid. 2002.

⁷⁷ Resolución de la dgrn de 17 de junio de 1991. El principio de libertad religiosa debe ser respetado, pero este respeto no debe implicar que la organización social que compete al Estado debe quedar supeditada a las creencias religiosas de sus ciudadanos, así se explica cómo

En la misma línea se posiciona parte de la doctrina española, al establecer que no se puede considerar lesionada la libertad religiosa cuando la mayoría de las legislaciones seculares occidentales no admiten la poligamia, a pesar de que ciertos grupos religiosos lo consideren como uno de sus principios básicos de organización social y familiar.

La Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció en el mismo sentido, estableciendo que no se podía considerar vulnerada la libertad religiosa por el hecho de que los Estados no reconocieran efectos jurídicos, dentro de su territorio, a los matrimonios celebrados en forma religiosa. Consideró la Comisión que el Art. 12 del Convenio Europeo reconoce el derecho a contraer matrimonio “según las leyes nacionales que regulan su ejercicio”, así pues, no es posible considerar al matrimonio simplemente como una forma de expresión de la conciencia, y la religión, sino que se rige por específicas disposiciones normativas en cada país⁷⁸. Así pues, los matrimonios poligámicos no podrán tener eficacia en el ordenamiento jurídico español puesto que a través del mismo se están vulnerando las leyes imperantes en el Estado español en relación a los requisitos que han de concurrir en los contrayentes para que puedan celebrar matrimonio, válido y eficaz, los deberes y derechos que derivan de la unión matrimonial, (fidelidad), y además, se estaría incurriendo en la comisión de determinados delitos como: la bigamia y el abandono de familia (este último delito siempre que el bigamo incumpliera las obligaciones alimenticias que tuviera con sus descendientes), entre otros.

2.2 ¿En qué sentido tiene carácter cultural?

el Estado puede no conceder eficacia inmediata en el ámbito estatal a los matrimonios celebrados en forma religiosa. Establece que el principio de libertad religiosa no alcanza a la obligatoriedad de dar eficacia a los matrimonios celebrados en forma religiosa, menos aun, cuando uno de los contrayentes no reúne los requisitos de capacidad exigidos por el ordenamiento del Estado. En el mismo sentido se pronunció la Resolución de la dgrn de 27-10-1992, rj. 1992/9461. f. j. 3°. En el que se establece que el principio constitucional de libertad religiosa no alcanza a dar eficacia civil a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo, regulada en la Ley civil, arts. 16 y 32 ce.

⁷⁸ MARTÍNEZ TORRON, J. “El derecho de la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. ii, 1986. pp. 437 y ss. navarro valls, r. “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, en Anuario de Derecho Eclesiástico de Derecho, vol. xii, 1996. pp. 395 y ss.

Entre los autores que consideran que la poligamia está prohibida en el ordenamiento jurídico español por cuestiones seculares, independientemente de las consideraciones religiosas que profesan las personas que lo practican, situamos a Fossar Benlloch, quien considera que es causa suficiente para no permitir su práctica en nuestro país el invocar los preceptos constitucionales, concretamente los arts. 14 y 32.1º CE, sin necesidad de recurrir a las creencias religiosas del varón que pretende contraer matrimonio con varias esposas a la vez⁷⁹.

Por su parte, Navarro-Valls, afirma que es dudoso encuadrar la poligamia dentro del “plano estrictamente religioso” y además se muestra “vacilante respecto de que el desconocimiento de esta institución implique lesión de la libertad en su vertiente religiosa”⁸⁰. Inicia su discurso estableciendo que “conviene preguntarse si la negativa de los derechos europeos-americanos a la concesión directa de efectos civiles a los matrimonios polígamos suponga una quiebra del principio de libertad religiosa⁸¹. El mismo autor establece que la “poligamia, no sería hoy algo que necesariamente habría de incluir 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”⁸².

Entiende PASTORE⁸³ que determinadas instituciones como la poligamia, que

⁷⁹ FOSSAR BENLLOCH, E. Estudios de Derecho de familia, Tomo i, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia, Madrid, 1981. p. 190. El autor considera que debe enfocarse al prohibición de la poligamia como conculcadora del principio de igualdad que como una restricción por razón de orden público, límite de la libertad religiosa.

⁸⁰ NAVARRO-VALLS, R. “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Volumen xii, 1996. pp. 382-382. Además establece le autor que esta práctica... debe ser proscrita... legando algunos autores a sostener que el propio Corán prohíbe la poligamia de modo explícito, cita a modo de ejemplo de su última afirmación a jansen, en *The interpretation of the Koran in moder Egypt*, Leiden, 1974. p. 91.

⁸¹ *Ibidem*, p. 205.

⁸² NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio, familia y libertad religiosa*, en *Memoria del ix Congreso Internacional de Derecho Canónico*. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 206. Considera que “Los celos y la progresiva reacción de las legislaciones musulmanas ha llevado a sostener que, en puridad, la reivindicación de la poligamia. El autor cita a pastore, “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il Diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”, en *Rivista di diritto internazionale*, 1/1993. p. 115. navarro-valls, r. “Matrimonio, familia”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, ... cit. p. 384.

⁸³ PASTORE, F. “Famiglie immigrate e diritti occidentali: diritto di famiglia msusulamno in Francia e in Italia”,... cit. pp. 114-115.

se constituye en un comportamiento conforme a las reglas del Corán, y con un componente esencial para la recta existencia musulmana, se pueden fundamentar a la hora de solicitar su reconocimiento en los ordenamientos occidentales, en un hipotético derecho a la identidad cultural o a la exigencia de tutela de los derechos adquiridos, aunque en opinión del autor, esta institución difícilmente podrá alegar el principio de libertad religiosa, del art. 19 de la Constitución italiana.

2.3 Limitaciones que se imponen en Occidente

En realidad, no es fácil determinar si la poligamia es una cuestión religiosa o cultural, desde el momento en el que ésta se produce en países confesionales en los que el ámbito religioso impregna todas las cuestiones que tienen que ver con el ámbito temporal, incluso sus ordenamientos jurídicos están impregnados de cuestiones religiosas⁸⁴. Debemos manifestar, además, que en los países islámicos el reconocimiento de derechos y libertades está subordinado a su compatibilidad con la Ley islámica⁸⁵. En estos casos, considerar que el carácter religioso de una institución es un argumento a favor de su aplicación en un país extranjero, con el fin de preservar la libertad religiosa de quien lo ejercita, resulta complicado desde el momento en el que a su vez, a través de dicha institución, se están vulnerando principios fundamentales del ordenamiento que trata de reconocerlo.

Queremos expresar que la poligamia es una cuestión que, si bien en sus orígenes era un comportamiento implantado en las sociedades precoránica⁸⁶ y que

⁸⁴ En este sentido establece quiñónez escámez, a. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa,... cit. p. 175. “que Considerar que el carácter religioso de un ordenamiento extranjero es un argumento a favor de su aplicación, en atención a la libertad de creencias, resulta paradójico en la medida en que la definición de creyente sea impuesta política y geográficamente”. En el mismo sentido combalía, z. “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los Derechos Humanos en las Declaraciones islámicas”, en Anuario de Derecho Eclesiástico, Volumen xii, 1996. p. 484. Afirma la autora que “el principal contraste entre las Declaraciones occidentales e islámicas reside en el establecimiento, por parte de estos últimos, de la configuración de los derechos y libertades como dones divinos sustentados en las disposiciones del Corán y no como derechos naturales”.

⁸⁵ COMBALÍA, Z. “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas”, ... cit. p. 509. “la confusión entre el ámbito civil y el espiritual, expresión del monismo musulmán”.

⁸⁶ ESTÉVEZ BRASA, T. M. en Derecho civil musulmán,... cit. p. 397. En opinión de la autora, la poligamia era una costumbre precoránica. En el mismo sentido perez beltrán, c. Estatuto jurídico de la mujer argelina: matrimonio y divorcio,. Granada, 1991. p. 39. “la

posteriormente se recogió en el Corán, hoy es una práctica habitual en las clases privilegiadas de la mayoría de los países islámicos, en todos aquéllos en los que no está prohibido⁸⁷ su ejercicio a través de la legislación estatal.

El problema fundamental a la hora de admitir la poligamia en los países occidentales reside, en el hecho de que estas uniones procedentes de países islámicos acarrearían incrementos en las prestaciones sociales que se debieran destinar a las mismas. Principalmente en aquellas familias con escasos recursos económicos, de lo que podemos concluir que, en realidad la causa que realmente justifica la negativa a cualquier reconocimiento por parte de los ordenamientos occidentales a las familias polígamas reside, en cuestiones de índole económico.

3. PROBLEMÁTICA DEL MATRIMONIO POLIGAMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1978 y los principios que informan la misma, no es posible aceptar, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, la celebración de matrimonios polígamos en territorio español, puesto que, de celebrarse, se estarían conculcando varios preceptos constitucionales como son: los arts. 1.1º, (la igualdad y la libertad), art. 10.1º, (la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad), art. 14 (la igualdad y la no discriminación), art. 32, (el derecho de contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, la igualdad de los contrayentes antes, durante y tras la celebración del matrimonio).

Ahora bien, aun admitiendo que lo anteriormente manifestado guarda rela-

poligamia era una práctica existente ya en al época preislámica que responde fielmente a las estructuras patriarcales". morteza motahari, *Los derechos de la mujer en el Islam*. Madrid, 1985. pp. 232 y ss. reader, p. *La mujer en el Islam*, Granada, 1996. pp. 19 y ss. abdelkefi zlitni m, *La mujer musulmana. (a través del matrimonio)*, Granada, 1998. pp. 51-59. nezar ahmad al-sabbagh, *La poligamia en el Islam*, Compendio que resume el sistema de la poligamia en el Islam, Madrid, 1979. pp. 7 y ss. pruvost, l. *Le contrat de mariage*, París, 1998. pp. 44 y ss.

⁸⁷ JÁUREGUI ADELL, J. Y en *El centro, el Islam*, Madrid, 1995. p. 39. La prohibición se ha implantado en Albania, Túnez, Turquía y la Unión Soviética. En Irak, Siria y Singapur, el marido tiene que pedir permiso oficial para contraer nuevo matrimonio. En Marruecos y Líbano, la primera mujer puede exigir en su contrato de matrimonio que el marido renuncie a la poligamia y que el contrato sea nulo si contrae segundas nupcias.

ción con la celebración de un matrimonio polígamo en España, la situación es distinta si nos encontramos ante un supuesto de poligamia celebrado fuera de nuestro país, es decir, ante un supuesto de tráfico externo. En este caso, las normas de Derecho internacional privado en el ámbito matrimonial y familiar deberán ser interpretadas también, teniendo en consideración los valores y principios que nuestro ordenamiento contiene y son inderogables, como lo constituyen los arts. 10.1º, 14, 16, 32 y 39 CE. Así pues, será necesario lograr, en la medida de lo posible, el ajuste del supuesto de tráfico externo a estos valores y principios que la Constitución consagra⁸⁸, con el fin de conciliar, los principios y valores del foro con las particularidades de determinados modelos familiares de los ciudadanos que llegan a nuestro país.

3.1 Planeamiento del problema

La poligamia es una institución⁸⁹ recogida en los ordenamientos de la mayoría de los países islámicos⁹⁰, pero que no respeta determinados elementos esenciales de los ordenamientos occidentales, aunque hemos de manifestar que cumple con la misma función social que cumple el matrimonio en estos últimos.

Considera Espinar que la modificación que se produce una vez aprobada la Constitución de 1978 y la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1981 hace variar el panorama en relación con las posibles soluciones que se pueden dar a determinados problemas que se generan en relación con los matrimonios polígamos. Esta modificación se produce como consecuencia de que el matrimonio es disoluble, por ello en opinión del autor, a partir de esta nueva situación, podemos encontrar “cauces de solución que resultarían totalmente inimaginables en el caso en el que el matrimonio fuera como en la etapa preconstitucional, indisoluble”⁹¹. A pesar de realizar esta afirmación, el autor no continúa

⁸⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. Derecho Internacional privado especial,... cit. p. 295.

⁸⁹ GHASSAN ASCHA, Mariage, polygamie et repudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporain, París, 1997. p. 95. “la polygamie, en tant qu’institutions basé sur le Coran, a été acceptée sans aucune difficulté depuis l’époque du Prophète jusqu’à la fin du dix-neuvième siècle”.

⁹⁰ Art. 18 de la ley Túnez de 1965 prohíbe la poligamia y se condena su celebración con un año de prisión y a indemnizar pecuniariamente.

⁹¹ ESPINAR VICENTE, J. M. El matrimonio y las familias en el sistema,... cit. p. 27.

con el discurso, ni hace mención a cuáles serían esos cauces de solución.

