



La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal

Nagore Embeita Izaguirre

Profesora investigadora

Departamento de Economía y Gestión.

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

nagore.embeitia@ehu.eus | <https://orcid.org/0000-0003-0740-9776>

Extracto

Este artículo analiza la ley islámica en el ámbito específico de una de las cuestiones de mayor trascendencia religiosa en el derecho de familia, la poligamia. Su posible incompatibilidad con los principios y valores de nuestro ordenamiento jurídico, y la necesaria salvaguarda de los derechos de la mujer y del menor, nos lleva a aplicar el concepto de orden público atenuado.

Se intentará analizar si el matrimonio poligámico debe ser rechazado por ser una institución contraria al orden público, al vulnerar el principio de igualdad y no discriminación entre sexos.

Palabras clave: ley islámica; poligamia; derechos de la mujer; discriminación.

Fecha de entrada: 15-12-2021 / Fecha de aceptación: 24-01-2021

Cómo citar: Embeita Izaguirre, N. (2022). La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal. *Revista CEFLegal*, 256, 59-76.



Polygamy, islam and fundamental rights. Vision under the European and state prism

Nagore Embeita Izaguirre

Abstract

This article analyzes Islamic law in the specific field of one of the matters of greatest religious significance in family law, polygamy. Its possible incompatibility with the principles and values of our legal system, and the necessary safeguarding of the rights of women and children, prompts us to apply the concept of attenuated public order.

An attempt will be made to analyze whether polygamic marriage should be rejected as an institution contrary to public order by violating the principle of equality and non-discrimination between the sexes.

Keywords: islamic law; polygamy; women's rights; discrimination.

Cómo citar: Embeita Izaguirre, N. (2022). La poligamia, el islam y los derechos fundamentales. Visión bajo el prisma europeo y estatal. *Revista CEFLegal*, 256, 59-76.



Sumario

1. Consideraciones iniciales
 2. La poligamia en el ordenamiento jurídico español
 3. La poligamia y los derechos fundamentales
 4. La eventual legalización de la poligamia en España: realidad o mito
 5. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas



1. Consideraciones iniciales

Nos encontramos ante una sociedad multicultural en la que uno de los mayores desafíos, incluido el de nuestro derecho, es afrontar e integrar el escenario que deriva de la rápida evolución desde una cierta uniformidad cultural-religiosa hacia un paisaje de diversidad en el que el islam ha hecho notar su presencia. La posibilidad de la convivencia entre ambas culturas se asienta sobre dos pilares: la aceptación de un mínimo común definido en materia de derechos humanos y, junto a él, el respeto y la integración de la diversidad.

Y ante este escenario, cabe recordar que *per se* el derecho internacional se formó sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea, y ante dicha premisa, la multiculturalidad, en cierta forma erosiona el carácter eurocéntrico del ordenamiento, y ante dicha relativización solo cabe buscar soluciones para integrar de una forma ordenada y pacífica la sociedad multicultural.

Ante el entorno mencionado, la figura de la poligamia aparece como una figura potencialmente atentatoria al orden público, pudiendo tener su fundamento en el supuesto enfrentamiento a la moralidad pública, la dignidad de la mujer y, sobre todo, el principio de igualdad de trato y no discriminación que la Constitución española establece en su artículo

14. Pero se debe analizar si el hecho de prohibirla puede ir en contra del derecho a la libertad religiosa, también constitucionalmente reconocido (Lema Tomé, 2003).

Parece que, desde el ámbito del derecho internacional, existe cierta repulsa a la poligamia, en el sentido de entenderla contraria al orden público (Monéger, 1990). Así se observa cómo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se convierte en uno de los textos principales a tener en cuenta, al haber sido su contenido incorporado al Tratado de Lisboa. Aun cuando no contiene una referencia expresa a la poligamia, en ella se establece que la dignidad humana es inviolable, debiendo ser respetada y protegida, y que ello pudiera conllevar la incompatibilidad de su admisión.

Tal y como destaca la profesora Cervilla Garzón (2019, p. 247), la poligamia se coloca en un plano de igualdad con otros delitos particularmente graves, en cuanto a situaciones que merecen un particular rechazo, lo que manifiesta que, de existir un orden público a nivel comunitario, es sin duda contrario a esta situación.

