



## Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España

Margarita Lema Tomé  
*Universidad Complutense de Madrid*

### RESUMEN

En este artículo se analiza el derecho a contraer nupcias en situaciones de inmigración, mostrando las diferencias ideológicas que pueden ocurrir en los Estados de origen y destino en la forma de concebir el matrimonio. El artículo se centra en la experiencia de los inmigrantes islámicos en España. Un tema especialmente difícil es el matrimonio poligámico, institución arraigada en los países islámicos que ha planteado varios problemas, especialmente desde la perspectiva jurídica. La solución a la que se ha llegado en España procede de la vía jurisprudencial y tiene como punto de referencia dos casos: el de Diop, un inmigrante senegalés que fallece dejando dos viudas, y el de un trabajador marroquí, que había estado casado con dos mujeres a la vez durante un periodo, quien muere tras haberse divorciado de una de ellas.

*Palabras clave:* 1. migración internacional, 2. poligamia, 3. Islam, 4. Marruecos, 5. España.

### ABSTRACT

This article analyzes the right to marry in the context of immigration. It demonstrates the ideological differences that may exist within sending and receiving countries in conceptualization of the marital institution. The article focuses on the experience of Islamic migrants in Spain. A particularly difficult issue to resolve is polygamy, an institution common in Islamic countries, which has posed a variety of problems, especially from a legal point of view. The solution arrived at in Spain comes from the legal process, and it takes as its point of reference two court cases: the Diop case, in which a Senegalese immigrant died, leaving two widows; and a case in which a Moroccan worker, who had been married simultaneously to two women, died after having divorced one of them.

*Keywords:* 1. international migration, 2. polygamy, 3. Islam, 4. Morocco, 5. Spain.

*Introducción: la inmigración en la España actual*

Desde hace unas décadas, España ha pasado de ser una sociedad emisora a una sociedad receptora de migrantes. A pesar del claro incremento de la inmigración, que se ha multiplicado por cinco en los últimos años (de 353 367 en 1991 al millón y medio en 2001), España se encuentra en un estadio inicial en comparación con otros países europeos, que cuentan con más experiencia como sociedades de acogida y con mayor número de población inmigrante. Según el *Anuario Estadístico de Extranjería* del Ministerio del Interior, el porcentaje de extranjeros residentes (legales) en España era de 2.7 en diciembre de 2001; en la actualidad, se calcula que es de 4 –según datos de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM)–, porcentaje todavía muy alejado del 18 por ciento de los Países Bajos, del 9 por ciento de Alemania o del 8.8 por ciento de Bélgica (Eurostat, 2000). En el amplio espectro de nacionalidades que llegan a territorio español, y más concretamente a la Comunidad de Madrid, son de destacar tres colectivos: el ecuatoriano, el colombiano y el marroquí. El número de nacionales de Ecuador es el más numeroso, con un total de 108 545 personas (33.5% de los inmigrantes empadronados en Madrid). Los colombianos ocupan el segundo puesto, con 43 182 personas empadronadas (13%). El colectivo marroquí se encuentra en tercer lugar (6.21%). Hay que destacar que los marroquíes constituyeron el colectivo más numeroso durante la década de los noventa, y a pesar del aumento en cifras absolutas (de 7 639 empadronados en el 2000 a 20 099 en julio de 2002), no ha mantenido el ritmo de crecimiento, lo que explica su actual posición.

Sin embargo, el colectivo marroquí presenta, para nuestro estudio, una especial relevancia: en primer lugar, por su peso específico, al ser uno de los grupos más numerosos, con presencia desde hace años en España; en segundo término, por su idiosincrasia específica, al ser portadores de una cultura, la islámica, que a pesar de su presencia histórica todavía permanece en gran parte desconocida en España y entre cuyos valores encontramos algunos que pueden entrar en colisión con ciertos derechos fundamentales.

Según datos del *Anuario de Extranjería* del Ministerio del Interior, a nivel estatal en 2002 el grupo mayoritario de inmigrantes extracomunitarios era el procedente de Marruecos, con 282 432 residentes. Existía también una presencia importante en España de otros inmigrantes procedentes de África, y más concretamente de países africanos que profesan el Islam. En este sentido, podemos citar al colectivo argelino, con 20 081 residentes, y al senegalés, con 14 765 personas afincadas en España.

En este breve estudio pretendemos realizar una primera aproximación a los problemas que pueden surgir en el derecho de familia como consecuen-

cia de la recepción en sociedades occidentales de inmigrantes de países islámicos, y más concretamente a la cuestión del matrimonio poligámico.<sup>1</sup>

*El ius connubi en la inmigración:  
matrimonio islámico y sistema español*

El *ius connubi* (derecho a contraer matrimonio) es un derecho fundamental de la persona, y así se encuentra contemplado en diferentes textos internacionales (art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, arts. 12 y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y art. 19 de la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981).

El artículo 32 de la Constitución española, en el capítulo segundo, sección segunda, reconoce el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer “con plena igualdad jurídica”, y en su apartado segundo establece que “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Mantenemos, con Salomé Adroher Biosca, que el *ius connubi*, cuando se pretende ejercer en situación de migrante, puede y de hecho se topa con diferentes obstáculos. Éstos son fundamentalmente dos (Adroher Biosca, 1996):

1. Las diferencias ideológicas en la concepción del matrimonio entre los Estados de origen y las sociedades receptoras, que se plasman en dos pretensiones contradictorias:

- Imposición jurídica de una opción ideológica en torno al matrimonio, determinada por parte del país de acogida, de aplicación general a todos los casos con independencia de la nacionalidad de los sujetos. Tal sería el caso de Francia, en la que, al amparo del principio de laicidad, es obligado que los que contraen matrimonio lo hagan en la forma civil, y no reconoce ninguna eficacia a formas matrimoniales religiosas previstas en ordenamientos jurídicos extranjeros.
- Pretensión del país de origen de que sus opciones ideológicas en materia matrimonial acompañen a sus nacionales donde quiera que

<sup>1</sup> En la interpretación del derecho islámico hay que tener en cuenta las cuatro escuelas jurídicas principales del Islam sunní, que es el que profesan 80 por ciento de los musulmanes: la hanafita, la malikita, la safíita y la hanbalita. La escuela malikita es la predominante en el Magreb y en el sur de Egipto.



se encuentren, bajo pena de nulidad. Éste sería el caso de países islámicos que sólo otorgan eficacia a los matrimonios de sus nacionales en el extranjero si se contraen bajo la forma islámica.

2. La influencia de las normas de extranjería y nacionalidad sobre el *ius connubi*, que pueden poner en cuestión el propio derecho a casarse debido a la sospecha de matrimonios de conveniencia, adopciones fraudulentas, etcétera (Martinell, 2002).

El sistema español se ha inclinado por regir el estatuto personal y familiar de los extranjeros (matrimonio, divorcio, capacidad, etcétera) según la ley nacional de la(s) persona(s) de la(s) que se trata (siguiendo las normas de conflicto de los artículos 9 y 107 del Código Civil). El artículo 9, en su apartado segundo, establece que los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges; o en su defecto, por la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de ellos elegida por ambos; o en caso de falta de elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración. Si faltara dicha residencia, la ley sería la del lugar de celebración del matrimonio. Para el caso de separación y divorcio, el artículo 107 mantenía que la ley que se debía aplicar era la nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, o en su defecto, la ley de la residencia habitual del matrimonio, y si la residencia habitual estuviera en diferentes Estados, era competente la ley española. Sin embargo, tras la reciente e importante modificación del artículo 107, por la ley orgánica 11/2003 del 29 de septiembre de 2003 – *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 234, 30 de septiembre de 2003–, se prevé ahora la aplicación de la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, de manera preferente a la ley que fuera de aplicación si ésta no reconociera la separación o divorcio o si lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público. Con esta reforma se abre un cauce de ayuda a las mujeres islámicas que soliciten la separación o el divorcio o que hayan sido repudiadas. El artículo 107 queda redactado de la siguiente manera:

1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento, y en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: *A)* Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. *B)* Si en la demanda presentada ante

tribunal español la separación o divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. C) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

A su vez, en relación con la forma de contraer matrimonio, el sistema español reconoce dos opciones: la civil y la religiosa, si se encuentra legalmente prevista –en la actualidad las formas religiosas son la canónica y, tras los acuerdos de 1992, también la evangélica, la islámica y la judía– (BOE, núm. 272, 12 de noviembre de 1992).<sup>2</sup>

El fenómeno inmigratorio ha planteado, sin embargo, diversas cuestiones en estos ámbitos: por un lado, diferentes sectores han cuestionado de la doctrina la oportunidad de seguir aplicando la ley nacional a las relaciones familiares de los extranjeros residentes en España, habida cuenta de la “disparidad cultural” y de la “sedentarización progresiva de la inmigración” (Quiñones Escámez, 2002:313).

Por otra parte, a pesar de la apertura que ha supuesto el reconocimiento de las formas religiosas para contraer matrimonio, pueden presentarse dos obstáculos en este punto al derecho a contraer matrimonio de los inmigrantes: uno se deriva del acceso al registro de enlaces religiosos islámicos y el otro, fruto de la prevención de matrimonios de conveniencia, tiene su fundamento último en “la política restrictiva de fronteras en materia de inmigración que nos viene impuesta desde la Unión Europea” (Adroher, 1996).

A continuación vamos a analizar, de manera somera, los problemas que plantean los enlaces religiosos islámicos en cuanto a su registro, para después continuar con la problemática más concreta de los matrimonios poligámicos (Adroher, 1996).

#### *Acceso al Registro Civil español de matrimonios contraídos en forma islámica en el extranjero*

En numerosas ocasiones el encargado del Registro Civil consular ha negado la inscripción de estos matrimonios amparándose en la ausencia de datos exactos del acta matrimonial marroquí referentes a nombre y apellidos, edad y naturaleza de los contrayentes, así como hora, fecha y lugar en que se celebran y calidad del autorizante (art. 258 del reglamento del Registro Civil). Sin embargo, este proceder ha sido rebatido por la propia Dirección

<sup>2</sup> Hay que tener en cuenta que el artículo 59 del Código Civil deja abierta la posibilidad del establecimiento de acuerdos unilaterales por parte del Estado para otorgar efectos civiles a la forma de consentimiento matrimonial prevista por confesiones religiosas inscritas: “El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”.



General de los Registros y del Notariado (DGRN), alegando que es preciso realizar una interpretación flexible y generosa mientras queden claras tanto la realidad del hecho como la identidad de los cónyuges. La posición de la DGRN es coincidente con la doctrina internacionalista, puesto que la prueba del matrimonio celebrado ante una autoridad extranjera ha de estar sometida a la ley rectora de su celebración, lo que conlleva la admisión de los medios de prueba en cuanto a la forma de celebración previstos por el ordenamiento extranjero.

Asimismo, una característica del derecho musulmán es la ausencia total de formalismo en la conclusión del matrimonio, lo que deriva en la inexistencia de acta matrimonial, por lo que se utiliza como medio de prueba un acta notarial en la que testigos que conocen al matrimonio afirman su condición de tal. Este hecho viene a confirmar que la prueba del matrimonio, también para efectos de registro, debe regirse por la ley aplicable a la forma de su celebración (Adroher, 1996).

*Acceso al Registro Civil de matrimonios civiles de marroquíes ante autoridades españolas*

Se han planteado algunos casos en España en los que el encargado del Registro Civil ha puesto trabas para que se celebre un matrimonio civil que desea contraer una pareja islámica. Estas trabas pueden derivarse de tres situaciones: debido a que la pareja ya se había casado bajo el rito coránico, por la sospecha de que se trate de un matrimonio poligámico o bien porque se haya considerado que el encargado español no tenía competencia.

*—Dificultades derivadas de un matrimonio anterior*

Cuando era promovido un expediente previo a la celebración del matrimonio, si del informe policial practicado se deducía que los interesados ya habían contraído matrimonio entre sí según la ley islámica, el juez encargado solía denegar la celebración del matrimonio civil. Muchos de estos casos eran matrimonios mixtos (español/a-marroquí) que optaban por contraer matrimonio bajo la forma civil española debido a la dificultad de que se reconocieran efectos civiles al matrimonio coránico previo.

En estos supuestos la DGRN ha apostado por una política flexible, considerando, o bien no probado el anterior matrimonio, pues se afirma que es una “simple sospecha (...) que no puede ser suficiente para coartar por sí solo un derecho fundamental de la persona como es el *ius nubendi*”,<sup>3</sup> o bien matizando que, en caso de que los interesados hubiesen contraído matrimonio

<sup>3</sup> Resoluciones de la DGRN del 9 de junio de 1990 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia –BIMJ–*, núm. 1579, p. 65) y del 28 de junio de 1990 (BIMJ, núm. 1590, p. 1105).

en Marruecos conforme al derecho islámico, la consecuencia sería que ese matrimonio habría producido efectos civiles desde su celebración y que su inscripción debía promoverse incluso de oficio.<sup>4</sup>

— *Dificultades por la sospecha de poligamia*

En otras ocasiones la denegación de la posibilidad de contraer matrimonio ha sido consecuencia de que el marido estaba casado con otra mujer, a pesar de que había una resolución de divorcio. El juez español, al no estimar suficientemente probado este divorcio, sospechó que el objetivo era contraer un matrimonio poligámico.<sup>5</sup>

— *Dificultades por la falta de competencia del funcionario*

En otros casos se ha denegado la celebración del matrimonio porque el encargado del Registro Civil ha alegado carencia de domicilio. Según la DGRN, este requisito se considera probado por un certificado de empadronamiento actual (resoluciones del 8, 21 y 28 de junio de 1990, del 3 de septiembre de 1990, y del 14 y 15 de diciembre de 1990) o por una certificación municipal en que conste el domicilio (resolución del 20 de agosto de 1991).

*Matrimonio poligámico*

Nos encontramos ante una de las instituciones más paradigmáticas y en la actualidad más controvertidas del derecho de familia islámico. La poligamia es el régimen familiar que permite al varón tener una pluralidad de esposas, y se encuentra tradicionalmente admitido en todos los países islámicos,<sup>6</sup> con contadas excepciones.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Resolución de la DGRN del 9 de junio de 1990 (BIMJ, núm. 1580, p. 86). Otras que reproducen sus consideraciones: resoluciones del 3 de septiembre de 1990 (BIMJ, núm. 1587, p. 77), del 14 de diciembre de 1990 (BIMJ, núm. 1592, p. 57), del 15 de diciembre de 1990 (BIMJ, núm. 1592, p. 59), del 22 de marzo de 1991 (BIMJ, núm. 1601, p. 95), 1ª y 2ª del 6 de junio de 1996 (BIJM, núms. 1780-1781, pp. 77 y 79) y del 14 de junio de 1996 (BIMJ, núms. 1782-1783, p. 90).

<sup>5</sup> Resoluciones del 11 de mayo de 1994 (BIMJ, núm. 1713, p. 225) y del 8 de marzo de 1995 (BIMJ, núm. 1741, p. 143).

<sup>6</sup> El mapa político-religioso del Islam vendría constituido por los siguientes países: península arábiga (Arabia Saudí, Yemen del Norte y del Sur y Estados del Golfo), Emiratos Árabes Unidos, países árabes del norte (Egipto, Siria, Líbano, Palestina, Jordania e Irak), Turquía y los Balcanes (Turquía, Albania, ex Yugoslavia y Bulgaria), Irán, Magreb norteafricano (Marruecos, Argelia, Libia, Mauritania y Túnez), África central (Sudán, Mali, Chad, Níger, Senegal, Gambia y Guinea), Oriente musulmán (Pakistán, Cachemira, Afganistán, Bangladesh, Malasia, Indonesia y Brunei). Véase Díaz, 2002:83-90.

<sup>7</sup> Tal es el caso de Túnez, cuyo Código del Estatuto Personal de 1957 (modificado en diferentes ocasiones, la última en 1993) se caracteriza por su talante conciliador y realiza una relectura de la Sharia basándose en las teorías aperturistas y evolucionistas de Tahar El Maddad. Entre sus numerosas innovaciones, se destaca precisamente la abolición de la poligamia, que pasa a ser condenada con pena y multa (art. 18 del Código del Estatuto Personal). Véase Motilla y Lorenzo, 2002:79-94 (en especial 88-89).



Tiene su fundamento en el propio texto del Corán, en la Sura 4:3: “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 esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal”.

Según Combalía (2001),<sup>8</sup> la aceptación tradicional de la poligamia ha encontrado su apoyatura en la primera parte de este versículo –“casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro”–. La segunda parte –“pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola”–, sin embargo, ha sido utilizada por autores liberales para mantener una prescripción implícita de la monogamia, al mantener que no es posible que un hombre trate con imparcialidad a todas sus esposas. Al subordinarse, entonces, la poligamia a una condición imposible, se estaría estableciendo la monogamia. Además, se mantiene que este precepto del Corán deberá ser completado con lo prescrito en el capítulo 4, versículo 128: “No podéis ser justos con vuestras mujeres aún si lo deseáis”, y parece ser que éste fue el argumento que utilizaron para reformar la legislación tunecina de prohibición de la poligamia.

Sin embargo, los apologistas de la poligamia mantienen diversos argumentos para su justificación. Así, Linant de Bellefonds (citado por Combalía, 2001:38) menciona los siguientes: que una sola esposa no puede cumplir con sus deberes conyugales (debido a la menstruación y al embarazo, por ejemplo); que puesto que el periodo de fecundidad de una mujer es más corto que el del hombre, con la monogamia se le estaría privando a éste de su capacidad de procrear, e incluso se alegan razones de tipo humanitario, ya que la poligamia favorece que el hombre no repudie a la mujer anciana, enferma, estéril, etcétera. Estos autores han llegado a mantener que los no musulmanes también practican la poligamia, con la diferencia de que se trata de una poligamia ilegal y no generadora de obligaciones, aunque sí de hijos naturales, los cuales no pueden ser reconocidos en el Islam.

Entre estos apologistas figura Maulana W. Khan (1995:115-124, citado por Combalía, 2001), quien sostiene que, al ser el número de mujeres en la sociedad superior al de los hombres, de eliminarse el principio de la poligamia,

Cientos de miles de mujeres no encontrarían marido por ellas mismas, y de este modo no tendrían un puesto honorable en la sociedad. La monogamia como un principio absoluto puede parecer grato a algunos, pero los acontecimientos muestran que no es totalmente practicable en el mundo actual. La elección, por tanto, no es entre monogamia y poligamia, sino más bien entre la poligamia legítima del Islam y la poligamia ilícita de los pueblos no musulmanes. Este último sistema deja que las

<sup>8</sup> Para un estudio más detallado del derecho islámico y de sus instituciones, véanse Milliot y Blanc, 1987; Nasir, 1990; Connors y Mallat (eds.), 1990.



mujeres sobrantes lleven vidas de anarquía sexual y destrucción social. El primero, sin embargo, les permite optar por su propia voluntad a un matrimonio con alguien que pueda dar trato justo a más de una mujer (Khan, 1995:124).

Estamos, pues, ante una institución que, a pesar de contar con defensores y detractores, se perfila como válida en los códigos de Estatuto Personal de los países islámicos, dentro de los límites en relación con el número de esposas, que no pueden ser más de cuatro, tal y como estableció el Profeta (en la época preislámica se podía superar ese límite), y con el trato equitativo entre todas ellas.