Queremos destacar que la mayoría de la doctrina se decanta, por el no reconocimiento de efectos de éstos matrimonios en nuestro ordenamiento. Esta primera afirmación debe ser matizada, en relación con la protección que merecen determinados sujetos integrantes de los mismos. Nos estamos refiriendo a las sucesivas esposas e hijos. Consideramos que tanto “los hijos, iguales todos ante la ley, con independencia de su filiación, y las madres, cualesquiera que sea su estado civil, (art. 39.2º CE) deben obtener protección por parte del ordenamiento español. Esta misma protección es extensible, también, en relación con las esposas no madres, con el fin de proteger la igualdad y no discriminación que recoge el art. 14 CE en el que se establece que “los españoles son iguales, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta aseveración la deducimos del propio precepto constitucional que establece: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1º ce)”, no realizando delimitación alguna en relación con dicho término, familia, así pues entendemos que estas uniones convivenciales son también unidades familiares y a las mismas debe concederles el ordenamiento jurídico la protección, más aún cuando las mismas están integradas por sujetos desprotegidos, esposas sucesivas e hijos habidos de estas uniones.

3.2 Principios a tener en cuenta

Si tomamos en consideración los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español, los elementos que integrarían el orden público, podríamos deducirlos del propio texto constitucional, concretamente nos estamos refiriendo a los que se contienen en el art. 1.1º CE, la libertad e igualdad⁹², como valores esenciales del ámbito matrimonial, así como la dignidad personal, art. 10.1º de la Carta Magna.

Por tanto, en una primera aproximación a la poligamia, podemos establecer

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. Curso de Derecho internacional privado, 3ª edición, Madrid, 1996. pp. 385 y ss.

⁹² Deducible asimismo de los arts. 14 y 32 ce.

que a través de esta figura se están conculcando todos los principios fundamentales que informan el ámbito matrimonial, como son: la igualdad de ambos contrayentes y la libertad de la esposa, así como la dignidad. Desde esta perspectiva podemos afirmar que, cualquier institución que altere fundamentalmente estos principios básicos se deberá restringir por alteración del orden público⁹³. Se trata, como establece Mayer, de obstaculizar la norma o institución extranjera que contravenga los principios fundamentales del foro⁹⁴. Hammje sostiene que “no es la norma abstracta lo que atenta o se enfrenta de forma absoluta con los principios fundamentales del país, sino el resultado material de la misma⁹⁵”.

La igualdad queda vulnerada, puesto que el ordenamiento islámico no reconoce la igualdad de los contrayentes o cónyuges, la perspectiva matrimonial patriarcal acarrea la preeminencia y superioridad del marido sobre la mujer, tanto al perfeccionarse el matrimonio, como durante y a la hora de concluir el matrimonio⁹⁶. Por tanto, esta figura no puede ser asumida por nuestro ordenamiento jurídico⁹⁷.

⁹³ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)”,... cit. p. 210.

⁹⁴ MAYER, P. “La convention européenne des Droits de l’Homme et l’application des normes étrangères” en Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1991. pp. 651-656.

⁹⁵ HAMMJE, P. “Droits fondamentaux et order public”, en Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1997-1, p. 4.

⁹⁶ Hasta tal punto llega la preeminencia del marido sobre la mujer que aldeeb abu-sabich, *Les musulmans face aux droits de l’homme*. Bochum, Bruselas, 1994. p. 187. Cita el caso presentado en Egipto el año 1983 a la Comisión de fatwa (fatua es la interpretación legal de los muftis o especialistas en Derecho que pueden dar una interpretación autorizada en cuestiones doctrinales) en el que el marido pretende impedir que su esposa siga trabajando. La Comisión considera que “la mujer no puede abandonar el hogar para trabajar sin autorización de su esposo, incluso aunque desempeñe un trabajo en el que la presencia femenina sea necesaria para la sociedad, como es el oficio de comadrona. La mujer debe obedecer al marido, abandonar el trabajo y permanecer en su casa. Alega la Comisión el siguiente versículo del Corán, para fundamentar su afirmación: los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Dios manda que cuiden”.

⁹⁷ COMBALIA, Z. “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas”,... cit. p. 499. En la Declaración Islámica Universal de Derechos del Hombre del Consejo Islámico de Europa celebrado en Londres y promulgado por la unesco en París el 19 de septiembre de 1981, art. 19.a), se establece que: compete a cada cónyuge los derechos y deberes que la Ley islámica ha definido y cita el precepto coránico: “las mujeres tienen derechos equivalentes a

Afirma Espinar Vicente que la jerarquización familiar con preeminencia del esposo, fundamento del matrimonio en el mundo islámico, dificulta el reconocimiento de los matrimonios polígamos puesto que, a través del mismo, se está vulnerando uno de los principios que contiene nuestro ordenamiento jurídico, la igualdad (arts. 14 y 32 CE), así como la proscripción de cualquier tipo de discriminación en razón de sexo que queda vulnerada en estos matrimonios⁹⁸.

Lo mismo ocurre en relación al segundo de los principios que informa el ámbito matrimonial, “la libertad”. La regulación matrimonial de los países islámicos no tiene en consideración este principio. Esta afirmación la deducimos de la preeminencia de la figura paterna, en relación con el futuro esposo, y sobremanera en relación con la esposa. En principio la sumisión que informa el ámbito familiar hace, que ninguno de los dos contrayentes sea libre a la hora de celebrar matrimonio⁹⁹.

Esto mismo es predicable en relación con “la dignidad”, nuestro ordenamiento jurídico contiene la exclusividad en la relación matrimonial, esta es deducible del propio Código civil que establece: “los cónyuges están obligados, a guardarse fidelidad (art. 67 del Código civil), y además, en el supuesto en el que no se respete ésta exigencia se reconoce, la infidelidad, como causa de separación, (art. 82.1º del Código civil). La exclusividad conyugal es deducible, también, de la utilización del singular en determinados artículos, “el marido y la mujer, (arts. 66 y 67 del Código civil). Además esta seña de identidad

sus obligaciones conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas”, de lo que se desprende que la igualdad entre la mujer y el varón en el matrimonio no es clara en opinión de la autora, afirmación que compartimos.

⁹⁸ ESPINAR VICENTE, J. M. El matrimonio y las familias en el sistema,... cit. p. 252.

⁹⁹ COMBALIA, Z. “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas”,... cit. pp. 498-499. A pesar de que el art. 19.i) de la Declaración Islámica Universal de Derechos del Hombre del Consejo Islámico de Europa establece que “se garantiza la libertad en la elección del cónyuge, tanto para el varón como para la mujer, afirmando que ni el hijo ni la hija serán obligados a contraer matrimonio con alguien a quien rechacen”, en realidad en algunas leyes civiles de los Estados islámicos este derecho se recoge con restricciones para la mujer. A modo de ejemplo cita el Código de familia de Kuwait, del que se deduce que la libertad de los contrayentes y más expresamente de la mujer está limitada a la voluntad del tutor. Así también en el Código de Argelia se establece que: “el matrimonio se contrae por el consentimiento de los futuros esposos pero es necesaria la presencia del tutor. A éste incumbe la conclusión del matrimonio para la mujer. No puede forzarla a contraer contra su voluntad un matrimonio pero puede oponerse a las nupcias en interés de ella”.

del sistema matrimonial español, está informando la conciencia de los propios ciudadanos. En el caso de que no se respetara este elemento de la unión matrimonial, se estaría vulnerando la dignidad de la esposa a la que se le obliga a cohabitar con otras, y por tanto, se incumpliría una de las exigencias del matrimonio instituido en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

3.3 Cauces de solución

La asunción por parte del ordenamiento jurídico español de determinadas instituciones, como es la poligamia, que vulnera los principios básicos e inderogables de nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito matrimonial, no es posible. A pesar de lo cual, consideramos necesario que se dé alguna respuesta a las uniones polígamas, ya que, los perjuicios que derivan de su no reconocimiento son muy graves. Supone exigir al polígamo la elección de una de sus esposas y el abandono de todas las demás. Por ello consideramos necesario que se proceda al reconocimiento selectivo de determinados efectos.

Consideramos que en estas cuestiones, tiene un papel fundamental el juez, quien debe de buscar en el propio ordenamiento soluciones materialmente justas. Por eso consideramos fundamental que se proceda, a la ponderación de bienes en conflicto: por una parte, los principios inderogables del foro, y por otra, la protección que el art. 39 CE concede a la familia, sea cual sea su origen, y en especial, a las madres e hijos, iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminaciones por razón de filiación o de estado civil.

3.4 El límite del orden público

El impedimento de ligamen y la prohibición de la poligamia, se configura en nuestro sistema matrimonial, como cuestiones de orden público directamente derivados del derecho constitucional a la dignidad personal. De todo ello se deduce que, el orden público “parece remitir a ciertas convicciones básicas de la sociedad que encuentra su fundamento en su propia organización y en su propio ordenamiento jurídico y, en consecuencia, merece protección y conservación, pues el problema surge a la hora de determinar el contenido y la justificación del orden público en relación con la poligamia”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, en Actas del ix Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, junio

En el ámbito familiar, todas las cuestiones que tienen que ver con el matrimonio se consideran que son cuestiones de orden público, así pues, están fuera de la disponibilidad de las partes. Dentro de este ámbito se sitúa, también, la capacidad nupcial.

La capacidad nupcial de los contrayentes musulmanes que celebran matrimonio en un país islámico se rige, en principio, por su ley personal. Aunque es evidente que, la aptitud nupcial del esposo a quien se permite celebrar un segundo o ulterior matrimonio estando vigente un matrimonio anterior, puede originar diversos conflictos que guardan relación: con la determinación de la aptitud nupcial por conculcar el orden público español, así como a través de la determinación de la eficacia extraterritorial de documentos y sentencias emitidas por los Tribunales o autoridades extranjeras¹⁰¹.

El contenido del orden público estaría protegiendo la unidad de la relación matrimonial, configurado a través del principio de fidelidad conyugal¹⁰², de lo que se deduce que, la relación multilateral excluye la totalidad de la entrega y aceptación propias de la relación amorosa, aunque este argumento puede quedar debilitado y relativizado por admitirse la disolubilidad del vínculo y la poligamia sucesiva¹⁰³, que conlleva la ruptura de esa idea de amor, sin olvidar que la poligamia es incompatible con el principio de igualdad jurídica.

El principio de plena igualdad jurídica del hombre y la mujer en relación con el derecho a contraer matrimonio se recoge en los arts. 32.1º y 14 ce. Si con el fin de interpretar estos preceptos, acudimos a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, tal y como establece el art. 10.2º ce, concretamente en el art. 16 de la dudh se establece que “el hombre y la mujer tienen iguales derechos en cuanto al matrimonio sin que pueda

2000. Ed. castro jover, a. p. 752.

¹⁰¹ ESPINAR VICENTE, J. M. El matrimonio y las familias en el sistema,... cit. pp. 122 y ss.

¹⁰² GARCÍA CANTERO, G. “Comentarios al art. 46 del Código civil”,... cit. pp. 69-70.

¹⁰³ En el caso planteado no estamos ante la poligamia sucesiva, ya que la misma exige la existencia de un nuevo matrimonio estando vigente otro anterior, requisitos que no concurren en el caso en concreto ya que lo que la doctrina denomina poligamia sucesiva supone la disolución del vínculo anterior y la celebración de un nuevo matrimonio, no bigamo ya que el matrimonio anterior está disuelto. Así pues, estaríamos ante la poligamia sucesiva impropia.

prevalecer restricciones a dicha igualdad por motivos religiosos”, cuestión que también se recoge en términos similares en el art. 23 del PIDCP¹⁰⁴. Esta exigencia queda reforzada, en opinión de Rodríguez, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 8 de diciembre de 1979. En el preámbulo de este Convenio se recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos, así como el respeto a la dignidad humana, y que esta discriminación supone un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y la familia. En el presente Convenio se contiene la definición de discriminación contra la mujer¹⁰⁵, y en el art. 16 se consagra el principio de igualdad en relación al derecho a contraer matrimonio y las relaciones familiares¹⁰⁶, artículo ante el que algunos países islámicos han presentado algunas reservas como consecuencia de que en el mismo no se respetan e incluso se vulneran algunas disposiciones del Sharia islámico¹⁰⁷.

Por todo ello, consideramos que la pluralidad de vínculos matrimoniales simultáneos es incompatible con nuestro orden público, aunque consideramos

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. “Poligamia: libertad religiosa y discriminación”,... cit. p. 753.