Asimismo, y en cuanto al posible ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en caso de matrimonios poligámicos, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003¹, en el artículo 4.4 sobre el derecho a la reagrupación familiar determina que «en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge».

El mencionado es otro ejemplo más de que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario (Ghassan Ascha, 1997).

A nivel internacional, diversos pactos y declaraciones han reafirmado el necesario posicionamiento de hombres y mujeres en situación de igualdad jurídica. En tal sentido se manifiestan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², que en su artículo 3 establece que:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.4, establece que:

¹ DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18.

² BOE núm.103, de 30 de abril de 1977, pp. 9.343-9.347.

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Y en el sentido indicado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16 establece que:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Por ello, resulta claro el manifiesto rechazo de la desigualdad entre el hombre y la mujer y los mecanismos de protección para evitar dichas desigualdades.

También es de destacar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo «sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea»³, en la cual se insta Estados miembros a que velen porque todos los actos violentos cometidos contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzados, la poligamia o la mutilación genital femenina, entre otros, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias.

Sobre el contenido de esta resolución es también significativa la respuesta dada en el Parlamento Europeo a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella⁴, afirmandose, en relación con la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

En el sentido indicado tenemos la pregunta parlamentaria escrita de Cristiana Muscardini (UEN) a la Comisión el 14 de mayo de 2008(E-2691/08), en la que se preguntaba sobre la elaboración de un estudio sobre la poligamia y la situación de las mujeres con una posible intervención de los Estados miembros para evitar la comisión de abusos contra las mujeres islámicas y garantizar el respeto en virtud de la legislación de nuestros países. Pues bien, la respuesta del Parlamento Europeo fue la siguiente⁵:

³ 2006/2010 (INI).

⁴ E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

⁵ La respuesta original está en francés, por lo que esta es una traducción propia, aproximada al texto original.

La Comisión considera que la lucha contra la violencia contra la mujer debe convertirse en una prioridad en la actividad policial en todos los países europeos. En este contexto la Comisión apoya plenamente el trabajo del Parlamento en este ámbito, del que es miembro Su Señoría. Como el objetivo más importante en este ámbito es la protección de todas las mujeres en la Unión Europea y en nuestras relaciones exteriores, la Comisión, dentro del alcance de sus poderes, continuará tomando todas las medidas apropiadas para combatir cualquier abuso sufrido por las mujeres. La Comisión no tiene jurisdicción para adoptar normas sobre los términos del matrimonio, por lo tanto, ella no tiene la intención de estudiar la poligamia.

Esto es, parece que la intención de protección de los derechos humanos, entre ellos, la discriminación de la mujer, está perfectamente identificada y avalada por la institución europea, pero a la hora de la puesta en práctica de normas o al menos directrices sobre medidas de adopción para paliar dicha discriminación, Europa da marcha atrás en temas de «índole casera», como pudiera ser la problemática de la poligamia, dejando la regulación en manos de los Estados miembros.

Es más, la mencionada parlamentaria, Cristiana Muscardini, vuelve nuevamente con otra pregunta parlamentaria el 20 de abril de 2009, E-2706/2009, en relación con el problema que suscita la libre circulación de las personas, dado que esta podría conllevar la desaparición de una serie de prohibiciones previstas en la Ley por motivos de seguridad y orden público, aludiendo al caso de que un inmigrante que obtenga la ciudadanía europea y se reúna con todas sus esposas podría posibilitar *de facto* la poligamia en Europa.

Sobre la base de dicha reflexión, la Sra. Muscardini llega a afirmar que⁶

aceptar que la poligamia es el producto de una cultura, en vez de una elección machista cómoda e interesada, equivaldría a aceptar lo que tan hipócritamente se afirma acerca de la mutilación genital femenina, a saber, que se trata de una tradición cultural, y no de un atentado contra el derecho de las mujeres a su integridad física y psíquica.

Y ante dicha afirmación su pregunta es si no considera la Comisión que debería prohibirse expresamente la poligamia.

Pues bien, la Comisión, representada por el Sr. Barrot, en su respuesta de 26 de mayo de 2009⁷, vuelve a no querer entrar en el fondo del asunto respecto a la prohibición co-

⁶ La lengua original de la pregunta es el italiano. Publicado en el DOC 189 de 13 de julio de 2010.