En los últimos años, la tendencia en muchos de los países islámicos es establecer determinadas restricciones a la poligamia. Estas restricciones pueden consistir en (Combalá, 2001:39-40):

1. Exigencia de una autorización judicial o administrativa para poder contraer matrimonio polígamo, autorización que depende del cumplimiento de los requisitos de la Sharia de garantía de trato equitativo. Ejemplo de este caso es la reforma realizada en la Mudawana (Código de Estatuto Personal marroquí) en 1993, al prescribir en su artículo 30.5 que, “en cualquier caso, si existen motivos para temer una injusticia en el trato de las diversas mujeres de un hombre, el juez no autorizará el matrimonio polígamo”.<sup>9</sup>
2. Exigencia de causa que justifique la poligamia para la concesión de la licencia. En tal caso están Bangladesh y Pakistán, donde se exige la autorización de un comité para poder contraer matrimonio polígamo. El comité nombra un consejo arbitral, compuesto por el presidente del comité, un representante del marido y uno de la mujer o de las mujeres involucradas. Si el comité entiende que el matrimonio propuesto es justo y necesario, otorga el permiso. Para valorar si es justo tiene en cuenta, entre otras razones, la esterilidad de la mujer, su enfermedad o inaptitud física para las relaciones conyugales y la demencia. Similares circunstancias se contemplan en la legislación indonesia y somalí, tras unas reformas de 1975, cuando se establece que el tribunal sólo autorizará un segundo matrimonio del hombre en los siguientes casos: imposibilidad del cumplimiento de los deberes conyugales de la mujer, por invalidez, enfermedad terminal o esterilidad; permiso de la mujer o mujeres precedentes, y prueba de capacidad del hombre para el sostenimiento de sus mujeres e hijos y para tratarlos con equidad.

<sup>9</sup> En declaraciones recientes (*El País*, 12 de octubre de 2003), el rey de Marruecos, Mohamed VI, ha anunciado unas profundas reformas que servirán para equiparar prácticamente en derechos al hombre y a la mujer, y que situarían a Marruecos en la línea de las legislaciones progresistas de Túnez y Líbano.



3. Posibilidad de inclusión de una cláusula de monogamia en el contrato matrimonial. Esta posibilidad de inclusión depende de si la escuela islámica la admite o no. Así, los hanbalitas la admiten mientras no esté expresamente prohibida o sea contraria al matrimonio. En caso de incumplimiento, la mujer tendrá derecho a pedir el divorcio. Para las otras escuelas esta cláusula es nula, aunque gran parte de los Estados islámicos se acoge a la doctrina hanbalí y la permite. También se permiten los pactos entre particulares para determinar cuestiones que no están ordenadas ni tampoco prohibidas en la Sharia, donde entraría la poligamia.

*Problemas derivados del matrimonio poligámico  
en las sociedades occidentales de inmigración*

Como hemos apuntado, los países europeos se han convertido en sociedades receptoras de inmigrantes. En este sentido, la inmigración islámica es de gran importancia, y la procedente de Marruecos ocupa el tercer lugar en la comunidad de Madrid y el primero en España.

Esta novedosa situación conlleva la recepción de una cultura, la islámica, que se diferencia en algunos puntos por completo de los valores y principios inspiradores de los ordenamientos europeos.

En concreto, la concepción teocrática del Islam tiene como consecuencia la imposibilidad de separar las leyes divinas (la Sharia) de las civiles, puesto que las primeras condicionan a las segundas y éstas, a su vez, reflejan la Sharia y no pueden contradecirla. Esta concepción tiene su opuesto en el principio de laicidad que conforma en mayor o menor medida a los Estados europeos y que se basa en una separación radical entre Iglesia y creencias religiosas y Estado.

De estos principios rectores de los ordenamientos islámicos y europeos se derivan la concepción y la interpretación de los derechos sociales, civiles y políticos de los ciudadanos: para la Europa laica, los derechos tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana como tal, lo que lleva aparejadas la igualdad de todos los seres humanos y la no discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948).

Para los países islámicos, los derechos humanos tienen su origen y fundamento en Dios (*Allah*) y es en virtud de esta procedencia divina que no pueden ser violados y han de ser obligatorios para todos los gobiernos musulmanes (preámbulo de la Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos de 1981).

A pesar de que el número y contenido de los derechos fundamentales recogidos en ambas declaraciones son similares –e incluso en el preámbulo de la declaración islámica se reconoce, en su apartado g), punto I, la obligación de establecer un orden islámico donde todos los seres humanos han de ser iguales y ninguno portará privilegio o discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, origen o idioma–, la plasmación legislativa concreta difiere en materias tan relevantes como las derivadas de la igualdad entre hombres y mujeres.

La desigualdad entre hombre y mujer es, en palabras de María Pilar Diago (2001), “una constante en el derecho familiar islámico”, y la discriminación es patente tanto en la aptitud para contraer matrimonio como en la forma de éste. Así, existe para la mujer un impedimento de tipo religioso para que la mujer musulmana contraiga matrimonio con un no musulmán.<sup>10</sup> Además, para que el consentimiento de la mujer sea válido, ha de prestarse mediante un tutor (*wali*), que se asemeja a la figura del mandatario. El varón, sin embargo, presta el consentimiento directamente.

En la forma de matrimonio poligámica es, quizá, donde se produce de manera más gráfica la desigualdad entre los cónyuges, desde la perspectiva de los valores que conforman los derechos fundamentales en Europa. En España, la interdicción de la poligamia es consecuencia de un impedimento de capacidad para prestar el consentimiento (Rodríguez Benot, 2002:27-28), que prohíbe contraer matrimonio a la persona que ya se encuentre ligada por un anterior vínculo matrimonial (art. 46 del Código Civil). En caso de celebrarse, dicho matrimonio es nulo (art. 73, 2º, del Código Civil). No podemos obviar, asimismo, el artículo 14 de la Constitución española, que establece la igualdad ante la ley, “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Para el derecho islámico, sin embargo, la cuestión no se debate como un problema de igualdad entre los cónyuges, sino como una consecuencia de la posición que ostenta cada uno en el matrimonio y de las distintas funciones que asumen: el varón, al ser cabeza de familia y estar obligado a cubrir el sostenimiento económico y la protección de la mujer y de los hijos, cuenta con una serie de prerrogativas (Combalá, 2001:55-56). El rol de la mujer se circunscribe, fundamentalmente, al de esposa y madre, tareas que la limitan de forma mayoritaria al cuidado del ámbito familiar y que la “equiparan” (que no “igualan”) con el varón al

<sup>10</sup> Queda plasmado a nivel legislativo en los artículos 29.5 del Mudawana y 31 del Código de Estatuto Personal argelino. Túnez, en la línea conciliadora que lo caracteriza, ha abolido el impedimento por razón de culto, aunque una sentencia del Tribunal de Casación Civil, del 31 de enero de 1996, supone un paso atrás, al calificar de “pecado imperdonable” el matrimonio de una musulmana con un no musulmán.



recibir otras contraprestaciones propias, como es el caso de su total libertad para disponer y administrar sus bienes sin ningún tipo de control por parte del marido y la obligación de éste (*nafaka*) de correr con todos los gastos de manutención de su esposa.

Desde esta perspectiva, que es la diferencia de función y de importancia en la participación, es como se justifica la larga lista de tratamientos desiguales que resultan en detrimento de la mujer. Algunos ya los hemos visto, como el impedimento de culto, ciertos impedimentos matrimoniales (que sólo afectan a la mujer, como el de lactancia, la *idda*<sup>11</sup> o el repudio triple)<sup>12</sup> y la exigencia de un *wali* en la prestación del consentimiento matrimonial. Otros impedimentos están relacionados con la disolución del matrimonio, como el repudio (inicialmente prerrogativa única del varón, que le permite de forma unilateral y discrecional poner fin al matrimonio, y ante el cual ni el juez ni la esposa pueden oponerse)<sup>13</sup> y la necesidad de la prueba por parte de la mujer de alguna de las causas de divorcio tipificadas por la Sharia en caso de que ella sea quien lo solicite.

En cuanto al derecho sucesorio, también hallamos diferencias de tratamiento francamente importantes: el marido hereda de su mujer fallecida el doble de lo que ella heredaría de su marido en caso de fallecer éste (arts. 248 del Mudawana, 155 del Estatuto Personal argelino y 119 del Estatuto Personal de Túnez); las hijas, si son herederas agnáticas junto con hermanos, heredan la mitad que éstos (art. 103 del Estatuto Personal de Túnez), y en general, la mujer hereda la mitad que el hombre en su mismo grado de parentesco. A su vez, la filiación sólo se transmite por línea masculina, no teniendo ningún derecho sucesorio los hijos ilegítimos que no sean reconocidos por el padre, puesto que la filiación ilegítima no da lugar a vínculo de parentesco ni, por tanto, a ninguna expectativa sobre la herencia del padre (arts. 83.2 y 228 del Mudawana). Es más, el juez no puede declarar la filiación ni admitir pruebas de paternidad, ni a instancia del hijo ni por petición de su representante. Únicamente podrá confirmar el reconocimiento que haga el padre.<sup>14</sup>

La tutela (que en derecho islámico abarca las facultades de la patria potestad) es del padre, aunque existe una incipiente apertura a que pase

<sup>11</sup> Periodo de continencia legal que se impone a la mujer, una vez disuelto su matrimonio, y que varía según la mujer se encuentre embarazada, repudiada o sea viuda.

<sup>12</sup> Un análisis de todas las instituciones matrimoniales en el derecho islámico sobrepasa nuestro trabajo de estudio de los problemas del matrimonio poligámico. Para una información más pormenorizada, véase Quiñones Escámez, 2000.

<sup>13</sup> Nuevamente, la legislación tunecina da ejemplo de su talante más innovador, al permitir una especie de repudio judicial, sin necesidad de motivo alguno, para ambos cónyuges. Es una excepción frente a los demás ordenamientos islámicos (art. 31 del Código del Estatuto Personal tunecino).

<sup>14</sup> Algunos códigos ofrecen la posibilidad de que el hijo ilegítimo pueda heredar de la madre o de los parientes de ella (art. 83.2.2º del Mudawana y arts. 70 y 152 del Estatuto Personal de Túnez).

a la madre en caso de fallecimiento del padre. En su defecto, es asignada a un tutor (*wasi*), que puede ser una mujer, mientras sea una persona de religión musulmana y con capacidad de administrar patrimonios. La madre, si es cristiana o judía, no puede, por consiguiente, ser nombrada tutora, y sólo conservará la *hadana* (la guarda y custodia).

Uno de los problemas que surgen tras la visión panorámica efectuada del desigual tratamiento entre hombres y mujeres en el derecho islámico es conciliar la división de roles y funciones de antaño con la realidad y las demandas de participación de las mujeres en las sociedades actuales.

El movimiento feminista no es particular de la Europa occidental y de los Estados Unidos. En la década de los ochenta había surgido un proceso de emancipación en Argelia que llevaría a la aparición de movimientos de corte feminista, aspirantes a una igualdad legal de hombres y mujeres. Según Yacine (2000), el grupo más feminista, tal y como se entiende el concepto en Occidente, es una agrupación de mujeres de categoría social alta, francófonas y letradas. Sin embargo, también hay otro tipo de feminismo, de corte más islamista, que corresponde a las mujeres pertenecientes al movimiento Hamas de Mahfud Nahnah y de Ennahdha de Abdallah Djaballah. Se caracterizan por ser mujeres de clase media, con cargos docentes y en el área de la salud y con participación activa en asociaciones caritativas, y que intentan una conciliación entre el marco de la ley islámica y una modernidad que les permita trabajar y defender sus derechos inspirándose en los valores del Islam. Consecuencia de esta actitud es su aceptación del estatuto personal, el velo y la segregación hombres-mujeres, mientras abogan por dar a las mujeres la conciencia de su dignidad y de sus derechos frente al abuso de las prerrogativas masculinas. En definitiva, este movimiento defiende una vuelta a las raíces del Islam, pero no acepta que la mujer sea oprimida en su nombre.<sup>15</sup>

La adopción del Código de Estatuto Personal de Argelia en 1984 supuso una “visión regresiva del mundo”, y para algunas de las feministas argelinas “el acto fundamental de un poder progresista consistiría, de hecho, en abolir la Sharia, en revocar dicho código” (Yacine, 2000:60-61). La propuesta que realizan aboga por la implantación de un estado laico que separese lo religioso de lo político y que diera lugar a una reforma legal y al cumplimiento de los tratados internacionales ratificados (Yacine, 2000:62).

De manera muy similar se pronuncia Sophie Ferchiou en relación con la existencia de movimientos feministas en Túnez. Puede sorprender el hecho de que este país, cuyas reformas a favor de la mujer y en la lucha por conciliar al Islam con la modernidad son las más avanzadas, mantenga la presen-

<sup>15</sup> Opinión que comparte Combalía al reseñar que ya “históricamente el Islam supuso un adelanto en cuanto a la posición de la mujer en la sociedad del momento. No introdujo ni la poligamia ni el repudio (que ya existían en las sociedades preislámicas), sino que los restringió e intentó que el varón no hiciese un uso abusivo de ellos” (2001:55).



cia de la mujer en la vida política y sindical como algo simbólico y contenga en su seno el paradójicamente denominado “feminismo de Estado masculino”. Según Ferchiou, este feminismo se caracteriza por estar abanderado por hombres (concretamente, por el reformista Tahar al Haddad) y tener como objetivo la formación de la mujer, pero no para lograr su participación en la sociedad, sino para hacerla más eficaz y reforzar la estructura patriarcal de la familia (Ferchiou, 2000:66-68).

El movimiento feminista de corte occidental contestatario surgió a partir de los años ochenta, con la creación de una comisión de estudios e investigaciones sobre la condición de la mujer obrera, que fue seguida de la aparición de numerosas organizaciones reivindicativas –Mujeres Demócratas, Asociación de Mujeres Africanas a Favor de la Investigación y el Desarrollo (AFTURD), Centro de Investigación, Documentación e Información sobre la Mujer (CREDIF) y Cámara Nacional de Mujeres Jefas de Empresa (CNFCE)–. El problema es que estas asociaciones siguen siendo de acceso privilegiado para un pequeño número de mujeres que cuentan con la instrucción y la posición social adecuada, mientras que la mayor parte de la población femenina tunecina no está ni se encuentra involucrada en esta militancia (Ferchiou, 2000:80).<sup>16</sup>

Tampoco Marruecos se escapa de esta tendencia contradictoria, que pone de relieve cómo la realidad de la necesidad de la participación social y política de la mujer choca con el intento de aferrarse a la tradición desfasada de muchos sectores. Malika Benradi, profesora de la Facultad de Derecho de Agdal-Rabat, mantiene la inequívoca mejora de la situación económica de la mujer en Marruecos tras la independencia de este país y la evidente contradicción entre el proceso de escolarización y acceso de las mujeres al mercado laboral y la resistencia social con respecto al trabajo de la mujer fuera de casa. Esta contradicción es aún más palmaria por la inadecuación de su situación jurídica en relación con el derecho de familia y su estatuto más igualitario en otros textos positivos (Benradi, 2000:113).

Como acabamos de ver, el problema no se deriva en concreto de la religión islámica, sino de la imposibilidad de conciliación de una realidad social que configura o lucha por configurar a las mujeres como partícipes de la vida social, política y económica con una tradición ortodoxa caracterizada por su inmovilismo y su inadaptación a los cambios históricos.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> En páginas posteriores la autora analiza cómo el integrismo femenino, también existente en Túnez, es una forma de oposición de algunas mujeres, a pesar de su carácter abiertamente antifeminista.

<sup>17</sup> Las mujeres inmigrantes son otro claro exponente de la realidad de su participación efectiva o de su deseo de participación. La inmigración en España es “femenina”, pues los varones ocupan un lugar marginal como inmigrantes y las mujeres asumen el sostenimiento económico de la familia. Para un estudio en profundidad de este tema, véase García-Mina y Carrasco, 2002.

*Matrimonio poligámico en España:  
posturas doctrinales y jurisprudenciales*

Como consecuencia de la inmigración marroquí y de la presencia de otros colectivos procedentes de naciones islámicas, España ha de hacer frente a la problemática que ciertas cuestiones de familia están provocando en relación con la población islámica. A continuación abordaremos el tema de la poligamia y adelantaremos algunas de las respuestas que en la doctrina y la jurisprudencia han empezado a darse.

La poligamia parece haberse planteado a nivel doctrinal como debate sobre su inclusión o no en el contenido de la libertad religiosa (Rodríguez García, 2001:746-760), puesto que queda claro que el ordenamiento español recoge el principio monogámico del matrimonio (arts. 32.1 de la Constitución, 46.2.2 del Código Civil y 217 del Código Penal) y que la bigamia es tipificada como delito contra el estado civil o contra la familia, ya que en este último caso se atenta contra el orden público (Rodríguez García, 2001:747-748).

Para encontrar una definición de lo que debe entenderse por *orden público*, hemos de remitirnos al artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), el cual mantiene que:

El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en una sociedad democrática.

A nuestro entender, la poligamia se encontraría atentando contra la parte del orden público constituida por el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, y en un segundo nivel, contra el componente de la moralidad pública.

En consonancia con la postura de Llamazares (2002:294-296), a la hora de delimitar si la poligamia podría encuadrarse en el derecho de la libertad religiosa, mantenemos que, conforme a la limitación establecida, a su vez, en el artículo 16.1 de la Constitución española, la libertad para creer es absoluta, mientras que la libertad para practicar las propias creencias religiosas admite límites, y la poligamia, al atentar contra el orden público, no formaría parte del contenido del derecho a la libertad religiosa con proyección externa.

Esta postura ha sido refrendada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que ha mantenido que la libertad religiosa no se vulnera por el hecho de que el Estado no reconozca efectos jurídicos a un matrimonio religioso, sino que señala, con motivo de una demanda contra





la República Federal Alemana, que “el matrimonio no es considerado simplemente como una forma de expresión del pensamiento, conciencia o religión, sino que se rige por las específicas disposiciones del artículo 12 (del Convenio)”. Este artículo reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia “según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho” (Rodríguez García, 2001:751; Martínez Torrón, 1986:436-438).

Más recientemente, en nuestro país se ha resuelto un supuesto de gran controversia acerca de un matrimonio poligámico y del reconocimiento de la pensión de viudedad. Se trata de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del 2 de abril de 2002 (AS 899/2002), que resuelve un recurso de suplicación que impugna la sentencia del 13 de julio de 1998 (AS 1493/2001) del Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña (De Val Tena, 2003:47-58 y 2002:68-70).

El caso versa sobre un senegalés, Mor Diop, vendedor ambulante que gozaba de un permiso de trabajo de ámbito nacional y vigente desde 1992. Se encontraba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA).

El señor Diop había contraído dos matrimonios de acuerdo con la legislación de su país, que permite la poligamia: con Awa Dieng en 1974 y con Anima Sow en 1981, ambas también de Senegal. Del primer matrimonio nacieron tres hijos y del segundo, uno.

El señor Diop falleció en un accidente de tráfico en 1995. Las dos esposas solicitaron las pensiones de viudedad y orfandad respectivas, pensiones que denegó el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) alegando que el causante no se encontraba dentro del ámbito de aplicación del sistema de seguridad social. Tras una reclamación previa, las viudas interpusieron una demanda contra el INSS ante el Juzgado de lo Social, que dictó sentencia el 13 de julio de 1998 declarando el derecho de las viudas y de sus hijos a la pensión de viudedad y orfandad solicitadas, y especificando que, “con respecto a la viudedad, la pensión ha de dividirse por mitad entre ambas esposas y el conjunto de prestaciones no podrá superar la base reguladora del causante”.