¹⁰⁵ Art. 1º del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, ratificado por España por Instrucción de 16 de diciembre de 1983, publicada en el boe de 21 de marzo de 1984: la discriminación contra la mujer supone “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

¹⁰⁶ Art. 16 del Convenio: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos, relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, aseguran, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres; el mismo derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y a la hora de su disolución”.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. “Poligamia: libertad religiosa y discriminación”,... cit. pp. 754-5. Cita el autor la reserva presentada por Egipto al art. 2º de la Convención, el 18 de septiembre de 1981. Estas reservas son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención, ya que al adherirse a la Convención todos los estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para eliminar cualquier discriminación contra la mujer en todas las formas y manifestaciones, si se aplicaran estas reservas tendrían inevitablemente efectos discriminatorios contra la mujer por razón de sexo. Además en base al Derecho internacional de los Tratados, los Estados no pueden invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Tratado, en este caso, la Ley islámica.

positiva la postura que mantiene Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo quienes afirman que: “en ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios, incluso la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges”¹⁰⁸.

El hecho de que estos autores consideren que, en ocasiones, es necesario conceder determinados efectos a las uniones poligámicas, puesto que en caso contrario, estarían los integrantes de las mismas en total desprotección económica y jurídica, no puede llegar hasta el punto que se pueda pensar que el matrimonio polígamo “se encuentra insertado en el espíritu del art. 9.1º del CEDHLF, como recoge Marin López¹⁰⁹, ya que, en opinión de un sector doctrinal, este tipo de matrimonio tiene su razón de ser en las creencias religiosas de los contrayentes que están sólidamente afianzadas”. Las creencias religiosas de las personas tienen sus límites y, tal y como hemos establecido anteriormente, los límites al ejercicio de estas libertades se encuentran en el apartado segundo del propio artículo, y entrarían en juego en el supuesto en cuestión, el matrimonio poligámico.

Pero a pesar de lo que acabamos de manifestar, consideramos que la excepción de orden público que contienen los ordenamientos occidentales a la hora de reconocer determinados efectos a los matrimonios celebrados en países islámicos sin fraude a la ley, puede llevarnos a resultados perversos y, en ocasiones, contrarios a los propios principios constitucionales del foro. A modo de ejemplo podemos recoger el tema del reagrupamiento familiar de los países europeos. En el caso del Estado español, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, arts. 16¹¹⁰ y 17¹¹¹ no permiten el reagrupamiento familiar de más de un

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. Derecho internacional privado,... cit. p. 428.

¹⁰⁹ MARIN LÓPEZ, A. Derecho internacional privado,... cit. p. 140.

¹¹⁰ Art. 16 l. o. 4/2000, 11 enero: “Los extranjeros residentes tienen derecho a reagrupar consigo a los familiares. Los familiares de los extranjeros residentes legalmente en nuestro país, tienen derecho a reagruparse con el residente, entre los sujetos reagrupables está, el cónyuge”. boe número 10, de 12 de enero de 2000, p. 1141

¹¹¹ Art. 17 l. o. 4/2000: “el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de

cónyuge¹¹² al extranjero polígamo. Esta ley ha sido recientemente reformada sustancialmente a través de la Ley Orgánica 8/200, de 22 de diciembre que recoge una regulación aún más restrictiva. Esta exigencia que contiene el ordenamiento jurídico español hace que el extranjero pueda discriminar a las esposas ya que solo se le permite el reagrupamiento familiar con una de ellas¹¹³.

En el mismo sentido existe una Propuesta de Directiva Comunitaria del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión¹¹⁴ y modificada posteriormente el 7 de febrero de 2000. En el art. 5.2º del mismo se establece “que en caso de reagrupamiento familiar polígamo, si el reagrupante tuviera una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de esta última; sólo se autorizará la entrada y residencia de los hijos de otra esposa, si el interés superior del hijo así lo exigiera”¹¹⁵.

En este punto consideramos que se deben diferenciar dos cuestiones, por un lado, que la delimitación actual del orden público exige: “evitar que el extran-

residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes: el cónyuge, siempre que no se encuentre separado. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial”. boe número 10, de 12 de enero de 2000. p. 1141.

¹¹² Art. 17.a): “El extranjero que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”.

¹¹³ La discriminación a la que hacemos referencia puede derivar de una figura recogida en el Derecho islámico, concretamente nos estamos refiriendo al repudio. El esposo puede repudiar a las distintas esposas quedándose únicamente con una de ellas.

¹¹⁴ Bruselas, 1 de diciembre de 1999, com (1999) 638 final, modificada por el documento 599 pc 0638 de 7 de febrero de 2000. Posteriormente se modifica esta propuesta de Directiva, concretamente el 10 de octubre de 2000, Propuesta modificativa de la Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, com (2000) 624 final, cns 1999/0258. El 2 de mayo de 2002 se presenta una nueva Propuesta modificativa de la Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familia, com (2002) 225 final, cns, 1999/0258.

¹¹⁵ En el art. 13.3º se recoge: “la concesión de un permiso autónomo en caso de divorcio cuando lleve residiendo como mínimo un año o cuando situaciones especialmente difíciles así lo exijan”.

jero que adquiriera la residencia en el territorio pueda contraer un segundo matrimonio válido sin haber disuelto previamente el anterior, a pesar de que su ley personal le permita”, y por otro, que “estas limitaciones de reagrupamiento familiar avalen actitudes discriminatorias del esposo polígamo, al que se le permite elegir entre sus esposas para proceder al reagrupamiento, y con ello, poner en juego los derechos e intereses de las personas integrantes de otros modelos familiares, como las sucesivas esposas y los hijos habidos en estas uniones”.

La familia polígama no es un modelo aceptado por los ordenamientos de los países occidentales, pero el sistema de reagrupamiento familiar establecido en nuestros países invocando el orden público deja en situación de total desamparo a las sucesivas esposas e hijos, que son los sujetos más desprotegidos, creándose resultados intolerables en base a nuestro propio ordenamiento. No debemos olvidar que el art. 39 CE establece, dentro de los principios rectores de la política social y económica, que “los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil”.

Proponemos, a modo de solución para los supuestos enunciados anteriormente, la afirmación realizada por Quiñónez Escámez cuando establece que: “la excepción de orden público, junto con la norma de conflicto basada en la nacionalidad y una jurisprudencia¹¹⁶ sensible y equitativa, permite imaginar soluciones originales y establecer un diálogo entre ordenamientos, no se trata de dar un salto al vacío y soportar los peligros de los conflictos de civilizaciones, sino de entrever con toda lucidez las posibilidades de aplicación del derecho extranjero”¹¹⁷.

Una mayor sensibilidad por parte de los Jueces y personal de la administra-

¹¹⁶ La Jurisprudencia ha ido reconociendo determinadas demandas en el ámbito privado, como en el supuesto de pensiones en caso de divorcio, indemnizaciones por reparación del daño personal, supuestos todos ellos en los que el coste corre a cargo del esposo o particulares pero no ha tenido esa misma actitud cuando el sujeto responsable era el Estado, como en los supuestos de la seguridad social.

¹¹⁷ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa,... cit. p. 62.

ción, a la hora de analizar los distintos supuestos que se les plantean, puede llevar a reconocer determinados efectos a estas instituciones que, en principio, son ajenas a nuestra organización familiar. El hecho de no reconocer eficacia o efectos a las mismas, puede acarrear resultados desproporcionados, injustos e incompatibles con nuestros principios constitucionales, como en el supuesto en el que se produzca el abandono y total desprotección de distintas esposas e hijos nacidos de estas uniones.

En base a estas afirmaciones proponemos un reconocimiento selectivo de determinados derechos a las sucesivas esposas e hijos de los extranjeros polígamos, de forma que no se desintegren otros modelos familiares a la hora de aceptarse el reagrupamiento familiar. Con ello se lograría preservar los derechos de todos los integrantes de estas familias, y, a su vez, respetar el art. 39 CE, cuestión que desarrollaremos posteriormente.

A modo de conclusión consideramos que la cláusula del orden público, interpretada a la luz de los principios constitucionales, permite hoy día adoptar fórmulas de adaptación de los modelos familiares que proceden de otras culturas distintas a las propias, sin que con ello se produzcan graves quebrantos constitucionales. El hecho de que no se adopten estas nuevas propuestas, invocando la cláusula de orden público internacional, vulnera en nuestra opinión, la protección que nuestro propio ordenamiento jurídico concede a la familia, sea cual sea su origen.

4. JURISPRUDENCIA EUROPEA COMPARADA

En los países que a continuación vamos a citar, Francia, Italia e Inglaterra se reconocen determinados efectos en los matrimonios polígamos, siempre que concurren algunas de las circunstancias que a continuación vamos a recoger, como son: a) que el estatuto personal de ambos contrayentes permita la celebración de matrimonios polígamos, y b) que los mismos se celebren en un país en el que se reconoce esta configuración familiar.

En todos estos países, el orden público de cada uno de ellos no permite la celebración de estos matrimonios dentro de su territorio, aunque concede determinados efectos a los matrimonios que se han celebrado en el extranjero. Los efectos que normalmente se reconocen guardan relación con materias co-

mo: las obligaciones alimenticias, derechos sucesorios y las indemnizaciones por accidentes.

4.1 Soluciones dadas en Francia

El Derecho francés, no admite la poligamia simultánea, aunque sí la sucesiva (impropia). El reconocimiento de la poligamia concomitante en Francia, depende de la concurrencia de determinadas circunstancias, como son: a)- que ambos cónyuges tuvieran el estatuto personal polígamo, al momento de celebrarse el matrimonio, y b)- que el matrimonio polígamo se haya celebrado en un país que permite esta figura, no existiendo fraude de ley¹¹⁸.

A pesar de que la ley personal de los contrayentes permita la celebración del matrimonio polígamo, éste es, “atemperado en Derecho francés a través de la intervención del orden público”¹¹⁹. Así pues, solo podrá concederse a estas uniones efectos limitados en Francia.

Un extranjero casado no podrá celebrar nuevo matrimonio en Francia, a pesar de que su estatuto personal se lo permita, hasta que disuelva su anterior matrimonio¹²⁰.

La jurisprudencia ha sido favorable al reconocimiento de ciertos efectos en territorio francés, a los matrimonios polígamos celebrados en forma legal en el extranjero. Si bien la posición inicial ha sido la de apertura, con el transcurso del tiempo, y como consecuencia de la masiva afluencia de inmigrantes polígamos, a partir de los años 90, se ha procedido al cierre de dicha posición.

4.1.1 Por razón de la prohibición de la bigamia

La bigamia está prohibida en el ordenamiento jurídico francés, así pues, no existe la posibilidad de celebrar, válidamente, un matrimonio bigamo de forma legal en Francia¹²¹, incluso si el estatuto personal de los contrayentes permite

¹¹⁸ MONÉGER, F. La polygamie en questions, ... en j. c. p. 1990, Doctrine, 3460, La semaine juridique, Ed. G. Número 37.

¹¹⁹ MERCIER, P. Conflits de civilisations et Droit international privé Polygamie et répudiation, Gêneve, 1972. p. 32.

¹²⁰ *Ibidem*,... p. 32.

¹²¹ Art. 147 del Code civil 1995: “On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier”. Así también, el art. 433-20 establece, entre los atentados al estado civil de las personas: “Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d’en contracter un autre avant la dissolution du précédent est puni d’un an d’emprisonnement et de

esta modalidad de matrimonio¹²². Por tanto, la poligamia es considerada como una concepción familiar del mundo islámico¹²³ que, en ocasiones, es tolerada, y se le reconocen determinados efectos en Francia, como consecuencia de las innumerables obligaciones que pueden derivar de la misma¹²⁴.

En Francia se han reconocido determinados efectos al matrimonio polígamo, a pesar de ser ésta, una institución extranjera contraria al orden público francés. Mercier considera que, dicho reconocimiento tiene distinto alcance, si se hace referencia al orden pecuniario o personal de la unión polígama:

1. Por lo que hace referencia al reconocimiento de determinadas cuestiones que tienen que ver con el ámbito económico, se deberá tener en consideración que ésta unión, se haya contraído en el extranjero y sin fraude a la ley competente, teniendo en consideración las normas y reglas francesas de conflictos de leyes, si concurren estas circunstancias, es posible el reconocimiento de ciertos efectos económicos, a los sujetos integrantes de éstas uniones.

2. En cuanto a las consecuencias de índole personal, en principio el reconocimiento de las mismas está vedado, aunque algún sector doctrinal, entre los que podemos citar a Louis-Lucas, considera que: “las situaciones constituidas en el extranjero deben ser recogidas en Francia, en su integridad, desde el instante en que no sean indiscutiblemente inasimilables por el medio francés”. Esta posición ha sido recibida por la Cour D’appel de Paris, en la Sentencia de 26 de noviembre de 1968, ya que deja una puerta abierta al reconocimiento de efectos estrictamente personales, como la cohabitación o el deber de fidelidad, cuando el primer matrimonio, contrariamente al caso Bennammour, se hubiera

300.000 F d’amende”. En la Sección xi, dentro de los “Atentados al estado civil de las personas”, el art. 433-20 se establece: “Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d’en contracter un autre avant dissolution du précédent est puni d’un an d’emprisonnement et de 300.000 F. d’amende. Est puni des mêmes peines l’officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l’existence du précédent.