⁷ Publicada de DOC 189 de 13 de julio de 2010.



munitaria de la poligamia, señalando que el derecho comunitario no exige que los Estados miembros reconozcan plenamente los matrimonios polígamos contraídos legalmente en un país cuando estos puedan estar en conflicto con su ordenamiento jurídico.

Por ello, se observa que a nivel comunitario parece que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario, pero sin el soporte documental normativo que así lo establezca como tal, dejando nuevamente a cada Estado miembro que solucione el problema ante la poligamia.

2. La poligamia en el ordenamiento jurídico español

A nivel estatal, el ordenamiento jurídico español lleva a concluir que la poligamia es contraria al orden público, bien desde el punto de vista constitucional, porque atentaría contra el artículo 14, al conllevar a una situación de desigualdad de trato entre hombres y mujeres, así como contra el artículo 9 de la Constitución, que insta a los poderes públicos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva. Asimismo, el Código Civil español establece en su artículo 462 que no pueden contraer matrimonio los que están ligados con vínculo matrimonial, siendo en tal caso el matrimonio considerado como nulo (art. 73.2 Código Civil).

Por otra parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge en territorio español, aunque su ley personal permita esta modalidad matrimonial (art. 17).

Y, para terminar, como exponente claro a la repulsa que esta situación produce al ordenamiento jurídico español, se tipifica como delito en el Código Penal, en su artículo 217, «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste el anterior».

Así se ha manifestado la jurisprudencia española, en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 4 de febrero de 2019⁸, que recoge lo establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia, Sala Tercera, Sección 6.ª, de 19 de junio de 2008 (rec. núm. 6358/2002):

«Esta Sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en consi-

⁸ ECLI:ES:AN:2019:465.

derar que el polígamo no satisface el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" del art. 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España –algo que solo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese–, que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas».

No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Sin embargo la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que aparentemente repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC); entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia, y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquellas a estos.

Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española». (En el mismo sentido, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 20 octubre 2014, rec. núm. 826/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2014, rec. núm. 1103/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2013, rec. núm. 136/2011).

Por el contrario, el Código de Familia de Marruecos permite la poligamia⁹. En efecto, el varón en este caso (porque se admite solo la poliginia, esto es, el hombre), puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas, de acuerdo con el derecho marroquí, tal y como destacan los autores M. C. Foblets y M. Loukili (2006)¹⁰: la poligamia no ha desaparecido; el varón, en efecto, puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas en el derecho marroquí.

Entonces, tenemos las dos realidades que coexisten en un país como España, donde el flujo migratorio marroquí es muy importante en los últimos años. Tal y como hemos destacado anteriormente, el derecho español no admite la poligamia e incluso está recogida

⁹ El texto de la *Mudawwana* (<http://www.icafe.com/docs/estrangeria/documents/fmarr>).

¹⁰ También Labaca Zabala (2008).

como delito prohibido y castigado por el artículo 217 del Código Penal español. Este artículo, dentro del capítulo de matrimonios ilegales, recoge que «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior [...] y establece una la pena de prisión de seis meses a un año».

Para Moretón Toquero (2001), el tipo penal de bigamia incluiría los supuestos de bigamia y poligamia. Así, tenemos que actualmente la bigamia es una auténtica reliquia del derecho penal. Ahora bien, si se tiene en cuenta el principio de intervención mínima del derecho penal, sería conveniente analizar si por el hecho de que exista una sanción civil de nulidad, y en virtud del bien jurídico tutelado, si tiene cabida la tutela penal o bastaría con la mera tutela civil.

Así, la intervención del derecho penal ha ido descendiendo, y se ha ido avanzando en el camino de la despenalización en delitos como el adulterio. Como manifiesta el profesor Quintero Olivares (2016), que cuestiona la intervención jurídico-penal y sitúa el límite en que debería estar bajo la tutela jurídico-penal en situaciones en que se vulneren derechos subjetivos concretos. E, incluso, cabría pensar en una despenalización completa, pese a su raigambre histórica, porque los derechos de los terceros de buena fe estarían tutelados conforme a la legislación civil.

El ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contraria al artículo 14 de la Constitución de 1978. El derecho de familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la mujer¹¹.

En esta línea, la DGRN entiende que «un matrimonio poligámico [...] atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer» (RDGRN [27.^a] de 23 de enero de 2015 [matrimonio de senegalés], RDGRN [28.^a] de 23 de enero de 2015 [matrimonio de ciudadano de Gambia], RDGRN [2.^a] de 6 de febrero de 2015 [matrimonio poligámico de ciudadana de Gambia], RDGRN [33.^a] de 6 de febrero de 2015 [matrimonio poligámico en Senegal], entre otras muchas)¹².