Frente a esta sentencia, las viudas presentaron recurso de suplicación solicitando su revocación y que se reconociera a cada una de ellas sendas pensiones de viudedad íntegras. El INSS también recurrió solicitando la revocación de la sentencia y la desestimación total de la demanda, alegando la indebida inclusión en el campo de aplicación de la seguridad social del causante.

Los dos recursos fueron desestimados, confirmando la sentencia recurrida y estableciendo los siguientes aspectos de relevancia para nuestro tema:



- Si ha existido vínculo matrimonial, se conforma como beneficiario el cónyuge sobreviviente. En este caso, figura como hecho probado que el señor Diop había contraído matrimonio conforme a su legislación nacional con dos compatriotas, y además estos vínculos estaban en vigor hasta el momento de su fallecimiento. La consecuencia es la existencia de una pluralidad de beneficiarias de la pensión de viudedad.
- Se establece una problemática por resolver: en primer término, el otorgamiento o no de validez al matrimonio poligámico celebrado en España y, en caso afirmativo, el alcance del mismo para establecer la pensión de viudedad a dos personas.
- El tribunal opta por hacer un reconocimiento parcial de efectos jurídicos del matrimonio poligámico, para poder así reconocer las prestaciones de la seguridad social. Este reconocimiento parcial se hace como consecuencia de una interpretación “flexible” y matizada del orden público al que hemos estado aludiendo.
- Para establecer la cuantía de la pensión de viudedad, el Juzgado de lo Social estimó que una vez aplicado el porcentaje correspondiente vigente en la fecha del fallecimiento a la base reguladora del señor Diop, la cifra obtenida había de ser dividida a partes iguales entre ambas esposas.
- Las viudas en el recurso de suplicación, insatisfechas con el fallo, pretendieron que se reconociera a cada una la pensión de viudedad íntegra. El tribunal rechazó la pretensión alegando que la legalidad que los matrimonios del señor Diop tienen en Senegal, su país de origen, no conlleva el reconocimiento de dos pensiones de viudedad distintas para cada una de las viudas en España. La seguridad social española reconoce una pensión de viudedad para el cónyuge supérstite, y en este caso, mediante la aplicación de la cláusula del orden público atenuado, se procede a dividir esta única pensión en dos partes.

Estamos ante uno de los casos pioneros en nuestro país derivados de la formación de sociedades multiculturales en Europa. La solución que otorga el Tribunal Superior de Justicia de Galicia merece una reflexión y es motivo de congratulación ante lo que parece ser una adecuación del sistema jurídico a la realidad imperante. Fundamentalmente, por tres razones: la primera, derivada del sentido común, de no dejar en situación de desprotección a la parte más débil (o partes más débiles en este caso), las dos viudas. En segundo término, debido a la aplicación del límite del orden público de forma flexible y atenuada, al ser valorada la situación y las posibles consecuencias adversas de una aplicación rígida.



En tercer lugar, porque la decisión del tribunal no supone un respaldo a la situación de la poligamia, sino a la protección de las situaciones de indefensión a la que ésta puede dar lugar una vez constituidas en las sociedades receptoras.

No es éste el único caso jurisprudencial donde se ha alcanzado una solución semejante. El segundo caso es una sentencia (núm. 456/2002) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 29 de julio de 2002, y tiene como protagonista a un marroquí. Este ciudadano falleció cuando estaba casado con su primera mujer, aunque durante un tiempo estuvo casado en segundas nupcias con otra, de la que se había divorciado. La controversia aparece cuando el INSS decide distribuir la pensión de viudedad al 50 por ciento entre las dos mujeres. La primera esposa demanda y logra una sentencia de instancia donde se revoca la resolución del INSS y se le reconoce como única beneficiaria, al ser la única viuda en el momento del fallecimiento del ciudadano marroquí. Frente a esta sentencia, recurre en suplicación la segunda esposa, y el INSS la apoya, alegando la infracción, entre otros, de los artículos 22 y 23 del Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, firmado el 6 de noviembre de 1979 y publicado en el BOE el 13 de octubre de 1982. El citado artículo 23 establece que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. El tribunal entendió que la expresión “conforme a la legislación marroquí” hace referencia a la posible situación de poligamia del causante, con el fin de dar cobertura a las distintas mujeres que estuvieran simultáneamente casadas con él, en una institución, la poligamia, que, siendo legal en Marruecos, en España sólo se contempla en el Código Penal (art. 217).

El tribunal también mantuvo que la remisión a la legislación marroquí no puede sustituir el modo de distribución que considera la Ley de la Seguridad Social española en su artículo 174.2 (para los supuestos de separación y divorcio de quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en función exclusiva del tiempo que alcanzó su convivencia matrimonial con el causante).

De ahí que la decisión del tribunal en este caso fue repartir la pensión entre quienes eran beneficiarias conforme a la legislación marroquí mientras estaban casadas (es decir, las dos esposas), pero graduando la cuantía en función del periodo de convivencia matrimonial, lo que dio lugar a que, tras los cálculos efectuados, la primera mujer obtuviera 85.25 por ciento de la pensión y la segunda los restantes 14.75 por ciento.

Podemos observar que en este caso, como en el anterior, el objetivo no fue legitimar la poligamia sino evitar la total desprotección de una de los cónyuges, para lo cual se tuvo en cuenta la existencia de la situación polígama, pero sólo en función de sus efectos.

Este caso, al contrario que el anterior, viene amparado por la existencia de un Convenio sobre Seguridad Social con Marruecos, el cual contempla la posibilidad de tener en cuenta la poligamia debido a la remisión que realiza a la legislación marroquí. Un convenio similar no existe con Senegal, de ahí que el caso Diop tenga la importancia de sentar una primera base para el reconocimiento de los efectos de ciertas situaciones polígamas cuando una o varias de las partes pueden quedar en completa indefensión.

Finalmente, queremos reseñar la ausencia de una normativa pertinente y que creemos necesaria en cuestiones de familia derivadas de la situación de multiculturalidad, que va a ser característica principal en nuestra sociedad y en el resto de las sociedades europeas. La necesidad de una normativa llama a otra necesidad que ha de ser satisfecha con carácter anterior: estudios, planteamientos y propuestas de soluciones equitativas que tengan en cuenta y puedan armonizar la protección y desarrollo del derecho de libertad de conciencia con el aseguramiento de unos derechos fundamentales comunes a toda persona, y en especial a los colectivos más desfavorecidos, como son las mujeres y los niños.

Entendemos por conciencia

la capacidad o facultad para percibir (o la percepción misma) la propia esencia como persona y como radical libertad, para sentirse uno mismo (vivencia de la propia identidad); para percibirse como distinto de 'lo otro' y de 'los otros', como sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones (lo que hace y lo que le pasa o acontece), dando así unidad a la propia historia (Llamazares, 2002:17).

En definitiva, hablar de conciencia es hablar del núcleo más profundo e íntimo de la persona, donde se forja su identidad vital y del cual van a derivarse una serie de pautas de conducta y vivencias destinadas al desarrollo y a la realización de esa autoidentidad.

La capital importancia de la conciencia y la necesidad de su protección y límites hacen de la libertad de conciencia "el derecho fundamental de toda persona a tener unas u otras creencias, ideas u opiniones, religiosas o no, a expresarlas o guardar silencio sobre ellas y a adecuar a las primeras (convicciones) su conducta externa..." (Llamazares, 2002:25).

En la Constitución española este derecho viene regulado en el artículo 16.1 junto con la libertad de pensamiento, pues el Tribunal Constitucional los ha entendido como dos vertientes de un mismo derecho: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público regulado por la ley".

El fenómeno migratorio presenta una coyuntura especial para que la conciencia, en su acepción de percepción de la identidad personal, se vea afectada (Llamazares, 2003:615) y se busquen cauces de armoniza-

ción de los derechos fundamentales irrenunciables por los ordenamientos de acogida y el derecho de libertad de conciencia de los miembros de minorías de inmigrantes. Esta labor es tanto más compleja cuanto más dispares sean las señas de identidad personal (lengua, religión, historia, procedencia geográfica, etcétera) del inmigrante en relación con los ciudadanos autóctonos (*idem*).

En el caso de los inmigrantes islámicos, como hemos visto, esta tarea es difícil y puede conllevar la adopción de medidas *ad hoc*, y en ocasiones la realización de verdaderos “malabarismos” jurídicos (como en la primera sentencia estudiada, en la cual el tribunal opta por un reconocimiento parcial, no de la poligamia, sino de algunos de sus efectos, y por la aplicación de la cláusula de orden público atenuado).

Poligamia y libertad de conciencia constituyen una pareja de difícil reconciliación si son confrontadas con la igualdad y la dignidad reconocidas y positivizadas en los ordenamientos occidentales, y concretamente en el español; sin embargo, si nuestro ordenamiento protege a la conciencia y sus manifestaciones, ha de hacer uso de ella para salvaguardar los derechos de la parte más débil, en este caso, de dos mujeres, y evitar caer en la desprotección de una de ellas (la que no tuviera su matrimonio reconocido en España).

Reiteramos nuestra opinión favorable a las decisiones de los tribunales, y finalizamos insistiendo en que los retos que tenemos por delante requieren soluciones concretas y armónicas con las que los derechos de las mujeres inmigrantes islámicas queden protegidos.

### Bibliografía

- Adroher Biosca, Salomé, “El derecho a contraer matrimonio en la emigración”, en *Migraciones*, núm. 0, UPCO, 1996, pp. 107-109.
- Benradi, Malika, “El derecho de familia en Marruecos y su repercusión en el estatuto jurídico de las mujeres”, en M<sup>a</sup>-Ángels Roque (ed.), *Mujer y migración en el Mediterráneo occidental*, Barcelona, Icaria Antrazyt, 2000, p. 113.
- Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (BIMJ), núms. 1579, 1580, 1587, 1590, 1592, 1601, 1713, 1741, 1780-1781, 1782-1783.
- Boletín Oficial del Estado*, núm. 272, 12 de noviembre de 1992.
- Combalá, Zoila, “Mujer y matrimonio en el derecho islámico”, en *Conciencia y Libertad*, núm. 13, 2001, pp. 38-39.
- Connors, Jane, y Chibli Mallat (eds.), *Islamic Family Law*, Londres, Graham and Trotman, 1990.
- De Val Tena, Ángel Luis, “Matrimonio poligámico y pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Galicia, 2 de abril de 2002”, en *AequAlitas*, núms. 10-11, 2002, pp. 68-70.

- De Val Tena, Ángel Luis, "Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la 'extensión' del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia, 2 de abril de 2002", en *Actualidad Laboral*, núm. 3, semana del 13 al 19 de enero de 2003, pp. 47-58.
- Diago, M<sup>a</sup> Pilar, "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado", en *AequAlitas*, 2001.  
*El País*, 12 de octubre de 2003.
- Díaz, Carlos, *El islamismo*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier (Colección Sinergia, 2002).
- Ferchiou, Sophie, "Túnez, entre el feminismo de Estado y la resistencia femenina", en M<sup>a</sup> Ángels Roque (ed.), *Mujer y migración en el Mediterráneo occidental*, Barcelona, Icaria Antrazyt, 2000, pp. 66-68.
- García-Mina, Ana, y M<sup>a</sup> José Carrasco (eds.), *Cuestiones de género en el fenómeno de las migraciones*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2002.
- Khan, Maulana Wahiduddin, *Woman in Islamic Sharia*, Nueva Delhi, Goodword Books, 1995.
- Linant de Bellefonds, Yvon, *Traité de droit musulman comparé*, París, 1965.
- Llamazares Fernández, Dionisio, "Derecho de la libertad de conciencia", *Civitas*, vol. I, Madrid, 2002.
- , "Derecho de la libertad de conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad", *Civitas*, vol. II, Madrid, 2003.
- Martinell, José M<sup>a</sup>, "Derecho a contraer matrimonio, inmigración y fraude de ley", en *Laicidad y Libertades*, núm. 2, 2002, pp. 277-311.
- Martínez Torrón, Javier, "El derecho de la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *ADEE*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 436-438.
- Milliot, Louis, y Françoise Paul Blanc, *Introduction a l'étude du Droit Musulman*, París, Sirey, 1987.
- Motilla, Agustín y Paloma Lorenzo, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al derecho español*, Madrid, Colex, 2002.
- Nasir, Jamal J., *The Islamic Law of Personal Status*, Londres, Graham and Trotman, 1990.
- Quiñones Escámez, Anna, *Inmigrantes de países islámicos: ¿Qué derecho de familia? Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España*, Granada, 2002.
- , *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.
- Rodríguez Benot, Andrés, "Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el Ordenamiento español", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 27-28.



Rodríguez García, José Antonio, “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, en M<sup>a</sup> Adoración Castro Jover (ed.), *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, pp. 746-760.

Yacine, Tassadit, “Mujeres y política en Argelia: ¿sujetos u objetos?”, en M<sup>a</sup>-Ángels Roque (ed.), *Mujer y migración en el Mediterráneo occidental*, Barcelona, Icaria Antrazyt, 2000, pp. 55-65.

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2003  
Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2003