¹²² FADLALLAH, I. La famille légitime en Droit international privé, (ledomaine de la loi applicable aux affets du mariage), París, 1977. p. 184.

¹²³ Coram IV; 3. en el que se permite a un hombre casarse hasta con cuatro esposas. el-geddawy, “Relations entre systèmes confessionnel et laïque”, en Dr. Inte. Pr. n° 289, Se considera que la poligamia es, económicamente, un lujo, moralmente vulnera la igualdad desde el momento en el que se permite al esposo repudiar a las distintas esposas.

¹²⁴ FADLALLAH, I. La famille légitime en Droit international privé, ... cit. p. 184.

contraído bajo régimen polígamo”¹²⁵.

4.1.2 En el caso del matrimonio celebrado en el extranjero

El Derecho francés reconoce determinados efectos a los matrimonios polígamos como son: a)- las obligaciones alimenticias entre los cónyuges e hijos, y b)- los derechos sucesorios. Pero existen varios campos en los que opera un límite, concretamente nos estamos refiriendo al ámbito de la pensión de viudedad así como a las prestaciones que pueden recibir las esposas de la Seguridad Social, puesto que supondría una carga inadmisibile para el mismo¹²⁶, así como a la hora de imponer la convivencia común o cohabitación de los cónyuges en un mismo domicilio, en éste último supuesto, se impone el límite del Derecho del foro¹²⁷. Esta prohibición deriva de la equiparación de la cohabitación con el adulterio, delito este último penalizado por las normas penales, así pues, en este supuesto no puede entrar en juego la técnica del efecto atenuado del orden público¹²⁸.

Para analizar el posible efecto que puede tener un matrimonio polígamo en Francia, debemos distinguir diferentes situaciones, ya que estamos normalmente, ante matrimonios celebrados en el extranjero. En la aceptación o no de la poligamia, o en la admisión de ciertos efectos a las uniones polígamas¹²⁹, cabe distinguir diferentes supuestos:

1. Si la *lex loci*, la ley personal nacional y confesional de ambos cónyuges admiten la poligamia, no habría ningún problema en reconocer la existencia de dicho matrimonio polígamo, y admitir ciertos efectos¹³⁰.

¹²⁵ MERCIER, *Conflicts de Civilisations et Droit International Privé*, en *Poligamie et Repudiation*, Gèneve, 1972. pp. 36-38.

¹²⁶ MONÉGER, F. *La polygamie en questions...* cit. p. 54.

¹²⁷ FADLALLAH, I. *La famille légitime en droit international privé. ...* cit. p. 185. Trib. Civ. Versailles, 31 mars 1965.

¹²⁸ *Ibidem*,... p. 186.

¹²⁹ En este sentido, ver: bischof, “Le mariage polygamique en Droit interntional privé”, en *Travaux Comité Fr. Dr. Int. Pr.* (1980-81), p. 91. faldlallah, i. *La famille legitime en Droit international privé*, París, 1997. p. 134. mayer, p. *Droit international privé*, 5^o edición, pp. 34 y ss. gannagé, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1997-1, pp. 41y ss.

¹³⁰ DECROUX, en *Rev. Crti. Dr. Int. Pr.* 1966-4, p. 624, Sent. Trib. Cass. De 3 de enero de 1980. batiffol, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1980-2, p. 331.

2. Si la *lex loci*, la ley personal nacional y confesional, del marido admite la poligamia, y la ley personal nacional de la esposa no, debemos distinguir dos supuestos: 1) si se trata de la primera esposa, o 2) de la segunda mujer¹³¹. Si es la primera mujer y no se ha contraído un segundo matrimonio, el matrimonio es potencialmente polígamo, y puede ser reconocido a todos los efectos sin problemas, hasta tanto no se modifique la situación de monogamia. En el caso de que se contraiga el segundo matrimonio, y ella no supiera que había contraído un matrimonio potencialmente polígamo, siempre podría solicitar la nulidad de su matrimonio por error. En todo caso, éste segundo matrimonio no sería reconocido. Si la mujer hubiera consentido la celebración del matrimonio polígamo, porque su estatuto confesional tuviera tal naturaleza, en el presente supuesto podría reconocerse dicho matrimonio, otorgarle los mismos efectos que tendría el matrimonio en el supuesto anterior¹³².

3. Si la *lex loci*, la ley personal nacional de la mujer admite la poligamia, pero la ley personal y nacional del marido dispone un estatuto matrimonial monógamo, no es posible reconocer la celebración de un segundo matrimonio, aunque la primera esposa hubiera establecido una cláusula permitiendo la poligamia, y la segunda esposa, también, fuera de estatuto polígamo¹³³.

La jurisprudencia francesa, inicialmente, mostró una posición muy abierta en relación con la aplicación de la ley extranjera, y particularmente en relación con los matrimonios polígamos, (institución más emblemática de la diversidad del Derecho musulmán en relación con el Derecho francés¹³⁴), admitiendo que estas uniones no monógamas, pudieran producir determinados efectos en Francia¹³⁵.

¹³¹ DEPREZ, J. "Droit international privé et conflits de civilisations, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de status personnel", en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* Pp. 251 y ss.

¹³² GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)",... cit. pp. 217 y ss.

¹³³ *Ibidem*,... pp. 217 y ss.

¹³⁴ PASTORE, F. "Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia",... cit. p. 91.

¹³⁵ CAMPIGLIO, C. "Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo", en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, iv trim, 1990. p. 860. En este sentido: fadlallah, i. *La famille légitime en droit international privé*,...

La primera vez que se planteó este problema fue a principios del siglo XX. La Corte de Apelación de Argelia, en una sentencia de 9 de febrero de 1910¹³⁶ consideró que la segunda esposa de un marroquí y los hijos nacidos de esta unión, tenían derecho a solicitar derechos sucesorios. En opinión del Tribunal, la contradicción que suponía el matrimonio polígamo con el orden público, no impedía que la esposa de un extranjero casado legalmente en su país de origen, solicitara legítimamente derechos sucesorios al fallecimiento de su esposo¹³⁷.

4.1.3 Orden público y teoría de los efectos atenuados

El reconocimiento de determinados efectos a los matrimonios polígamos celebrados en un país islámico, entre personas cuyo estatuto personal permite este tipo de matrimonios, se inicia tras la sentencia Riviére del Tribunal de Casación. Este reconocimiento se realizó, a través de la “teoría de los efectos atenuados del orden público”¹³⁸. En base a esta teoría, se ha reconocido determinados efectos a los matrimonios polígamos, asemejándolos al matrimonio putativo, aunque considera Fadlallah, que similitud no es identidad.

Se han reconocido efectos al matrimonio polígamo, en los siguientes casos: a) para liquidar el régimen matrimonial en materia de alimentos, (en la que se llegó a reconocer la obligación alimentos, como contenida por el Derecho de gentes, y las nociones de moral comúnmente admitidas por todas las naciones civilizadas), b) en relación con la filiación, tras la promulgación de la Ley de 3 de enero de 1972, favorable a los intereses de los hijos, y c) en materia de derecho sucesorio¹³⁹.

Esta teoría surge como consecuencia de las resoluciones emitidas por la Corte de Casación el 11 de abril y 1º de mayo de 1945.

Los Tribunales franceses en base a esta teoría, y a pesar de la existencia en los matrimonios polígamos, de impedimentos dirimentes recogidos en la ley

cit. p. 185. La jurisprudencia ha reconocido efectos pecuniarios a los matrimonios polígamos: obligaciones alimenticias que se deben entre los cónyuges.

¹³⁶ Revue Dr. Int. Privé, 1913. p. 103.

¹³⁷ CAMPIGLIO, C. “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”,... cit. p. 861.

¹³⁸ FADLALLAH, I. La famille légitime en droit, ... cit. p. 184.

¹³⁹ FADLALLAH, I. La famille légitime en droit, ... cit. p. 185.

francesa, reconocerán la validez y efectos de los matrimonios celebrados en el extranjero, entre personas de nacionalidad extranjera, si éstos son válidos en base a su ley nacional¹⁴⁰.

En los años cincuenta, la teoría de “los efectos atenuados del orden público” fue rebatida en el ámbito penal¹⁴¹. Se consideró que se incurría en el delito de bigamia en el supuesto en el que existiera un primer matrimonio celebrado en forma religiosa ante el Cadi, y sin haberse procedido a la disolución de este primer matrimonio, se celebraba un segundo matrimonio en Francia. Si este segundo matrimonio se celebraba con una ciudadana francesa, la situación era aún más inaceptable¹⁴². En este sentido, el Tribunal de Apelación de París consideró contrario al orden público territorial francés, el matrimonio celebrado en Francia de un extranjero que se encontraba ya casado en su propio país¹⁴³.

A través de la teoría de los efectos atenuados del orden público, y como consecuencia del respeto que se debe a la soberanía extranjera, se exige: “no poner en cuestión las resoluciones adoptadas por los Tribunales de un Estado extranjero en aplicación de las leyes de orden público francés, así pues, si se presenta ante un juez francés un supuesto de poligamia creada en el extranjero, éste no podrá ponerla en cuestión invocando el orden público, a lo sumo, podrá oponerse a los efectos que se pretenden obtener en Francia como consecuencia de dicho matrimonio”¹⁴⁴. A través de esta teoría se ha reconocido a la segunda esposa de un extranjero polígamo, cuya unión se celebró en el extranjero, el derecho a solicitar en Francia la pensión alimenticia¹⁴⁵, la división de una herencia¹⁴⁶, la división de la indemnización de un accidente de tráfico del esposo entre las esposas¹⁴⁷. Se ha considerado que en base a esta teoría, todos

¹⁴⁰ CAMPAGLIO C. “Matrimonio poligámico”,... cit. p. 861.

¹⁴¹ *Ibidem*,... cit. p. 861.

¹⁴² Trib. Correct. Villefranche-sur-Saône, 6 novembre 1951. in *Revue critique*, 1953. p. 764.

¹⁴³ París, 2 de febraio 1956, in *Revue critique*, 1957, p. 713.

¹⁴⁴ LAGARDE, P. *La théorie d'ordre public international face á la polygamie et á la repudiation. L'expérience française*, París, 1993. pp. 270 y ss.

¹⁴⁵ L'affaire Chemouni, Civ. 28 janvier 1958 et 19 décembre 1963.

¹⁴⁶ Civ. 3 janvier 1980.

¹⁴⁷ Liége, 3 janvier 1980.

estos efectos no son contrarios en sí mismos al orden público internacional francés¹⁴⁸.

Por el contrario esta teoría es insuficiente, en los supuestos en los que la unión polígama entre en colisión con un primer matrimonio con esposa francesa. En estos casos, la segunda esposa no podrá participar de los derechos que pudieran derivar del reconocimiento de la segunda unión, cuando la primera esposa tenga la nacionalidad francesa, a pesar de que el segundo matrimonio, polígamo, haya sido reconocido como válido por una decisión judicial anterior, puesto que la Corte de Casación ha establecido, que la concepción francesa del orden público internacional “se opone al reconocimiento de efectos en Francia, del matrimonio polígamo celebrado en el extranjero, de quien todavía es esposo de una francesa”¹⁴⁹.

La primera Sentencia en este sentido fue emitida, por el Tribunal de Casación en 1958 en el caso Chemouni, en la que un ciudadano de Túnez celebra matrimonio en su país con una francesa, y más tarde con una ciudadana tunecina. Se traslada a Francia con sus esposas e hijos, y rápidamente abandona a la segunda esposa para vivir con la primera. La esposa abandonada acude al Juez, para solicitar pensión alimenticia para sí misma y sus dos hijos. El Tribunal niega a la esposa su solicitud, a pesar de que admite que la ley tunecina, ley personal de los cónyuges, admite tal solicitud, la considera en el presente caso contraria al orden público francés, puesto que la ley francesa reconoce únicamente derechos alimenticios a la primera esposa. Esta sentencia es impugnada y el Tribunal de Casación, invocando la teoría del efecto atenuado del orden público, admite la demanda de la segunda esposa. El Tribunal considera, que sí existe derecho de la demandada, y concede a la misma, derechos alimenticios. La argumentación del Tribunal se fundamenta en que la segunda esposa tunecina es esposa legítima, en base a su ley personal competente, y esta cualidad fue adquirida sin fraude a la ley¹⁵⁰. El Tribunal de Versailles¹⁵¹

¹⁴⁸ LAGARDE, P. La théorie d l'ordre public international face á la polygamie et á la repudiation... cit. pp. 267-268.

¹⁴⁹ Civ. 17 février 1982 et 6 de juillet 1988.

¹⁵⁰ Cass., 28 gennaio 1958, in *Revue critique*, 1958, p. 110.