Asimismo, el derecho español no admite la celebración de un matrimonio poligámico ante autoridades españolas, puesto que la aplicación de la ley extranjera (Ley nacional del contrayente, art. 9.1 CC), que permite en teoría la celebración de dichos matrimonios, resulta frontalmente contraria al orden público internacional español.

¹¹ SAN CA de 5 de abril de 2011 [JUR 2011\134086].

¹² Vid. RDGRN [27.^a] de 23 de enero de 2015 [BIMJ 19 de agosto de 2015]; RDGRN [33.^a] de 6 de febrero de 2015 [BIMJ 19 de agosto de 2015]; RDGRN [2.^a] de 6 de febrero de 2015 [BIMJ de 19 de agosto de 2015].

A mayor abundamiento, tampoco se admite la validez en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir en España el efecto constitutivo de estos matrimonios produce, también, resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

En España, aun a pesar de que en la actualidad existe una gran apertura en la nueva configuración de familia, tal y como lo señala H. Muir Watt (2001)¹³, ciertos modelos de familia no tienen cabida, tal y como recoge el autor Campliglio (1990, 2008, 2011 y 2012)¹⁴, dado que no se ajustan a los valores que marca la Constitución.

Esos modelos de familia no ajustados a los ejes constitucionales pueden ser perfectamente válidos y legales en otros países. Sin embargo, cuando los particulares invocan en España los efectos jurídicos de un matrimonio poligámico (= un modelo de familia «no occidental») se produce una contradicción valorativa, tal y como señala Bucher (2000)¹⁵.

Un matrimonio celebrado en el extranjero es válido en España si se ajusta a la ley que regula su celebración en cuanto a la capacidad nupcial (art. 9.1 CC: ley nacional de cada contrayente), consentimiento matrimonial (de nuevo art. 9.1 CC: ley nacional de cada contrayente) y forma del matrimonio (arts. 49 y 50 CC). Es decir, un matrimonio celebrado en otro país es válido en España si respeta los requisitos legales establecidos por las leyes a las que remiten las normas de conflicto españolas. Eso significa que, en principio, si el segundo matrimonio (poligámico) del ciudadano marroquí se ha ajustado a la ley a la que remite el artículo 9.1 y el 49-50 del CC, que es la ley marroquí, deberá ser reconocido y tenido por válido en España.

3. La poligamia y los derechos fundamentales

Con carácter general, la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁶, reconoce a los extranjeros el disfrute de los derechos y libertades recogidos en el título I de la Constitución, y determina que su ejercicio ha de realizarse «en condiciones de igualdad con los españoles» (art. 3.1).

¹³ También Calvo Caravaca (2001, pp. 11-22).

¹⁴ También D. Cohen. (1989). *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*. RCDIP, 451-483.

¹⁵ Similares consideraciones en Bucher (2004).

¹⁶ Publicado en el BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000.

Sin embargo, el mismo precepto inmediatamente puntualiza que su interpretación debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)¹⁷ y demás tratados internacionales vigentes para España en esta materia, y recoge que los extranjeros no podrán alegar «la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas» (art. 3.2).

En este escenario se puede analizar el problema que la poligamia suscita desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si partimos de que el matrimonio poligámico constituye una manifestación de los derechos a la libertad religiosa y a la vida familiar, su ejercicio debe respetar los límites impuestos por otros principios básicos, como es, en el ordenamiento jurídico español, la igualdad de los cónyuges en el ámbito matrimonial (art. 32 CE).

Así, desde un carácter general, el derecho a la igualdad sí posee la condición de derecho fundamental (art. 14 CE), y nuestros tribunales se han mostrado rotundos a la hora de aplicarlo en el ámbito matrimonial. Al respecto, hay que señalar que el TEDH, si bien admite como constitutivos de «núcleo familiar» diversos vínculos (matrimonios y parejas de hecho), deja en manos de cada Estado el reconocimiento de determinados matrimonios, como los poligámicos y los homosexuales.