¹⁵¹ Trib. Gr. Inst. Versailles, 2 febbraio 1960. in *Revue critique*, 1960. p. 370.

considera que el derecho alimenticio de la segunda esposa, no solo no choca contra el orden público francés, sino que además, es conforme al derecho de gentes y a la noción de moral comúnmente admitida por todas las naciones civilizadas. El esposo tras esta resolución, recurre en casación alegando un nuevo elemento, su nacionalidad francesa. La sentencia del Tribunal de Casación considera que, tanto en base a la ley tunecina, aplicable inicialmente el año 1956, como ley nacional común de los esposos, como en base a la ley francesa, (que regularía la relación entre esposos de distinta nacionalidad), las obligaciones alimenticias de la segunda esposa tienen como fundamento, directamente, la cualidad de esposa legítima que ostenta como consecuencia de la existencia del matrimonio válido, contraído en el extranjero conforme a la ley competente al fondo y a la forma en base al Derecho internacional privado francés¹⁵².

Una extensión de la jurisprudencia emanada de la sentencia Chemouni se produjo, como consecuencia de una nueva solicitud de efectos de un matrimonio polígamo, en relación con los derechos sucesorios. El año 1980, la Corte de Casación consideró que: “como consecuencia de los derechos adquiridos en base a una situación creada sin fraude a la ley francesa, y teniendo en consideración las normas de competencia del Derecho internacional francés. El orden público no se opone a un matrimonio polígamo regularmente contraído en el extranjero en base a la ley personal de las partes, y que éste produzca efectos de orden sucesorio en Francia, en beneficio de la segunda esposa y los hijos legítimos de esta”¹⁵³. En este caso, las dos esposas que se encontraban en situación de concurrencia, eran las dos argelinas, y la ley aplicable al caso en cuestión era la ley argelina¹⁵⁴.

¹⁵² Cass., 19 febbraio 1963, in *revue critique*, 1963, p. 559. al matrimonio poligámico celebrado sin fraude a la ley y de conformidad con la ley competente según las normas de conflictos francesa, se le reconocen ciertos efectos, de orden pecuniario o mejor dicho, efectos en el ámbito patrimonial entre los cónyuges. Cass., 4 ottobre 1965. in *Revue critique*, 1966, p. 688.

¹⁵³ PASTORE, F. “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”,... cit. pp. 91-92. Cour de Cassation (Chambre civile), 3 gennaio 1980, *Revue critique de Droit int. Privé*, 1980. p. 331.

¹⁵⁴ PASTORE, F. “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”,... cit. pp. 91-92.

4.1.4 El matrimonio bígamo celebrado en fraude de ley

Otro de los supuestos que recogemos a continuación hace referencia, al matrimonio bígamo “celebrado en fraude de ley”. La primera esposa, de un matrimonio celebrado en Francia con una ciudadana francesa, solicita el divorcio de su matrimonio con un argelino, el cual, sin haber disuelto esta unión, va a Argelia y celebra un segundo matrimonio. Esta segunda unión es nula, y es considerada en Francia como una forma de concubinato o adulterio. El Tribunal acepta la demanda de la esposa, ya que considera que la segunda unión se había celebrado en fraude de ley, puesto que el marido había ido a Argelia exclusivamente a tomar una segunda esposa. Esta segunda unión, en opinión del Tribunal, era constitutiva de violación grave a los deberes y obligaciones que derivaban de la primera unión, así pues, ante esta situación, resultaba intolerable el mantenimiento del primer matrimonio¹⁵⁵.

En los supuestos en los que la segunda esposa, de un ciudadano cuyo estatuto personal permite la celebración de matrimonios polígamos, es de nacionalidad francesa, los Tribunales franceses han adoptado una posición más flexible. Existen distintas sentencias en las que, los Tribunales han recurrido al instituto del “matrimonio putativo”, con el único fin de salvaguardar el derecho de una ciudadana francesa, que ignoraba que su esposo extranjero estaba ya casado en su país de origen, y que éste matrimonio no había sido disuelto todavía¹⁵⁶. Este segundo matrimonio se declara nulo, como consecuencia de que concurre en el mismo el impedimento de ligamen, pero con el fin de preservar los efectos que derivarían en relación con los hijos habidos en estas segundas uniones ilegítimas, los Tribunales han recurrido a esta figura.

¹⁵⁵ Tribunal de Grande Instance de la Seine, sentencia de 12 novembre 1965, in *Revue critique*, 1966. p. 624.

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Grande Instance de la Seine, 21 junio 1967, in *Revue critique*, 1968. p. 294. La figura del matrimonio putativo se ha aplicado en el matrimonio celebrado entre una ciudadana francesa con un camerunés que estaba ya casado en su país. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de apelación de Lion, Sentencia de 21 maggio 1974, en el que se declaró nulo el matrimonio por bigamia celebrado en Francia entre una ciudadana francesa y un ciudadano argelino que estaba ya casado dos veces. La mujer francesa conociendo el repudio que había realizado el argelino sobre su segunda esposa y no pudiéndose imaginar que estaba su esposo todavía casado con otra, celebró matrimonio con este de buena fe. El juez considero que la esposa francesa podía beneficiarse con el fin de obtener la pensión de la figura del matrimonio putativo. En este sentido ver: fadlallah, i. *La famille légitime en droit international privé*,... cit. pp. 54 y ss.

A partir de 1972, año en el que se produce la reforma del derecho de filiación, se consideró que recurrir al matrimonio putativo con el fin de proteger los intereses de los hijos habidos en estas uniones polígamas, ya no tenía sentido¹⁵⁷.

4.1.5 Doctrina del Consejo de Estado

El año 1980, el Consejo de Estado francés, dio un gran paso adelante en el reconocimiento del matrimonio polígamo válidamente celebrado en el extranjero¹⁵⁸. La resolución adoptada por el Consejo de Estado hace referencia al supuesto de un ciudadano de Benin, bígamo, que se traslada a Francia con su primera esposa, ésta obtiene el permiso de residencia. Un tiempo más tarde, éste ciudadano trae al país a su segunda esposa e hijos, estableciéndose estos últimos de forma clandestina. Unos años más tarde, el marido trata de regularizar la estancia en territorio francés de su segunda esposa, y el Prefecto deniega el permiso de residencia a ésta, puesto que la ley francesa no permite al esposo vivir con más de una esposa y sus hijos, así pues, la segunda esposa y sus hijos deben abandonar el territorio francés. El Tribunal administrativo de Versailles ordena la suspensión de la ejecución de la resolución del Prefecto, y el Consejo de Estado confirma la decisión adoptada por el Tribunal. El Consejo de Estado se limita a manifestar el error cometido por el Prefecto al considerar, por si solo, contrario al orden público, el hecho de la presencia de las dos esposas y sus ocho hijos siguiendo lo establecido en el arts. 1º y 5º del Decreto de 29 de abril de 1976, relativo al ingreso y residencia de familiares de los extranjeros en el territorio francés. En base a estos artículos, el ingreso y permiso de residencia de los familiares de los extranjeros puede ser negado, como consecuencia de que existan cuestiones contrarias al orden público. En el supuesto que recoge este Decreto, el orden público debe entenderse como orden que debe mantener la policía en los lugares públicos. En el supuesto en cuestión, el orden público no estaba violado por la presencia de la segunda esposa, puesto que el Prefecto había justificado su decisión, no en base al comportamiento de las personas, sino, teniendo en consideración exclusiva-

¹⁵⁷ Tribunal de apelación de Reims.

¹⁵⁸ Conseil d'Etat, 11 julio 1980. *Revue critique*, 1981. p. 658.

mente, la situación polígama en sí misma¹⁵⁹.

El punto más álgido de apertura y reconocimiento de la institución del matrimonio polígamo se produjo en el año 1983, en el que el Tribunal de apelación de París se tuvo que enfrentar a un caso de sucesión de un argelino que dejaba nueve hijos, el primero nacido del matrimonio con la primera esposa celebrado regularmente, y los ocho restantes, del segundo matrimonio celebrado en Francia con una ciudadana francesa. De las dos esposas se había divorciado sucesivamente el argelino. Estando vigente el segundo matrimonio, celebrado en Francia con ciudadana francesa, el esposo se casa nuevamente en Argelia con una argelina. Esta esposa, la argelina se erige a la muerte de su esposo, divorciado al momento de su muerte de las dos esposas anteriores, en heredera de su esposo junto a sus nueve hijos. En opinión del Juez parisino, el matrimonio celebrado en Argelia no podía considerarse celebrado en fraude a los intereses de la segunda esposa e hijos, aunque en el caso en cuestión no se hace mención alguna al fraude a la ley, por el mero hecho de que el difunto había ocultado su situación polígama, puesto que éste es un derecho que ostentaba en base a su ley personal, con lo que no tenía la obligación de informar ni a su esposa¹⁶⁰ ni a sus hijos de esta circunstancia. Por todo lo cual, en opinión del Tribunal, la esposa argelina tenía derecho a concurrir junto con los hijos del difunto a la sucesión de éste¹⁶¹.

El Consejo de Estado francés, el 8 de diciembre de 1978, aplicando el derecho a mantener una vida familiar normal, consideró que la cualidad de cónyuge legítimo de las sucesivas esposas era suficiente con el fin de admitir el reagrupamiento familiar de un extranjero regularmente residente en Francia, debe ser aceptada esta condición, (en opinión del Consejo de Estado francés)

¹⁵⁹ CAMPIGLIO, C. "Matrimonio poligamico",... cit. pp. 867-868.

¹⁶⁰ BORRMANS, Le nouveau Code algérien de la familia dans l'ensemble des Codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes, in *Revue int. Dr. Compare*, 1986. pp. 133 y ss. El nuevo Código de familia de Argelia de 6 de junio de 1984 modifica la situación que recoge esta sentencia. En base a la nueva regulación la primera esposa debe ser informada de la celebración de un segundo matrimonio. Así también la segunda esposa debe ser informada de los matrimonios celebrados previamente por quien va a ser su esposo. Si alguna de las esposas desconoce dicha circunstancia, puede solicitar el divorcio por dolo o por grave perjuicio.

¹⁶¹ París, 8 novembre 1983, *Revue critique*, 1984, p. 476.

en base a la ley personal del solicitante¹⁶², lo que equivale, a reconocer el derecho al reagrupamiento familiar con el marido en Francia, no sólo con la primera de sus esposas, sino también, con las sucesivas así como con los hijos habidos con éstas, en el supuesto de que dichas personas provengan de un país que admite la poligamia¹⁶³.

La conclusión de esta posición aperturista, en relación al reconocimiento de los matrimonios polígamos, no tardó en llegar; concretamente se pronunció el Tribunal de Orleans al considerar que, el reconocimiento de los matrimonios polígamos era manifiestamente contraria a la moral y a la concepción francesa del orden público internacional¹⁶⁴. En opinión de este Tribunal, este reconocimiento era contrario al principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ya que, la celebración de un segundo o tercer matrimonio por parte del marido marroquí constituía, una injuria a la primera esposa además de una violación grave a los deberes conyugales, con lo que se justificaba el divorcio culposo imputable al esposo¹⁶⁵.

En este proceso de cierre, por parte del ordenamiento jurídico francés, a reconocer determinados efectos a los matrimonios polígamos se publicó un informe del Haut Conseil a l'intégration el año 1992¹⁶⁶, órgano consultivo, del que uno de sus apartados se dedicaba específicamente al problema del estatuto personal.

El órgano consultivo se erige en protector de los derechos fundamentales de las personas recogidos en los ordenamientos occidentales, y que se encontraban en peligro como consecuencia de la aplicación de algunas normas extranjeras, concretamente de los ordenamientos de los países árabe-musulmanes y del África sur-Sahariana.

¹⁶² Conseil d'Etat, Montcho, 11 luglio 1980, in *Revue critique de Droit int. privé* 1981, p. 658.

¹⁶³ Conseil d'Etat, Gisti, 8 dicembre 1978. pastore, f. "Famiglie immigrate e diritti occidentali:", ... cit. p. 93.

¹⁶⁴ Trib. Gr. Inst. Orleans, 17 maggio 1984, in *Revue critique*, 1986. p. 307.

¹⁶⁵ Trib. Gr. Inst. Versailles 31 marzo 1965, e Trib. Gr. Inst. Seine 12 novembre 1965.

¹⁶⁶ Aut. Conseil á l'Intégration, Rapport au Premier Ministre, Conditions juridiques et culturelles de l'intégration, Paris 1992.

Las medidas propuestas por el Consejo requieren a los poderes públicos acciones en todos los campos, utilizando todos los instrumentos jurídicos a su disposición, desde las circulares ministeriales a las leyes, con el fin de renegociar los tratados internacionales. Las medidas que proponen en concreto son: “1º) Condicionar la concesión del permiso de residencia a título de residencia permanente, siempre que no exista un estatuto familiar polígamo en el solicitante. 2º) Conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros polígamos, excluyendo la posibilidad del reagrupamiento familiar polígamo. 3º) Negar, a través de la ley efectos civiles en Francia, al matrimonio polígamo que el inmigrante haya celebrado válidamente en el extranjero tras su ingreso en Francia. 4º) Renegociar la Convención franco-marroquí de 1981, de forma que se excluya el reconocimiento de efectos en Francia, al repudio válidamente pronunciado en Marruecos”¹⁶⁷.