El Tribunal de Estrasburgo admite como constitutivos de vida familiar diversos vínculos, tanto jurídicos como fácticos, protegiendo tanto al matrimonio como a las parejas de hecho. Sin embargo, establece que determinadas modalidades, como los matrimonios poligámicos u homosexuales, dependerán de su reconocimiento en el Estado demandado (Soto Moya, 2008). Según su razonamiento, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950¹⁸ no rechaza la poligamia, que puede entenderse incluida en el concepto de «vida familiar» (art. 8), pero el tribunal reconoce la facultad de los Estados de preservar su cultura monógama, por considerarlo un fin legítimo incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros.

En consecuencia, los Estados no están obligados a reconocer el matrimonio poligámico, pero pueden optar por incluirlo en su ámbito de protección a la familia matrimonial monógama. La regulación del matrimonio constituye una materia que entra dentro de sus com-

¹⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁸ Publicada en el BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999 la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

petencias legislativas, por lo que puede prohibir la poligamia y no están obligados por el convenio a reconocer los matrimonios poligámicos si los consideran contrarios a su orden jurídico (García Rodríguez, 2002).

4. La eventual legalización de la poligamia en España: realidad o mito

La eventual legalización de la poligamia en España podría plantearse en el marco de nuestro actual sistema matrimonial, habida cuenta de su capacidad para integrar concepciones tan divergentes como las que progresivamente ha ido incorporando (matrimonio disoluble, matrimonio homosexual). Sin embargo, existe un obstáculo insalvable para la admisión en nuestro ordenamiento del matrimonio poligámico reconocido por las legislaciones islámicas: su carácter profundamente discriminatorio.

No cabe plantear la consagración legislativa de una institución solo permitida al varón, pues ello conculcaría el principio básico de igualdad de nuestro ordenamiento en general y nuestro sistema matrimonial en particular (arts. 1, 14 y 32 CE).

Desde esta óptica, es fácilmente previsible que semejante planteamiento igualitario del matrimonio poligámico no habría de ser bien recibido por los propulsores de su legalización, toda vez que sus demandas se dirigen únicamente a la modalidad de poligamia que consagran los ordenamientos islámicos, es decir, lo que estrictamente se denomina poliginia.

A la vista de lo cual, la colisión del matrimonio poligámico con nuestro orden público matrimonial quedaría estrictamente reducida a dos principios: el tan reiterado principio de la monogamia y el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad contenido en el artículo 32.1 de la CE (Orejudo Prieto de los Mozos, 2002, pp. 2-7).

Asimismo, para justificar el rechazo del matrimonio poligámico por el ordenamiento jurídico español se alegan motivos económicos y fiscales, tales como las ayudas que podrían llegar a optar las familias poligámicas ante la insuficiencia del salario laboral del esposo poligámico, las deducciones fiscales que se podría aplicar en el ámbito del IRPF o los incrementos de gastos de educación sanidad, o incluso las pensiones de viudedad que se verían abocadas a aumentar las partidas presupuestarias del gasto público.

En consecuencia, la negativa del Registro Civil a acoger los matrimonios poligámicos persiste aun cuando se acredite que el primer vínculo matrimonial haya sido ya disuelto en el momento de solicitar la inscripción, con independencia del motivo que haya producido dicha disolución.

El rechazo registral a estos matrimonios se basa, pues, en su nulidad radical, siendo indiferente a estos efectos que el primer matrimonio, válido a los ojos del ordenamiento español, esté inscrito o no en el Registro Civil. Además de coherente con los artículos 46.2 y 73.2 CC, esta postura tiene una función preventiva, puesto que una inscripción del segundo matrimonio cerraría definitivamente la puerta a la inscripción del primero, único válido para el ordenamiento español. Se trata, en esencia, de la aplicación estricta del principio de legalidad, que impide la inscripción de un matrimonio nulo¹⁹. En ocasiones, el rechazo registral al matrimonio poligámico va aún más allá, impidiendo la inscripción del propio polígamo como español, pese a haberle sido concedida la nacionalidad²⁰.

Respecto a la jurisprudencia registral, parece haber cierta contradicción en la utilización del concepto de orden público. Así, a veces parece proteger el elemento esencial de «la dignidad constitucional de la mujer», impidiendo la inscripción registral de la poligamia. Sin embargo, a pesar de poder ser el matrimonio islámico igualmente atentatorio contra el derecho fundamental consagrado en el artículo 10 de la CE, sí puede acceder al Registro Civil, sin que en este caso lo impida la dignidad constitucional de la mujer, que también a menudo se ve conculcada por esta modalidad matrimonial.