4.1.6 Distintos reconocimientos del estatuto personal y pecuniario

La jurisprudencia francesa ha realizado distinciones entre los efectos pecuniarios y personales de las uniones matrimoniales polígamas. En relación con los efectos personales, ha considerado que: a) la segunda esposa de un musulmán no puede ser considerada concubina¹⁶⁸, b) que no se puede obligar a la primera esposa a convivir con la segunda, y así también, c) se le reconoce a la primera esposa, el derecho a solicitar el divorcio como consecuencia del abandono de familia y adulterio que realiza el esposo, al celebrar nuevo matrimonio¹⁶⁹.

Apunta Lagarde alguna propuesta para resolver estos conflictos, que surgen

¹⁶⁷ PASTORE, F. “Famiglia immigrante e diritti occidentali: diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”, ... cit. pp. 110-101.

¹⁶⁸ MERCIER, P. “Conflits de civilisations et droit international privé”,... cit. pp. 35-36-37. Considera que la ley nacional de los contrayentes será la ley que regirá las condiciones del fondo del matrimonio que autoriza la poligamia como consecuencia de lo cual, su segundo matrimonio celebrado válidamente según su ley personal no puede constituir en Francia un supuesto de concubinato.

¹⁶⁹ *Ibidem*,... p. 36. Tribunal de Grande Instance de Versailles, 31 mars 1965. Consideró que el segundo matrimonio constituyó una injuria a la primera esposa y además se consideró que existía una violación grave a los deberes y obligaciones que nacieron del primer matrimonio así pues se concluyó que esta situación hacía intolerable el mantenimiento de dicha unión.

como consecuencia de la existencia de estos matrimonios. Considera que algunos autores proponían, a principios de los años noventa, dar una mayor importancia a la voluntad de los esposos a la hora de determinar la ley aplicable a los matrimonios polígamos¹⁷⁰.

Estos autores evidentemente mostraban un gran espíritu de tolerancia hacia el Derecho musulmán. Entre los que menciona Lagarde están: Bourdelois, que propone aplicar las reglas de conflictos en distintas fases: a) en la primera, se debe consultar la ley nacional de cada uno de los esposos a la hora de determinar la capacidad matrimonial de los mismos. Si esta ley les permite celebrar un matrimonio polígamo, se pasaría a la segunda fase, b) en la que se determinaría la naturaleza monógama o polígama del primer matrimonio. 1º) Si una vez contrastados estos dos extremos, se deduce que la ley nacional común de los esposos y el primer matrimonio es polígamo, el matrimonio se considerará virtualmente polígamo. 2º) Si del contraste de estos extremos se deduce, que la ley personal del esposo y la ley del domicilio común es monógamo, el matrimonio se reputará como tal. 3º) Si a través de la determinación de los distintos extremos, ley personal de los esposos, ley del domicilio común, no se puede determinar la naturaleza monógama o polígama del matrimonio, se determinará la naturaleza del mismo teniendo en consideración la ley de la autoridad que celebró dicho matrimonio¹⁷¹.

Esta propuesta de Bourdelois es ilegal en opinión de Lagarde, puesto que a pesar de sus méritos, no tiene en consideración la ley nacional de la mujer, dándose la circunstancia de que, a pesar de que la ley personal de ésta sea monógama, puede acabar unida en matrimonio polígamo. Además, establece Lagarde que la autora es consciente de los riesgos que pueden derivar de su propuesta, y en las conclusiones manifiesta el peligro de su aplicación, si se extienden en Europa los movimientos integristas musulmanes y se incrementan las uniones polígamas. En este caso considera, que deberá intervenir el orden público y que estos matrimonios no tendrán derecho a solicitar ningún

¹⁷⁰ LAGARDE, P. La théorie de l'ordre public international face, ... cit. p. 275.

¹⁷¹ BOURDELOIS, B. Le mariage polygamique en droit international privé français, Thèse. Paris, 1991.

derecho en el ordenamiento jurídico francés¹⁷².

Otro de los autores que menciona Lagarde es Carlier, quien consciente de los problemas que derivan de las numerosas inmigraciones de musulmanes que llegan a Bélgica, propone una solución revolucionaria: a través de la que se permite a los interesados, optar entre su ley personal y la ley de residencia habitual. En el supuesto de que no declararan ninguna opción, se aplicará la ley de residencia habitual¹⁷³. Carlier subordina en los supuestos de matrimonios polígamos la validez del segundo o sucesivos matrimonios contraídos por un hombre cuyo estatuto personal permite la poligamia, a la aplicación acumulativa de la ley nacional del marido y de la primera, segunda, tercera o cuarta esposa. Con ello, trata de preservar en todo momento a las esposas cuyo estatuto personal impone la monogamia¹⁷⁴. Justifica su posición el autor, como consecuencia de la secularización que ha ido adoptando el derecho de familia, y por quedar estas cuestiones dentro del espacio privado de las personas¹⁷⁵.

Una posición mucho más radical y menos tolerante con los inmigrantes musulmanes adopta Déprez, quien propone el abandono de la ley personal y adoptar como norma aplicable, la ley del domicilio habitual¹⁷⁶.

Concluye Lagarde su exposición manifestando que, la actitud fluctuante de las resoluciones adoptadas por la Corte de Casación en los supuestos de matrimonios polígamos, en los diez últimos años, lleva al terreno de la incertidumbre que es asumida incluso por la opinión pública, así pues, se ve la necesidad de iniciar una nueva fase a través de soluciones legislativas. La sustitución de la ley nacional por la del domicilio habitual, o la posibilidad de optar entre la ley nacional y la ley del domicilio son soluciones, en opinión del autor, imperfectas y generadoras de situaciones de conflicto, hasta el punto de

¹⁷² LAGARDE, P. *La théorie de l'ordre public international*, ... cit. pp. 275-276.

¹⁷³ CARLIER, J. Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Thèse Louvain la Neuve, Bruxelles, 1991. p. 327.

¹⁷⁴ *Ibidem*,... pp. 328 y ss.

¹⁷⁵ LAGARDE, P. *La théorie de l'ordre public international*, ... cit. p. 276.

¹⁷⁶ DÉPREZ, J. « *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes de l'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel* », en *Rec. Cours La Haya*. T. 217. 1988-IV. pp. 200 a 217. Del mismo autor, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1991. pp. 695 y ss.

que, los Estados musulmanes continúan invocando la aplicación de la ley del estatuto personal para sus nacionales en el extranjero¹⁷⁷.

4.2 Planteamiento en Italia

Este es uno de los países que mantiene mas firmemente enraizada la monogamia como elemento esencial del matrimonio. Su fundamento radica, en Italia, al igual que en el resto de países europeos en causas económicas. Así pues, no se permite a un musulmán cuyo estatuto personal es polígamo, la celebración de un nuevo matrimonio en Italia, en tanto y en cuanto, no obtenga la disolución del primero¹⁷⁸, lo que no supone que en ocasiones, se puedan conceder ciertos efectos a los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero en forma legal.

4.2.1 El principio del Orden público

El Derecho internacional privado italiano, cuando se encuentra ante un supuesto de Derecho de familia en el que alguno o todos sus integrantes pertenecen a un Estado islámico, debe aplicar, tras haber verificado la compatibilidad de la norma aplicable islámica con los principios que informan el ordenamiento italiano¹⁷⁹, la norma que resulte de dicho contraste que no vulnere el orden público italiano.

En relación con el orden público, una vez aprobada la Ley de 31 de mayo de 1995, ley que reforma el sistema italiano de Derecho internacional privado, se considera que no es de aplicación la ley extranjera si sus efectos son contrarios al orden público italiano¹⁸⁰. A modo de ejemplo de este supuesto y en relación con el matrimonio celebrado entre dos ciudadanos de un país islámico, ante la autoridad civil estatal italiana, debemos afirmar que, éstos no podrán invocar la aplicación de la norma islámica en la que la esposa no puede emitir

¹⁷⁷ LEGARDE, P. La théorie de l'ordre public international, ... cit. p. 282.

¹⁷⁸ MERCIER, P. Conflits de civilisations et Droit international privé,... cit. p. 73. En el mismo sentido, campiglio, c. "Famiglia e diritto islámico. Profili internacional-privatistici", en ferrari, s. Musulmani in Italia, La condizione giuridica delle comunita islamiche, Bologna, 2000. p. 180. art. 160.2º del Código civil italiano, en relación con el art. 86 del mismo texto.

¹⁷⁹ CAMPIGLIO, C. Famiglia e diritto islámico. Profili internacional-privatistici, en ferrari, s. en Musulmani in Italia, La condizione giuridica delle comunita islamiche, Bologna, 2000. p. 175.

¹⁸⁰ *Ibidem*,... p. 175, art. 16 de la ley de 31 de mayo de 1995, n. 218.

directamente el consentimiento matrimonial, puesto que la misma conculca el orden público italiano.

A pesar de esta primera afirmación, y en relación con un matrimonio que se ha celebrado en un país islámico, en el que la esposa ha emitido el consentimiento matrimonial a través del Wali, si este matrimonio llega a tener alguna relación con el foro, y se trata de verificar su validez o nulidad ante el Juez italiano, éste no podrá invocar el límite del orden público para declarar inválido dicho matrimonio¹⁸¹.

Una cuestión conflictiva de la confluencia entre el Derecho italiano y el Derecho internacional privado surge, como consecuencia de la poligamia. El Derecho italiano considera que no es válido el matrimonio celebrado en Italia entre dos ciudadanos, uno de los cuales ostenta capacidad matrimonial, y el otro estando anteriormente casado, celebra nuevo matrimonio sin haber disuelto el primero, ya que su estatuto personal le permite la celebración de un matrimonio polígamo. Tampoco será válido el matrimonio celebrado entre dos ciudadanos cuya ley personal admite la celebración de un matrimonio polígamo. Según se establece en el art. 116.2º del Código civil italiano, los extranjeros y los propios italianos deben cumplir con el requisito prescrito en el art. 86 del Código civil, en el que se establece que “no pueden contraer matrimonio los que están ya unidos en un matrimonio precedente”. El determinar este extremo es conflictivo para el oficial del Estado civil italiano, cuando se trata de determinar la libertad de estado de un ciudadano habiendo éste celebrado matrimonio en su país de origen, no así cuando el matrimonio precedente se ha celebrado en Italia, ya que éste está inscrito en el Registro Civil estatal¹⁸².

4.2.2 La nueva ley del divorcio

Una vez aprobada la nueva Ley de divorcio, se puede proceder, en Italia, a reconocer determinados efectos en los matrimonios polígamos¹⁸³. A través de dicha ley, el cónyuge italiano podrá solicitar el divorcio, cuando su esposo

¹⁸¹ *Ibidem*,... p. 177.

¹⁸² *Ibidem*,... p. 178.

¹⁸³ *Ibidem*,... . p. 74. Ley n° 898 de 1 de diciembre de 1970, Gaceta ufficiale della Repubblica italiana, de 3 de diciembre de 1970. pp. 8046 y ss.

celebre un nuevo matrimonio en el extranjero, sin haber disuelto previamente el anteriormente celebrado¹⁸⁴. Este precepto es aplicable en aquellos supuestos en los que se ha celebrado un matrimonio polígamo¹⁸⁵.

A pesar de que el ordenamiento jurídico italiano exige la unidad como elemento esencial del matrimonio italiano, en opinión del Consejo de Estado, el matrimonio celebrado siguiendo el rito islámico no es polígamo¹⁸⁶, ni por sí mismo contrario al orden público¹⁸⁷, lo que no impide que se verifique el respeto a los principios fundamentales del ordenamiento italiano cuando se celebran estos matrimonios¹⁸⁸.

En el momento en el que se va a proceder a la inscripción del matrimonio celebrado en forma islámica y a que produzca efectos en Italia, deberá comprobarse si en el mismo se han cumplido los requisitos que contiene el Derecho italiano, y que no viola los principios fundamentales del ordenamiento¹⁸⁹. En el supuesto de que alguno de los contrayentes no ostentara el estado de libertad nupcial, el segundo matrimonio se reputaría inválido, y por tanto, no produciría efectos jurídicos ni podría inscribirse en Italia¹⁹⁰.

4.2.3 La jurisprudencia

La Disposición que ha causado una mayor resonancia en la opinión pública italiana ha sido la emitida por la tar de la Emilia-Romana, de 10 de enero de 1989, en relación con la convivencia de un ciudadano marroquí que se estableció en Bolonia con sus dos esposas y once hijos. Este marroquí dejó su país en el año 1981, y obtuvo inicialmente permiso de residencia y posteriormente

¹⁸⁴ Art. 3-2º de la ley de 1 de diciembre de 1970, ley de divorcio.

¹⁸⁵ POCAR, La loi italienne sur le divorce du 1er. Décembre 1970 et le Droit international privé, en Rev. Critique de Droit international, 1971, p. 191.

¹⁸⁶ CAMPIGLIO, C. Famiglia e diritto islámico,... cit. pp. 179 y ss.

¹⁸⁷ CAMPIGLIO, C. Matrimonio poligámico e repudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo, en Rivista di diritto internazionale privato e processuale. iv trim. 1990. p. 855. En relación al matrimonio poligámico, la opinión emitida por el Consejo de Estado como consecuencia de una solicitud realizada por el Ministerio de Justicia, en relación a una ordenanza para Emila-Romagna de 7 de junio de 1988 fue la mencionada.

¹⁸⁸ CAMPIGLIO, C. Famiglia e diritto islámico,... cit. p. 180.

¹⁸⁹ *Ibidem*,... p. 180.

¹⁹⁰ *Ibidem*,... p. 855.

de trabajo, en Italia. Antes de iniciar su actividad, volvió a Marruecos por sus hijos y esposas. Apenas se estableció en Bolonia recibió la invitación del Questor de alejarse del territorio nacional como consecuencia de la aplicación de algunas disposiciones del Tribunal¹⁹¹. La resolución fue impugnada por el interesado y el Tribunal ordenó la suspensión de la ejecución de la misma. En opinión del Juez administrativo, en realidad, la resolución del Questor tiene consecuencias graves e irreparables en el ámbito social, económico y familiar para el recurrente¹⁹². En este supuesto se debe tener en consideración la Ley de 30 de diciembre de 1986, número 943, relativa a los trabajadores extracomunitarios¹⁹³, en la que se garantiza a éstos el derecho al reagrupamiento con el cónyuge, además para con los hijos extraconyugales¹⁹⁴. La cuestión en relación a las distintas esposas fue resuelta, posteriormente, a través de la regularización autónoma de cada una de las esposas¹⁹⁵.

En relación con este tema, pastore recoge el comentario publicado en *La Stampa*, de 30 de agosto de 1991, de luigi manconi en relación a: ¿cómo conciliar el acogimiento en Italia de otras tradiciones, de otras formas de relación familiar, (en el caso en concreto la forma conyugal polígama) con la exigencia de no vulnerar un valor o principio que en el ordenamiento italiano es inderogable, y que los ordenamientos occidentales en su conjunto, lo regulan normativamente como es la igualdad entre el hombre y la mujer? Para resolver este conflicto manconi propone una solución de apertura, basándose en consi-

¹⁹¹ Una nota del Ministero dell'interno 599/443/15756/A167/88 emanata il 1° ottobre 1988 la quale ordinava: "... non (ripetesi non) dovrà essere rilasciato permesso soggiorno per coesione familiare punto servizio contencioso diplomatico interessato recentemente at riguardo per casi analoghi habet già riferito che istituto poligamia riconosciuto da legislazione islamica contrasta con norme imperative ordine pubblico (que como est noto sono inderogabili)".

¹⁹² CAMPIGLIO, C. *Famiglia e diritto islámico*,... cit. pp. 855-856.

¹⁹³ L'art. 4 della legge n. 943 del 1986 riconosce all'immigrato extracomunitario dotato di permesso di soggiorno per motivi di lavoro un vero proprio diritto al ricongiungimento familiare; l'esercizio di questo diritto é condizionato dal possesso di una serie di severi requisiti (reddito sufficiente, alloggio adeguato ecc.) elencati da circolari ministeriali.

¹⁹⁴ Art. 4° de la ley de 30 de diciembre de 1986, número 943.

¹⁹⁵ CAMPIGLIO, C. *Matrimonio polígamico e repudio nell'esperienza*,... cit. p. 856. En el mismo sentido, campiglio, c. *Famiglia e diritto islámico*,... cit. p. 179. pastore, f. *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*,... cit. pp. 109-110.

deraciones acerca de la neutralidad moral del Derecho, “consintiendo el reagrupamiento familiar, o bien, aceptando la recomposición de lo que para el Derecho italiano es una familia de hecho. La ley no emite un juicio de valor, no concede un reconocimiento ideológico, no legitima moralmente la desigualdad entre el hombre y la mujer. Coherentemente con lo que es una de las funciones constitutivas del derecho, la ley se limita a reconocer un estado de necesidad, y por tanto, logra reducir los efectos devastadores de la contradicción social y del conflicto de valores que la vida colectiva produce”¹⁹⁶. Esta posición de Manconi concuerda con la que, en opinión de Patore debe ser “la función prevalente, que no la única del filtro del orden público: no como instrumento que protege la integridad moral de la sociedad nacional, sino como garantía concreta del nivel mínimo de seguridad y autonomía individual”¹⁹⁷.

La jurisprudencia italiana no se ha pronunciado en relación con los matrimonios polígamos, incluso de aquellos que se han celebrado en país extranjero entre quienes su estatuto personal permite esta modalidad¹⁹⁸, al menos no tenemos constancia de los mismos¹⁹⁹. Además si alguna italiana, esposa de un extranjero, tiene conocimiento de la celebración de un nuevo matrimonio por parte de su esposo cuyo estatuto personal permite dicha celebración, ésta puede solicitar el divorcio²⁰⁰.

¹⁹⁶ PASTORE, F. *Famiglia immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*,... cit. pp. 110-111.

¹⁹⁷ *Ibidem*,... p. 110.

¹⁹⁸ CAMPIGLIO, C. *Famiglia e diritto islámico*,... cit. pp. 178-179. La autora recoge diversos supuestos que han sido solventados por la jurisprudencia extranjera, aplicando la teoría del orden público atenuado, la legitimidad de los hijos nacidos de las uniones poligámicas... pero no menciona ninguna resolución de los Tribunales italianos.

¹⁹⁹ Si han existido distintos pronunciamientos en relación con el repudio islámico: en estos supuestos, el juez ha rechazado el exequátur como consecuencia de que las resoluciones extranjeras estaban impregnadas de incertidumbre acerca de la cualificación doctrinal de los repudios, el repudio o divorcio unilateral es una institución muy distinta al divorcio. App. Milano, 14 diciembre 1965, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1996. p. 381. En sentido contrario se han pronunciado los Tribunales en relación a los divorcios hebraicos, puesto que en los mismos se tiene en consideración la voluntad de la mujer y además interviene el juez. App. Firenze, 20 luglio, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1977, p. 107. App. Milano 26 maggio 1989, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1990. p. 669. en pastore, f. *Famiglia immigrate e diritti occidentali*, cit. pp. 105 y ss.

²⁰⁰ MERCIER, P. *Conflits de civilisations et droit international privé*,... cit. pp. 73-74.

Para concluir, recurriendo a lo recogido por Campiglio en relación con los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero de quienes residen en Italia, hemos de decir que la autora no considera aplicable a estos supuestos, la teoría del efecto atenuado del orden público que se aplica en Francia. Considere que en estos supuestos, el Juez italiano debe recurrir a la excepción del orden público y reconocer la cualidad de esposa únicamente a la primera de las esposas²⁰¹.

4.3 Reconocimiento en Inglaterra

La legislación matrimonial inglesa, no permite la celebración de un matrimonio polígamo en su territorio, a pesar de lo cual, no cierra el paso a cierto grado de reconocimiento del mismo, cuando éste se ha celebrado en forma legal en el país de origen de los musulmanes.

4.3.1 El principio del reconocimiento de la Ley personal

Los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero son susceptibles de ser reconocidos, al menos en lo que se refiere a alguno de sus efectos, en Inglaterra²⁰². Esta afirmación deriva de la aplicación del principio en el que se establece que: “cuando el estatuto de los esposos permite la celebración de un matrimonio polígamo, éste debe ser reconocido en Inglaterra, puesto que así lo establece la ley personal del domicilio de los contrayentes”²⁰³.

La mayoría de la doctrina inglesa considera, que la ley competente a la hora de determinar la naturaleza monógama o polígama del matrimonio es, la ley del lugar de celebración²⁰⁴.

4.3.2 Prohibición de celebrar nuevo matrimonio en Inglaterra

En Inglaterra no se admite la celebración de un matrimonio polígamo a una persona cuyo estatuto personal le permite dicha unión. Si este segundo matrimonio llegara a celebrarse, puesto que el esposo oculta su situación de casado, la segunda esposa puede solicitar la nulidad de su matrimonio por existencia

²⁰¹ CAMPIGLIO, C. *Famiglia e Diritto islámico*, ... cit. p. 181.

²⁰² MERCIER, P. “*Conflits de civilisations et droit international privé*”,... cit. p. 49.

²⁰³ *Ibidem*,... p. 49.

²⁰⁴ *Ibidem*,... p. 47.

de impedimento en la persona de su esposo, a pesar de que la ley personal de éste le permita la celebración de un nuevo matrimonio estando vigente otro anterior, no disuelto²⁰⁵.

4.3.3 Efectos del reconocimiento

Los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero podrán ser reconocidos en Inglaterra. Para que se produzca dicho reconocimiento será necesario que ambos contrayentes, en base a la ley personal, puedan celebrar este tipo de unión, y la misma se celebre en un país que admite dicha modalidad de celebración²⁰⁶.

En relación a los efectos que pueden derivar de estos matrimonios polígamos, los Tribunales ingleses se han pronunciado en contra del reconocimiento de determinadas prestaciones como son: a) el seguro de maternidad, y b) las pensiones de viudedad de las esposas de un trabajador polígamo²⁰⁷. A esta consecuencia se llegó, a través de la aplicación de la National Insurance Act et du Family Allowances Act²⁰⁸. Justifica su posición, la resolución del Tribunal, estableciendo que el legislador no pudo tener la intención de conceder a cada una de las esposas de un único trabajador los beneficios de la Seguridad Social, así pues, las palabras matrimonio, marido, esposa y viuda no pueden hacer referencia en la presente legislación, más que a los matrimonios monógamos²⁰⁹.

4.3.4 Propuestas de la Law Comisión

La Law Commission consideró que la denegación de subsidios a las esposas de un polígamo era injusto, así pues, se vio en la necesidad de presentar algu-

²⁰⁵ *Ibidem*,... pp. 49-50.

²⁰⁶ *Ibidem*,... p. 49.

²⁰⁷ Décisions número c.g. 116/51, r (g) 18/52.11/52. 3/55, 7/55, citées par la Law Comisión, Working Paper número 21, p. 37, n. 34.

²⁰⁸ MERCIER, P. "Conflits de civilisations et droit international privé",... cit. p. 51. En relación a los supuestos de la Seguridad social, los Tribunales han considerado que en aplicación de la National Insurance Act et du family Allowances Act, la esposa de un cotizante polígamo no puede solicitar ni las prestaciones del seguro de maternidad ni la indemnización de viudedad. Décisions número c. g. 116/51, r (g) 18/52, 11/53, 3/55, 7/55 enunciadas por la Law Comisión, Working Paper n° 21, 37, n. 34. Rapport Définitif, p. 41, n. 19.

²⁰⁹ MERCIER, P. "Conflits de civilisations et droit international privé",... cit. p. 52.

nas propuestas de solución a dicho supuesto que fueran aceptables, tanto por la administración como por la opinión pública. Tomó en consideración distintas propuestas, entre las que vamos a destacar:

1º) El esposo polígamo de facto deberá abonar unas cotizaciones más elevadas, y cada una de las esposas recibirá la prestación íntegramente. La dificultad de esta propuesta, en opinión de la Law Commission se sitúa, en la vertiente administrativa.

2º) El polígamo de hecho pagaría las mismas cotizaciones que el resto de trabajadores, y sus esposas recibirían la parte íntegra de las prestaciones. La Law Commission consideró que esta solución era factible siempre que el número de matrimonios polígamos fuera reducida, aunque encontró dos objeciones a la misma: a) que esta propuesta podía llevar a la aparición de falsas esposas con el único fin de obtener prestaciones. b) en este caso, las esposas de un polígamo serían mejor tratadas que las mujeres divorciadas de los propios ingleses.

3º) Que las prestaciones fueran divididas en partes iguales entre las distintas esposas del polígamo. El problema de este sistema sería que las prestaciones serían insuficientes, así pues, entrarían en juego otros subsidios en todos aquellos supuestos en los que las distintas esposas se encontraran residiendo en Inglaterra.

4º) Las prestaciones estarían destinadas únicamente a la esposa que residiera en Inglaterra, excluyendo a la esposa o esposas que residieran en el extranjero. La Law Commission es favorable a esta solución y su fundamento radica, en opinión de la misma, en la equidad.

5º) Al esposo se le concede la facultad de designar a cuál de las esposas se le va a reconocer la prestación de la Seguridad Social. Esta solución favorecería el incremento de las uniones polígamas, y además, el esposo podría designar como beneficiaria a la esposa que estuviese enferma, desempleada o embarazada. Esta solución tendría grandes dificultades a la hora de su aplicación por parte de la administración²¹⁰.

²¹⁰ MERCIER, P. *Conflits de civilisations et droit international privé*, ... cit. pp. 63-64.

A pesar de la existencia de estas propuestas realizadas por la Law Commission, la solución que se adopta en Inglaterra en relación con las esposas simultáneas de un polígamo sigue siendo restrictiva al reconocimiento de los derechos que hemos mencionado al inicio. Así pues, ninguna de estas propuestas ha sido llevada a la práctica.

5. CONCLUSIONES

Que para el Islam el matrimonio es un mandato coránico, a pesar de lo cual, se considera que uno de sus rasgos fundamentales es que el matrimonio es un contrato de Derecho privado que regula la unión de un hombre con una o varias mujeres de forma simultánea, y que tiene carácter indefinido, lo que no supone que sea perpetuo.

Que los elementos esenciales del matrimonio islámico son: a) que los contrayentes tengan capacidad suficiente. b) que se emita el consentimiento de las partes, siendo necesario que la oferta y aceptación se otorguen y expresen, a ser posible, por parte del propio contrayente y el representante de la mujer, no siendo necesaria la asistencia obligatoria de la autoridad civil o religiosa. c) que el contrato matrimonial se celebre ante dos testigos válidos que se encuentren presentes con el fin de asegurar publicidad al contrato. d) que no exista ningún impedimento para que las partes se unan en matrimonio. e) que el matrimonio islámico es poco formal y no exige el registro ni la presencia de autoridad competente para su válida celebración. f) que se constituya la dote.

Que la poligamia supone la unión simultánea de un hombre con varias esposas, reconocida por el Derecho islámico, así como por los Códigos de familia de la mayoría de los países, y que tiene su base en el Corán, aunque es de destacar que algunas legislaciones tratan de limitarla en los últimos tiempos a través de leyes que se han promulgado en el ámbito familiar de algunos países. Incluso, en el Código sobre el Estatuto personal de Túnez, se prohíbe expresamente la poligamia.

Que no existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar si la poligamia es una manifestación religiosa o cultural.

Que la poligamia presenta graves conflictos en nuestro ordenamiento a la hora de tratar de reconocer ciertos efectos a sus integrantes, ya que conculca

los principios fundamentales de nuestro ámbito matrimonial, como son: la libertad y la igualdad, así como la dignidad de la mujer.

Que en los países de nuestro entorno cultura, caso de Francia, Inglaterra e Italia, se ha tratado de reconocer ciertos efectos a los matrimonios celebrados en forma legal en el país de origen y que posteriormente se encuentran en su territorio. Si bien en un principio la posición que adoptaron los tribunales fue de reconocer, al menos de forma selectiva, ciertos efectos a los mismos, en la actualidad se está por el cierre de cualquier reconocimiento de derechos.

Que los tribunales españoles sí han reconocido la pensión de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de un trabajador polígamo que residía en forma legal en nuestro país.

Que existe otra sentencia del Tribunal de Barcelona en la que se confirma la resolución emitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en las que se reconocía la pensión de viudedad por partes iguales a las dos esposas de un ciudadano polígamo de Gambia.

Además es de destacar que, existe un Criterio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social a través del que se reconoce la pensión de viudedad a las esposas simultáneas de polígamos marroquíes.

Que de todo ello se concluye que, en ocasiones, los tribunales y demás órganos de nuestro país sí son sensibles al reconocimiento de ciertos efectos a los matrimonios polígamos celebrados en forma legal en base a la ley personal de sus integrantes.

BIBLIOGRAFÍA

ABDELKEFI ZLITNI M, *La mujer musulmana. (a través del matrimonio)*, Granada, 1998.

AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M. “La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Derecho Internacional*, Volumen xlv-1993, número 1º, Enero-Junio, 1993.

AGUILAR NAVARRO, M. *Derecho civil internacional*, Volumen ii, Madrid, 1979.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A. “Introduction a la lecture juridique du Coran”, en *rdidc*, Vol. 65, 1988.

aldeeb abu-sabich, *Les musulmans face aux droits de l’homme*. Bochum, Bruselas, 1994.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A. y BONOMI, A. *Le Droit musulman de la famille et des successions á l’épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés á l’immigration des musulman en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et Suisse)*, zurich, 1999.

ALENDASALINAS, M. “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la modernidad del instituto matrimonial islámico”, en *Actas del ix Congreso internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Ed. castro jover, a. San Sebastián, 2000.

BISCHOF, “Le mariage polygamique en Droit interntional privé”, en *Travaux Comité Fr. Dr. Int. Pr.* (1980-81).

BORRMANS, *Le nouveau Code algérien de la familia dans l’ensemble des Codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes*, in *Revue int. Dr. Compare*, 1986.

BOURDELOIS, B. *Le mariage polygamique en droit international privé françai*, Thése. Paris, 1991.

CALDER, N. *Studies in Early Muslim Jurisprudence*, Oxford, 1993.

CALVO CARAVACA, A. L. *Derecho internacional privado, Volumen II*, segunda edición, Madrid, 2000.

CAMPIGLIO, C. “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, iv trim, 1990.

CAMPIGLIO, C. “Famiglia e diritto islámico. Profili internacional-privatistici”, en ferrari, s. *Musulmani in Italia, La condizione giuridica delle comunita islamiche*, Bologna, 2000.

CARLIER, J. Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Thése Louvain la Nueve, Bruxelles, 1991.

CHAMBERS, D. L. en *Polygamy and same-sex marrage*, Hofstra Law Re-

view, volumen 26, n° 1º, 1997.

COMBALÍA, Z. “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los Derechos Humanos, en las Declaraciones Islámicas”, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Volumen xii, 1996.

DECROUX, Rev. Crti. Dr. Int. Pr. 1966-4, Sent. Trib. Cass. De 3 de enero de 1980.

DE MONTETY, H. Le mariage musulman en Tunisie, París, 1941.

DEPREZ, J. “Droit international privé et conflits de civilisations, les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de status personnel”, en Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1997.

DEPREZ, J. «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes de l’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», en Rec. Cours La Haya. T. 217. 1988-IV.

DIAGO DIAGO, P. “La dot islamique á l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du Droit international privé espagnol”, en Annales de Droit de Louvain, n° 2001-4.

EDGE, I. “A comparative Approach to the treatment of non-muslim minorities in the Middle East, with Special reference to Egypt” en Mallat y Connors, Ed. London 1997.

ELGEDDAWY, K. Relations entre systèmes confessionnel et laïque en Droit international privé, n° 289. París, 1971.

ENTRENA KLETT, C. Mª. Matrimonio, separación y divorcio, Tercera edición, Madrid, 1990.

ESPINAR VICENTE, J. M. El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado, Madrid, 1996.

ESTÉVEZ BRASA, T. M. Derecho civil musulmán, Precedido de una introducción al advenimiento del Islam, Buenos Aires 1981.

FADLALLAH, I. La famille légitime en Droit international privé, (ledomaine de la loi applicable aux effets du mariage), París, 1977.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S. Derecho internacional privado, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. Curso de Derecho internacional privado, 2ª edición, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. Curso de Derecho internacional privado, 3ª edición, Madrid, 1996.

FOSSAR BENLLOCH, E. Estudios de Derecho de familia, Tomo i, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia, Madrid, 1981.

FYZEE, A. Outlines of Muhammadan Law, 4ª edición, Delhi, 1974.

GARCÍA BARRIUSO, P. Derecho matrimonial islámico y matrimonio de musulmanes en Marruecos, Madrid, 1952.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I. “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)”, en rodriíguez benot, a. “La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, Cuadernos de Derecho Judicial, viii-2002, Madrid, 2002.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I. La celebración del matrimonio religioso no católico, Madrid, 1999.

GHASSAN ASCHA, MARIAGE, polygamie et repudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporain, París, 1997.

GONZALEZ CAMPOS, J. D Derecho internacional privado, Parte especial, Madrid, 2000.

HAMMJE, P. “Droits fondamentaux et order public”, en Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1997-1.

HESSLER, H. J. “Islamic-rectliche Morgengabe”, en iprax, 1998-2.

HODDKINSON, Muslim Family Law, London, 1984.

JANSEN, The interpretation of the Koran in moder Egypt, Leiden, 1974.

JÁUREGUI ADELL, J. Y en El centro, el Islam, Madrid, 1995.

LAGARDE, P. La théorie d l'ordre pubic international face á la polygamie et á la repudiation. L'expérience française, París, 1993.

LINANT DE BELLEFONDS, Immutabilité du Droit Musulman et Réformes legislatives en Egipte”, en ridc, nº 7, 1995.

LINANT DE BELLEFONDS, *Traté de Droit Musulman Comparé*, Vol. II, París, 1965. p. 138. *calder, n. Studies in Early Muslim Jurisprudence*, Oxford, 1993.

LINANT DE BELLEFONDS, *Traté de Droit Musulman Compaaré*, Vol. II, París, 1965.

LÓPEZ ORTIZ, J. *Derecho musulmán*, Madrid, 1932.

MANDIROLA BRIEUX, P. *Introducción al Derecho islámico*, Madrid, 1998.

MARIN LÓPEZ, A. *Derecho internacional privado español*, Volumen II, parte especial, *Derecho civil internacional*, 8ª edición, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ TORRON, J. “El derecho de la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. ii, 1986.

MAYER, P. “La convention européenne des Droits de l’Homme et l’application des normes étrangères” en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1991.

MERCIER, P. *Conflits de civilisations et Droit international privé Polygamie et répudiation*, Gêneve, 1972.

MILLER, R. T. y FLOWERS, R. B. “Toward benevolent neutrality. Church, State, and the Supreme Court”, 4ª edición, en *Markham Press Fund of Baylor University Press*, Texas, 1992.

MONÉGER, F. *La polygamie en questions*, en *j. c. p.* 1990, *Doctrine*, 3460, *La semaine juridique*, Ed. G. Número 37.

MORAND, M. *Etudes de Droit musulman-algerien*, Alger, 1910.

MORTEZA MOTAHARI, *Los derechos de la mujer en el Islam*. Madrid, 1985.

MOTILLA, A. y LORENZO, P. *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002.

NASIR, J. J. *The Islamic Law o Personal Status*, London, 1986.

NAVARRO VALLS, R. “Matrimonio, familia y libertad religiosa”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico de Derecho*, vol. xii, 1996.

NAVARRO-VALLS, R. *Matrimonio, familia y libertad religiosa*, en *Me-*

moria del ix Congreso Internacional de Derecho Canónico. Universidad Nacional Autónoma de México.

NEZAR AHMAD AL-SABBAGH, *La poligamia en el Islam*, Compendio que resume el sistema de la poligamia en el Islam, Madrid, 1979.

PASTORE, “Famiglie immigrate e diritti occidentale: il Diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”, en *Rivista di diritto internazionale*, 1/1993.

PASTORE, F. “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”, *Cour de Cassation (Chambre civile)*, 3 gennaio 1980, *Revue critique de Droit int. Privé*, 1980.

PEARL, *A textbook on Muslim Law*, London, 1979 y 1987.

PEARL, D. y MENSKI, W. *Muslim Family law*, 3ª Edición, London, 1998.

PÉREZ BELTRÁN, C. *Estatuto jurídico de la mujer argelina: matrimonio y divorcio*, Granada, 1991.

POWRS, D. S. “The Islamic Inheritance System: A socio-historical Approach”, en mallat, ch. y connors, j. Ed. *Islamic Family Law*, London, 1990.

PRADER GIUSEPPE, en *Il matrimonio nel mondo, celebrazione, nullità e scioglimento del vincolo*, Padova, 1970.

PRUVOST, L. *Le contrat de mariage*, París, 1998.

QUIÑÓNEZ ESCAMES, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Madrid, 2000.

READER, P. *La mujer en el Islam*, Granada, 1996.

RIOSALIDO GAMBOTTI, I. *Compendio de Derecho islámico*, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ BENOT, A. “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español, en rodríguez benot, a. “La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, VIII, Madrid. 2002.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R. *El matrimonio religioso no católico en el Derecho español*, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. “Poligamia: libertad religiosa y discrimina-

ción de la mujer”, en Actas del ix Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado, Ed. castro jover, a. San Sebastián, junio de 2000.

SAMIA ALDEEB ABU-SALIEH, *Les musulmans face aux Droits de l’homme*, Bochum, 1994.

SOURER, D. “Droit musulman et Codificación”, en *Droits*, (1992-2), Tomo 26.

VEGA GUTIÉRREZ, A. M. “La tutela penal de la unidad matrimonial en el Derecho histórico español”, en *Il diritto ecclesiastico*, 1, gennaio-marzo. 1996.

WILKEN, J. A. *Über das Matriarchat bei den alten Arabern*, Leipzig, 1984.