Así, otra contradicción de la práctica registral española en materia de poligamia es que tiende a aceptar el repudio como forma válida de disolución del primer matrimonio con vistas a la inscripción del segundo; y a la inversa, rechaza dicha inscripción cuando no se haya acreditado el repudio efectivo de la primera esposa²¹.

En esta tesitura se encuentra en España el Tribunal Supremo ante la figura de la poligamia y su examen práctico. Nuestro alto tribunal está bailando entre dos aguas, en el sentido de si aplica o no en su integridad en España la ley marroquí que admite el matrimonio poligámico, que pudiera producir un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española. Por otro lado, si descarta completamente la aplicación del derecho marroquí designado por la norma de conflicto, y aplica, en su lugar, el derecho sustantivo español, conduce a resultados negativos. Pues bien, como ambas soluciones son negativas, el legislador español ha escogido «la solución menos perversa» (*the lesser of two evils; ex malis eligere minima*). Es el orden público internacional atenuado. El orden público solo interviene en la medida necesaria para garantizar los valores esenciales de la convivencia en sociedad, conforme a los principios y derechos

¹⁹ RDGRN de 27 de octubre de 2006 (JUR 2008\54773).

²⁰ RDGRN de 14 de septiembre de 1994 (RJ 1994\8876), que confirma la negativa del juez del Registro Civil Central a practicar la inscripción de nacimiento de un marroquí que adquirió la nacionalidad española teniendo dos esposas marroquíes.

²¹ RDGRN de 27 de abril de 1999 (RJ 1999\10147).

fundamentales previsto en el título I de la Constitución. En este sentido se ha reconocido por el más alto tribunal pensiones de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de un trabajador polígamo que residía en forma legal en nuestro país. Incluso, es de destacar que, existe un criterio definido 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. Esto es, no se acepta el efecto nuclear del matrimonio poligámico, pero sí los efectos atenuados o periféricos que no atentaría directamente contra el orden público internacional.

5. Consideraciones finales

En el caso de los matrimonios poligámicos que han sido celebrados legalmente conforme a las leyes de su país y se solicita su reconocimiento ante el Estado español, el hecho de que por este se alegara, en aras de la salvaguarda del orden público internacional, que no se reconoce ningún efecto a este tipo de matrimonios, se podría genera una situación injusta.

Por ello, si se acepta la aplicación plena de la excepción de orden público internacional, lleva a la inaplicación de la ley determinada por las normas de conflicto españolas, provocando de esta manera situaciones injustas, concretamente cuando dicha institución sea válida a efectos del ordenamiento jurídico extranjero.

A pesar de ello, como ya lo hemos señalado, los tribunales españoles han ido más allá, por ejemplo, en casos de reconocimiento de pensión de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de un trabajador polígamo, por lo 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, con base en la ley personal de sus integrantes.

Dentro de los efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos, hay que distinguir entre los efectos nucleares, que son claramente contrarios al orden público español, y los efectos denominados como periféricos, cuya práctica no vulnera los principios jurídicos amparados por el orden público internacional español.

El reconocimiento de estos derechos se hace a través del «orden público internacional atenuado». Este sería necesario para permitir que ciertos efectos jurídicos derivados del matrimonio poligámico se hagan valer en España. En el sentido indicado, existen ciertos efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos que no serían contrarios al ordenamiento jurídico del Estado español, entre otros, los ya mencionados: a) la reagrupación familiar del segundo o posteriores cónyuges, b) los derechos sucesorios de la segunda o ulterior esposa, c) el derecho de alimentos y pensión compensatoria posdivorcio

para el segundo y sucesivos cónyuges, d) la filiación de los hijos comunes, e) el régimen económico del matrimonio poligámico y f) el derecho a la pensión de viudedad por las distintas esposas.

Asimismo, ante una institución jurídica extranjera controvertida como pudiera ser el repudio o la poligamia, los correspondientes órganos jurisdiccionales habrán de enjuiciar, para decidir si va a ser o no operativa la cláusula de orden público internacional.

Y si el señalado reconocimiento lleva implícito una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental (como es el caso del derecho a la dignidad de la persona), habrá de denegarse el reconocimiento solicitado (o, al menos, procederse a un reconocimiento parcial, denegando el reconocimiento de la pretensión jurídica concreta que produce dicha vulneración), sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales. De este modo, se garantiza no solo el respeto de los derechos humanos fundamentales, sino, además, un cierto grado de seguridad jurídica.

Por todo ello, entiendo que la cohesión de la multiculturalidad solo podrá fundarse en un esfuerzo permanente contra las más diversas formas de exclusión social y en el reconocimiento del pluralismo de los individuos que caracteriza a nuestras sociedades, aceptando no solo su derecho a construir sus identidades en el ámbito privado, sino también en el espacio. No querer ver lo mencionado puede acabar generando políticas de homogeneización forzada que provoquen formas de radicalización de los grupos a los que se deniega el reconocimiento de su identidad particular (Belloso Martín y Julios Campuzano, 2008).

Convivir es aceptar, respetar y valorar en positivo la diferencia, sí, pero exige también un recíproco esfuerzo de adecuación a la sociedad en la que vives y que te acoge. La identidad de las naciones es más fuerte cuanto más apueste por ser abierta, integradora y respetuosa con sus diferencias interiores, porque una nación cívica debe basar su fuerza en una concepción inclusiva de la identidad, como sociedad de ciudadanos, que valora su pluralismo interno y su complejidad social (Aldecoa Luzarraga, 2000, p. 216).

Y ello supone aceptar que ciertas prácticas como la poligamia, el repudio, la ablación, las formas de discriminación de la mujer o la imposición de matrimonios no son admisibles sencillamente desde una óptica de protección de los derechos fundamentales. Y cuando hablamos de derechos humanos no existe una «occidentalización» de los mismos ni una supuesta supremacía de los valores de nuestra civilización: los derechos humanos han de ser los mismos en Kabul o en Berlín, en Damasco que en Roma.

No se trata, por tanto, de defender lo nuestro como algo mejor o superior que lo foráneo. La barrera, la frontera a la aplicación de esas prácticas debe situarse en la exigencia

del respeto a la dignidad de la persona, y debemos excluir toda forma de discriminación amparada en supuestas inercias históricas, y, por supuesto, con independencia de la nacionalidad.

Referencias bibliográficas

- Aldecoa Luzarraga, F. (2000). *El sistema político internacional ante la globalización. Luces y sombras de la globalización*. Universidad Pontificia de Comillas.
- Belloso Martín, N. y Julios Campuzano, A. de. (2008). *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho? Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Dykinson.
- Bucher, A. (2000). La famille en droit international privé. *RCADI*, 283, pp. 19-186.
- Bucher, A. (2004). *Le couple en droit international privé*. Helbing & Lichtenhahn,
- Calvo Caravaca, I. (2001). *Mundialización y familia*.
- Campiglio, C. (1990). Matrimonio poligámico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo. *RDIPP*, 853-908.
- Campiglio, C. (2011). Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato. *RDI*, 1.029-1.064.
- Campiglio, C. (2008). Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana. *RDIPP*, 43-76.
- Campiglio, C. (2012). Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar. *CDT*, 5-21.
- Cervilla Garzón, M. D. (2019). Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11(1).
- Cohen, D. (1989). La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français. *RCDIP*, 451-483.
- Foblets, M. C. y Loukili, M. (2006). Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe? *RCDIP*, 3, 521-555.
- García Rodríguez, I. (2002). La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia). En A. Rodríguez Benot (Dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al islam* (pp. 143-220). Cuadernos de Derecho Judicial, VIII. Consejo del Poder Judicial.
- Ghassan Ascha, M. (1997). *Polygamie et repudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporain*.
- Labaca Zabala, M. I. (2008). El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español. *Noticias Jurídicas*.
- Lema Tomé, M. (2003). Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones Internacionales*, 2(2), 149-170.
- Monéger, F. (1990). La polygamie en questions. En j. c. p., *Doctrine*, 3460, La semaine juridique, Ed. G., 37.
- Moretón Toquero, A. (2001). *Matrimonios ilegales*. Bosch.



Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2002). *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*. Aranzadi.

Quintero Olivares, G. (2016). *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. (10.^a ed.). Aranzadi.

Soto Moya, M. (2008). Mujer inmigrante marroquí: reagrupación familiar. En *La situa-*

ción jurídico-familiar de la mujer marroquí en España (pp. 131-154). Instituto Andaluz de la Mujer.

Watt, H. M. (2001). Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé).