

JURISDICCIÓN ESPAÑOLA Y POLIGAMIA ISLÁMICA: ¿UN MATRIMONIO FORZOSO?

SPANISH JURISDICTION AND ISLAMIC POLYGAMY: A FORCED MARRIAGE?

Pilar Juárez Pérez*

Sumario: I. EL MATRIMONIO POLIGÁMICO: REALIDAD Y RETO ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. II. JURISDICCIÓN CIVIL Y POLIGAMIA. III. JURISDICCIÓN PENAL Y POLIGAMIA. IV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y POLIGAMIA. V. JURISDICCIÓN SOCIAL Y POLIGAMIA. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente trabajo analiza el tratamiento que el matrimonio poligámico viene recibiendo en los distintos órdenes de la jurisdicción española. Entre ellos se aprecian notables divergencias: desde su tipificación como delito en el ámbito penal hasta el otorgamiento de importantes efectos legales en el orden social. Esta situación, creciente en nuestra jurisprudencia durante los últimos años, ha puesto de relieve que la falta de regulación legal de la poligamia puede convertirse en una carencia relevante si genera inseguridad jurídica. Nuestros jueces se ven obligados a responder a demandas que el legislador español no ha previsto ni regulado, siendo los primeros perjudicados por un vacío legislativo que suscita importantes reparos desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

ABSTRACT: This paper analyzes the treatment that polygamous marriage receives in the various orders of the Spanish jurisdiction. Remarkable differences can be appreciated between different orders: from its typification as a criminal offence in the criminal order to the granting of significant legal rights in the social order. This disparity has highlighted, over recent years, that the lack of legal regulation of polygamy may be a very relevant matter if it causes legal uncertainty. Our judges are forced to respond to claims that the Spanish legislator has not foreseen or regulated for, being the first affected by a legislative gap that raises important objections from the point of view of legal certainty.

PALABRAS CLAVE: poligamia, sharia, orden público internacional, nacionalidad española, delito de bigamia, reagrupación familiar, asilo, pensión de viudedad.

KEYWORDS: polygamy, sharia, international public policy, Spanish nationality, crime of bigamy, family reunification, asylum, survivor's pension.

Fecha de recepción del original: 2 de mayo de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de junio de 2012

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid.

“Uno con una y para siempre”
(Balmes Y Urpià)

“Si teméis no ser equitativos con los huérfanos,
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”.
(Sagrado Corán, surat 4, ayat 3)

I. EL MATRIMONIO POLIGÁMICO: REALIDAD Y RETO ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Si por sociedad multicultural entendemos aquella en la que conviven diferentes modelos de vida, procedentes de distintos países y culturas y regidos por ordenamientos jurídicos diversos¹, no cabe duda de que España constituye hoy un reflejo de dicha configuración social. Si consideramos también que la función social del Derecho es regular la convivencia de los integrantes del grupo², tampoco es discutible el reto que para el sistema jurídico español ha llegado a suponer la multiculturalidad que hoy impregna nuestra sociedad. En las últimas décadas, tanto el legislador como las autoridades judiciales y administrativas se ven enfrentados al desafío de armonizar jurídicamente una convivencia no basada en la mera diferencia, sino a menudo en la divergencia y la oposición.

El presente trabajo trata de delimitar la magnitud de este reto jurídico en relación con el matrimonio poligámico, una institución presente en numerosos ordenamientos extranjeros de raíz islámica³, sobre cuyas consecuencias legales y su propia existencia han debido pronunciarse ya, en no pocas ocasiones, los tribunales españoles. Éstos se enfrentan a una institución jurídica que no sólo resulta ajena a nuestro ordenamiento, sino al que además resulta difícilmente aceptable, por su contradicción con algunos principios fundamentales del sistema jurídico español. Etimológicamente, poligamia significa pluralidad de cónyuges, una definición que ya desde el inicio colisiona con la exclusividad que al vínculo matrimonial otorga el ordenamiento español mediante el impedimento de ligamen consagrado en el artículo 46.2 del Código civil (Cc). Dentro de esta categoría general se distinguen dos modalidades de poligamia: la poliginia y la poliandria, si la pluralidad es de maridos o de esposas. Sin embargo, la expresión ‘poligamia’, tanto en sentido jurídico como en una acepción común, designa

¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia y de Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, p. 109.

² GARCÍA GARRIDO, M. y FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Iniciación al Derecho*, Universitas, Madrid, 2004, pp. 140.

³ Sobre la extensión de esta figura jurídica y sus consecuencias en el territorio español, *vid.* COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, P. y GONZÁLEZ VARAS, A. (coords.), *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011; DIAGO DIAGO, P., “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado”, nº 6, *Revista Aequalitas*, junio 2001, pp. 6-13; y QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas”, en *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 191-194.

habitualmente la unión simultánea de un varón con varias esposas, por ser la única modalidad permitida por la legislación islámica⁴.

Sin llegar a ser lo que el Derecho internacional privado define como una ‘institución jurídica desconocida’ en sentido estricto, el matrimonio poligámico resulta una figura ciertamente ajena al ordenamiento español. Pero esta ajenidad no deriva del hecho de que se trate de una institución cuya función el Derecho español desconoce, sino de la enorme divergencia que sus principios inspiradores presentan respecto a los que el ordenamiento español considera básicos o fundamentales en el ámbito matrimonial. Más que de ajenidad podríamos incluso hablar de rechazo, cuyo máximo exponente -por supuesto, fuera del ámbito penal- puede apreciarse en la STS de 26 de febrero de 2010: “*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero*”⁵.

Pero tan contundentes palabras no deben llevarnos a simplificar la cuestión, pues la poligamia no es algo que nuestros tribunales españoles rechacen sistemática y radicalmente, sin concederle ningún tipo de validez ni efectos. Antes al contrario, veremos cuán divergentes son las respuestas que los jueces de los diferentes órdenes jurisdiccionales vienen dando a las demandas jurídicas que plantea el matrimonio poligámico. Dichas demandas han ido configurando entre la jurisdicción española y la poligamia islámica una suerte de matrimonio forzoso, no buscado ni deseado por los ‘contrayentes’, que principalmente en la última década se han visto abocados a una convivencia no siempre pacífica. Esa difícil relación constituye el objeto del presente estudio, que analiza el tan distinto tratamiento jurídico que la poligamia recibe por parte de nuestros tribunales en función del orden donde sea enjuiciada.

Como último apunte introductorio, cabe adelantar una posible objeción al planteamiento que llevamos hecho: la escasa litigiosidad que el matrimonio poligámico presenta en la jurisdicción española. Sin embargo, ésta es una impresión más aparente que real, pues nuestra jurisprudencia más reciente evidencia que los casos resueltos hasta la fecha por nuestros tribunales no son tan aislados ni tan anecdóticos como pudiera parecer. La poligamia es una situación que existe en la sociedad española y cuyas demandas jurídicas empiezan a salir a la luz. La relación entre el matrimonio poligámico y la jurisdicción española es ya una realidad: los tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales se ven a diario abocados a dar una respuesta a las demandas planteadas por los matrimonios poligámicos. En esta tarea, los jueces españoles se ven obligados a elaborar respuestas jurídicas en su mayor parte huérfanas de una regulación específica, apreciándose notables divergencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales, e incluso dentro de ellos, entre los diferentes tribunales que resuelven los asuntos planteados. Tales respuestas abarcan prácticamente todas las posturas jurídicas que frente a la poligamia quepa imaginar: desde su tipificación y correlativa sanción, hasta el

⁴ LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, enero 2005.

⁵ RJ 2010\1571. En el mismo sentido, SSTS de 14 julio 2009 (RJ 2009\7068) y 19 junio 2008 (RJ 2008\6478).

reconocimiento de efectos jurídicos y consiguientemente de prestaciones sociales. Dos extremos entre los que cabe también una notable variedad de posturas intermedias pero igualmente divergentes a la hora de aplicar la cláusula de orden público que las sustenta, pues mientras unos tribunales lo hacen con todo su rigor, otros la dotan de un efecto atenuado.

1. La poligamia como institución jurídica en los ordenamientos islámicos.

El fundamento jurídico del matrimonio poligámico residen en el Corán, cuya sura 4:3 la consagra con el límite de cuatro esposas, en unos términos que no permiten deducir que lo haga de forma incondicional. Así, la segunda parte de la aleya (“*si teméis no obrar con justicia entonces con una sola*”) ha sido interpretada como una prohibición implícita de la poligamia, porque se considera imposible que el marido pueda por igual a sus esposas tanto afectiva como económicamente⁶. Pese a esta reserva, se trata de una figura profundamente arraigada en la tradición islámica, cuya práctica se remonta a la época preislámica y que responde fielmente a una estructura patriarcal⁷. Obvio resulta que el Derecho islámico restringe el matrimonio poligámico a la modalidad que estrictamente se llama poliginia, estando la poliandria (pluralidad de maridos) absolutamente prohibida en el Islam⁸.

En la actualidad, no son pocos los ordenamientos que admiten, con mayores o menores restricciones, el matrimonio poligámico. A ello hay que añadir un dato significativo: la importante presencia en España de inmigrantes procedentes de países que profesan el Islam⁹. La consecuencia jurídica de conjugar ambos factores constituye justamente nuestro objeto de estudio: la litigiosidad que en nuestros tribunales provocan las demandas procedentes de nacionales de países africanos residentes en España que practican la poligamia.

No obstante, hay que señalar que la poligamia es hoy una institución que experimenta cierta recesión, tanto por la prohibición de que ha sido objeto en algunos Estados como por las limitaciones que a su ejercicio imponen aquellos que continúan tolerándola. El ejemplo más emblemático del primer grupo de países es Túnez, que con una legislación pionera en el mundo árabe-musulmán en lo tocante a la emancipación de la mujer prohibió la poligamia en 1956, con la promulgación del Código de Estatuto Personal¹⁰.

⁶ HODGKINSON, K., *Muslim Family Law*, Londres, 1984, p. 95; RIOSALIDO GAMBOTTI, I., *Compendio de Derecho islámico*, Madrid, 1993, p. 111; PEARL, A., *Textbook on Muslim Law*, Londres, 1979, p. 77.

⁷ PÉREZ BELTRÁN, C., *Estatuto jurídico de la mujer argelina: matrimonio y divorcio*, Universidad de Granada, 1991, p. 39; en el mismo sentido, ESTÉVEZ BRASA, T.M., *Derecho civil musulmán. Precedido de una introducción al advenimiento del Islam*, Buenos Aires, 1981, p. 397.

⁸ GIMÉNEZ BARBAT, T., “La legalización de la poligamia”, *Claves de Razón Práctica*, nº 187, noviembre 2008, p. 2.

⁹ LEMA TOMÉ, M. “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, *Migraciones Internacionales*, Vol. 2, Núm. 2, julio-diciembre 2003, p. 150.

¹⁰ Aprobado el 13 de agosto de 1956, Código suprimió instituciones discriminatorias para la mujer como la poligamia y el repudio, basándose para ello en el principio de *jyihad*, que propugna una reinterpretación progresista de los textos sagrados (LOBO, I., “La igualdad formal y la igualdad efectiva

En el segundo grupo de países destaca Marruecos, donde la última reforma del Código de Familia Marroquí (*Mudawana*) establece importantes restricciones a la posibilidad de desposar más de una mujer¹¹. Entre ellas, la obligación de respetar escrupulosamente la igualdad de trato entre las esposas, el deber de información hacia la esposa actual y la futura, y la autorización judicial para contraer matrimonio poligámico¹². En esta misma línea limitativa se enmarca Argelia, donde se exige un motivo legal para autorizar la poligamia, como la esterilidad o enfermedad grave de la esposa¹³.

Sin perjuicio de lo cual, en la actualidad la poligamia continúa siendo una figura ampliamente tolerada por un considerable número de Estados y practicada por no pocos de sus nacionales. Además de los cincuenta países que reconocen plenamente la poligamia en sus ordenamientos, otros Estados la admiten en su derecho consuetudinario o simplemente la toleran sin restricciones, siendo además elevado el número de familias polígamas que residen en Europa¹⁴. Los retos jurídicos que esta institución despierta son de sobra conocidos por nuestros tribunales, que pese a los tímidos avances hacia el reconocimiento de ciertos efectos a la poligamia, han denunciado reiteradamente la situación de notable inferioridad de la mujer frente a las prerrogativas del varón en los términos que veremos. Esta situación ha dotado de una inusitada relevancia a la excepción de orden público consagrada en nuestro Código civil (art. 12.3), que a menudo se ha erigido como el arma con que repeler la incursión de tales discriminaciones en nuestro ordenamiento.

en Túnez”, *Ponencia presentada en el Encuentro Internacional “Estrategias para los Derechos de las Mujeres en El Mediterráneo”*, El Prat de Llobregat, 16-19 noviembre 2006). Otro ejemplo de esta tendencia abolicionista lo encontramos en el sur de Nigeria, donde tanto los matrimonios forzados como la poligamia, están formalmente prohibidos, si bien la regla general continua siendo la poligamia, que constituye casi la mitad de las uniones matrimoniales (*Women’s Reproductive Right in Nigeria: A shadow Report, junio 1998, Center for Reproductive Law and Policy, New York, 1998, p. 11*).

¹¹ *Mudawwanat al ahwal-achchakhsya*, de 10 de septiembre de 1993, cuerpo legal de 297 artículos, dividido en seis libros, promulgados por sendos Daires, Su propio preámbulo admite que al manifestar que “no podéis tratar a todas vuestras mujeres con igualdad, aunque pongáis empeño en ello (...) el Altísimo descarta la hipótesis de una equidad perfecta (...), lo que hace la poligamia prácticamente imposible legalmente” (*La Mudawana. El Código de Familia en Marruecos*, Junta de Andalucía, Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España, Madrid, 2008, p. 14).

¹² La autorización judicial constituye una condición del validez del matrimonio (art. 41.4º) y será denegada si el juez estima que su celebración puede provocar un tratamiento injusto entre las esposas (art. 31.4º). P. DIAGO DIAGO subraya la relevancia de este requisito, señalando que las reformas en el ordenamiento marroquí han otorgado a la poligamia un “carácter cualificado y excepcional, sometida a control judicial (“La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. LVI, (2) 2004, pp. 1078-1083; en el mismo sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 3, 2004, pp. 877-900).

¹³ DE NO VÁZQUEZ, F., “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral*, nº 16, septiembre 2004, p. 1902.

¹⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Matrimonio y parejas de hecho”, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª ed., Comares, Granada, 2011-2012, p. 96, donde el autor ofrece una detallada configuración del mapa político-religioso del Islam. Al respecto, *vid.* también N. BOUZA I VIDAL, “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado”, *La Notaria*, 2007-1, pp. 11-13.

2. La poligamia como ‘institución desconocida’ en los ordenamientos occidentales.

El matrimonio poligámico no constituye para nuestro ordenamiento una ‘institución verdaderamente desconocida’, si por tal entendemos aquella que despliega en el Derecho extranjero funciones que ninguna institución jurídica española contempla o persigue¹⁵. Obviamente, no ocurre así con el matrimonio poligámico, pues sus enormes divergencias con el matrimonio español no empañan la similitud de ambas figuras en cuanto a su fundamento y finalidad¹⁶. Sin perjuicio de ello, la poligamia constituye una institución mayoritariamente rechazada por los ordenamientos europeos -aunque con fisuras-, y prácticamente desconocida para el legislador español, pues los dispersos preceptos que le dedica resultan tan testimoniales como insuficientes. A esta realidad se enfrentan a diario nuestros tribunales, principales ‘damnificados’ por esta laguna jurídica -que no legal- de nuestro ordenamiento, que se ven obligados a resolver una gran variedad de cuestiones jurídicas aparejadas al matrimonio poligámico para los que el legislador no ha previsto una respuesta específica.

En efecto, la regulación legal española del matrimonio poligámico puede calificarse de testimonial, ya que los supuestos en que han sido abordados por nuestro legislador son tan escasos como puntuales¹⁷. Conforman una regulación dispersa que resulta claramente insuficiente para responder de forma adecuada a las crecientes demandas que la poligamia viene presentando ante nuestros tribunales. Como antecedente genérico de tales preceptos cabe citar la normativa reguladora de las antiguas colonias marroquíes de Ifni y Sahara¹⁸. Establecía un régimen jurídico permisivo que respetaba el estatuto personal islámico de los nacionales de la provincia, reconociendo efectos a los matrimonios poligámicos celebrados entre ellos, mientras que para el resto de los españoles la monogamia constituía un principio esencial del matrimonio¹⁹.

Hoy la poligamia constituye una institución principalmente conocida por los tribunales españoles y básicamente ignorada por el legislador español, y esta paradoja es

¹⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª ed., Comares, Granada, 2011-2012, pp. 331-332.

¹⁶ Tal fue, *mutatis mutandi*, la situación que durante largo tiempo se planteó respecto del matrimonio homosexual antes de su reconocimiento jurídico en nuestro país. Como ya indicara E. ARTUCH IRIBERRI, existiendo en el ordenamiento español la categoría jurídica de ‘matrimonio’, el hecho de estar compuesto por dos personas del mismo sexo impedía que la calificación se completase “*a la perfección*”, siendo obligado acudir a la calificación funcional (“La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002-1, p. 51); una solución que ya no es necesaria tras el reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual y que resulta hoy aplicable al matrimonio poligámico.

¹⁷ Una parca y sectorial reglamentación constituida por los convenios bilaterales sobre seguridad social celebrados con Marruecos (1979) y Túnez (2001) y la ley de extranjería (2000), cada uno de los cuales dedica un único precepto al matrimonio poligámico.

¹⁸ Ley 8/1961, de 19 de abril, de Organización del Régimen Jurídico de la Provincia del Sahara (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1961). Artículo 7º: “*El Estado reconoce a los naturales musulmanes su derecho a practicar su religión islámica, así como sus usos y costumbres tradicionales*”.

¹⁹ MOTILLA DE LA CALLE, A., “Multiculturalidad, derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio”, *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, M.C. Barranco Avilés, Ó. Celador Angón, F. Vacas Fernández (coords.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 203.

responsable de las notables divergencias de tratamiento que arroja nuestro balance jurisprudencial. Una situación que España comparte con la mayor parte del resto de Europa, donde particularmente Francia, Inglaterra e Italia poseen ya una larga tradición jurisprudencial en este ámbito²⁰. A lo largo de la cual, sus tribunales y legisladores han recorrido sucesivas etapas, partiendo del rechazo inicial a la poligamia y a cualquier reconocimiento de efectos jurídicos para llegar a admitir ciertas consecuencias de orden legal. Pero la evolución de las soluciones judiciales se muestra vacilante y divergente en exceso, lo que ha llegado a evidenciar la necesidad de iniciar una nueva fase a través de soluciones legislativas que pongan fin a tan fluctuante jurisprudencia²¹.

3. La poligamia desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales.

La *sharia* es el sistema normativo del Islam y se le atribuye un origen divino que impregna todo el orden legal, vinculando a sus ciudadanos religiosa y jurídicamente²². Este ordenamiento de fuente divina es el eje sobre el que giran las instituciones jurídicas islámicas²³, y para el creyente musulmán obedecer la *sharia* es obedecer un precepto religioso²⁴. En consecuencia, el matrimonio islámico se considera un mandato coránico, aunque no faltan voces que discuten este carácter y lo califican de mera compraventa sin un contenido moral²⁵. Sin ánimo de terciar en este debate, a los efectos que tratamos interesa únicamente subrayar esta inspiración religiosa, pues entronca con un derecho fundamental que en ocasiones ha sido alegado ante nuestros tribunales para defender la validez del matrimonio poligámico: la libertad ideológica, religiosa y de culto garantizada por el artículo 16 CE²⁶.

²⁰ Vid. al respecto CAMPIGLIO, C., “Matrimonio poligámico e repudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 1990, pp. 853-908. Un amplio estudio que la jurisprudencia europea comparada en esta materia puede verse en LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico...”, cit.

²¹ LAGARDE, P., “La théorie de l’orden public international facé á la polygamie et á la repudiation. L’experience française”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 282.

²² FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, enero-abril 2009, pp. 125-126, donde la autora explica que las dos fuentes de la *sharia* son el Corán, constituido por las revelaciones de Alá al profeta Mahoma, y la *Sunna*, configurada por los hechos y dichos del profeta, considerados como fruto de dicha revelación divina.

²³ DIAGO DIAGO, P. “Concepción islámica de la familia...”, cit., p. 7.

²⁴ MOTILLA DE LA CALLE, A., “Multiculturalidad, derecho islámico...”, cit., p. 191. Sin llegar a dicha connotación imperativa, sí hay que recordar, con P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, que “*el matrimonio quizá sea la relación jurídica en la que más inciden las concepciones religiosas*” (“La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español”, *ponencia presentada en el III Congreso sobre la Inmigración en España*, Universidad de Granada, noviembre 2002, p. 327).

²⁵ LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 18, mayo 2009, p. 271; ALUFFI BECK-PECCOZ, R., *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Ed. Della Fondazioni Giovanni Agnelli, Torino, 1997, p. 3: “*Per il diritto musulmano il matrimonio é un contratto. L’islam non conosce il concetto teologico di sacramento, caratteristico del cristianesimo*”.

²⁶ Y ello, pese a que, como indica A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “*considerar que el carácter religioso de un ordenamiento extranjero es un argumento a favor de su aplicación, en atención a la libertad de creencias, resulta paradójico en la medida en que la definición de creyente sea impuesta política y*

Correlativamente, en la práctica de la poligamia se ha querido ver también una manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar, también consagrado por nuestra Constitución (art. 18). En el ámbito del derecho de extranjería, este derecho se reconoce expresamente para los extranjeros residentes en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁷, si bien supedita su ejercicio a lo preceptuado por la propia ley y los tratados internacionales suscritos por España (art. 16).

Con carácter general, la LO 4/2000 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). Sin embargo, el mismo precepto inmediatamente puntualiza que su interpretación debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y demás tratados internacionales vigentes para España en esta materia, y advierte de que en el ejercicio de tales derechos fundamentales, 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).

Sobre esta base jurídica hay que interpretar el debate que la poligamia suscita desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si partimos de la -discutida- afirmación 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 nuestro ordenamiento la igualdad de los cónyuges en el ámbito matrimonial (art. 32 CE). Podría alegarse que este principio no tiene carácter de derecho fundamental, y que por tanto debería ceder ante el ejercicio de aquellos. Pero con 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. El mismo carácter inderogable otorgan al principio de la monogamia, que aunque no recogido expresamente en el texto constitucional, integra el segundo principio sobre el que se sustenta el contenido del orden público que nuestros tribunales utilizan para rechazar el matrimonio poligámico²⁸.

La cuestión se centra, por tanto, en determinar si ante la colisión de los derechos a la libertad religiosa y a la vida familiar, por un lado, y el derecho a la igualdad y el principio de la monogamia matrimonial, por otro, los tribunales están obligados a dar

geográficamente” (*Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 175).

²⁷ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

²⁸ Estos dos pilares del orden público matrimonial constituye una suerte de cláusula de estilo en las resoluciones de la DGRN, que sistemáticamente deniega el acceso de los matrimonios poligámicos a nuestro Registro Civil porque ello “*atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio*” (RRDGRN de 5 noviembre de 1996 (RJ 1997\5879) y de 3 diciembre 1996 (RJ 1997\7371), entre muchas otras). Sobre el origen y consecuencias jurídicas de la monogamia como principio esencial en nuestro ordenamiento, *vid.* LABACA ZABALA, M.L., “La protección de la monogamia como elemento esencial del matrimonio: precedentes históricos”, *Noticias Jurídicas*, abril 2005.

preferencia a los primeros en detrimento de los segundos²⁹. Este conflicto no resulta privativo de nuestro ordenamiento, toda vez que la mayor parte de los países occidentales consagran la monogamia como uno de los elementos esenciales del matrimonio. Al respecto, hay que señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 homosexuales³⁰.

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. Según su razonamiento, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) 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 otros³¹. En consecuencia, los Estados no están obligados a reconocer el matrimonio poligámico, pero pueden optar por incluirla en su ámbito de protección a la familia matrimonial monógama³². La regulación del matrimonio constituye una materia que entra dentro de sus competencias 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 jurídico³³.

A estos efectos, para delimitar el ámbito de lo entendemos por orden público cabe acudir a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, cuyo artículo 3.1 establece 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*

²⁹ En esta línea se posiciona una parte de la doctrina española, que considera que no se lesiona la libertad religiosa cuando la mayoría de las legislaciones seculares occidentales no admiten la poligamia (LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico...”, cit.).

³⁰ Decisión sobre la admisibilidad 19628/92, R.B. c/. Reino Unido, 29 de junio de 1992, según la cual, los Estados no están obligados por el CEDH a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos que son contrarios a su propio orden jurídico. Al respecto, *vid.* QUIRÓS FONTS, A., *La reagrupación familiar en España: régimen aplicable y propuestas*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2006, pp. 178 y ss.

³¹ SOTO MOYA, M., “Mujer inmigrante marroquí: reagrupación familiar”, en *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, p. 147. Nuevamente es posible establecer aquí un paralelismo con la situación del matrimonio homosexual, excluido por la jurisprudencia del TEDH del concepto jurídico de vida familiar, como recuerda C. GONZÁLEZ BEILFUSS, que señala además las dificultades de un avance jurisprudencial la línea de extender en esta dirección el derecho a contraer matrimonio reconocido por el artículo 12 del Convenio Europeo (*Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 73).

³² STEDH de 13 junio 1979, *Marckx vs. Bélgica*, Serie A, Núm. 30. Al respecto, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia...”, cit., p. 112.

³³ LEMA TOMÉ, M., “Matrimonio poligámico, inmigración islámica...”, cit., p. 164.

salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática". Puesto en relación con el artículo 16.1 CE, de ello resulta que mientras la libertad para creer es absoluta, la libertad para practicar las propias creencias religiosas admite límites, y al atentar contra nuestro orden público, la poligamia no forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa³⁴.

4. La legalización de la poligamia en España: ¿un debate inexistente o incipiente?

Nuestra perspectiva de análisis hace oportuno traer a colación un debate que aunque podría considerarse de entidad menor, se está produciendo en el seno de nuestra sociedad. Así lo exige la coherencia, pues si tomamos como punto de partida la falta de regulación de la poligamia por nuestro ordenamiento, resulta obligado reflexionar, siquiera brevemente, sobre la viabilidad de su legalización en España. La práctica judicial española ya evidencia muchas de las demandas que el matrimonio poligámico puede hacer surgir, y resulta augurar fácil imaginar otras que han de venir de la mano de aquellas: pensión compensatoria, derecho de alimentos, cuestiones sucesorias, etc. Esto nos lleva a reflexionar sobre un debate ya suscitado en nuestro país, si bien con escaso eco y aún menos recorrido.

En 1992, en el marco de las negociaciones previas a la firma del Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Islámica de España y el Estado³⁵, se efectuó una petición formal para la legalización de la poligamia en el territorio español³⁶. Fue una propuesta apenas esbozada, pues la representación estatal cerró toda posibilidad de tomar en consideración la propuesta, calificándola de "tema tabú". Veinte años después, con una regulación matrimonial que ha experimentado profundos cambios tras la aprobación de Ley 13/2005, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo³⁷, y una incipiente jurisprudencia favorable a reconocer ciertos efectos legales a la poligamia, resulta legítimo cuestionarse si la negativa a abordar este debate continúa estando

³⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho a libertad de conciencia*, vol. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 295. En este sentido, vid. SAP Málaga 7/2003, de 11 febrero (JUR 2003\209109), que rechaza la alegada vulneración del derecho a la libertad religiosa de un marroquí acusado de bigamia, declarando que el principio de igualdad del artículo 14 CE prima sobre otros derechos fundamentales, haciendo que la ley penal española sea aplicable a todos los que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad o creencias, de conformidad con el artículo 8.1 Cc.

³⁵ Finalmente aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, su artículo 7.1 atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, si bien bajo la condición de que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, lo que excluye el reconocimiento del matrimonio poligámico. Para E. RODRÍGUEZ PINEAU, la firma de éste y otros acuerdos de cooperación con diferentes confesiones religiosas evidencia por parte de nuestro legislador una voluntad de colaboración basada en el respeto a la identidad cultural, sin alterar por ello la tradicional estructura de nuestro sistema matrimonial ("Le jeu de l'identité et l'intégration: paramètres pour une nouvelle lecture du Droit international privé concernant les minorités migratoires dans l'Union européenne", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, nº 2, p. 297).

³⁶ GIMÉNEZ BARBAT, T., "La legalización de la poligamia", cit., p. 6.

³⁷ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

justificada. Más aun, cuando se trata de una cuestión en plena efervescencia en otros países, donde se reivindica como herramienta para luchar contra la crisis demográfica³⁸ o como reconocimiento legal de una opción individual adoptada libremente³⁹.

A tales voces podrá objetarse que resultan inviables en una sociedad como la española, donde la monogamia constituye un principio esencial de nuestra concepción matrimonial, Sin embargo, igualmente incuestionable parecía el principio de la heterosexualidad del matrimonio, que fue barrido de nuestro ordenamiento por la aprobación de la Ley 13/2005⁴⁰. Remontándonos algo más en el tiempo -aunque no demasiado-, también la introducción del divorcio en España despertó una considerable polémica, al terminar con la inveterada concepción del matrimonio indisoluble vigente en nuestro ordenamiento de forma casi ininterrumpida⁴¹. Por tanto, desde el punto de vista estrictamente jurídico tendría cabida una opción legislativa que, de aprobarse, tendría el efecto de suprimir el último de los principios que tradicionalmente han inspirado el matrimonio en España: la monogamia⁴². En apenas veinticinco años, el

³⁸ Vid. la propuesta del jefe de Gobierno checheno para legalizar la poligamia en la Chechenia rusa, sugiriendo su extensión a toda Rusia, incluyendo a los no musulmanes ("Poligamia por la patria", *Diario El País* de 14 de enero de 2006; "Chechenia propone legalizar la poligamia para frenar la despoblación", *El Norte de Castilla* de 15 de enero de 2006). Una iniciativa recurrente en Rusia, pues en 1999, el entonces presidente de Ingushetia la legalizó por decreto en dicha República, medida que fue abolida por el Kremlin ("La república rusa de Ingushetia legaliza la poligamia", *Diario El País* de 22 de julio de 1999; "La región chechena de Ingushetia legaliza la poligamia para recuperar población", *Diario La Vanguardia* de 23 de julio de 1999).

³⁹ Como ejemplo de esta demanda cabe citar el caso del trío de nacionalidad holandesa -unidos dos de ellos por vínculo matrimonial- que celebró ante notario un 'contrato de cohabitación', documento que regula la convivencia del trío y la propiedad de sus posesiones, pero que no le otorga el rango legal de matrimonio (vid. "El primer trío «casado» en Holanda", *Diario El Mundo*, suplemento nº 522, de 16 de octubre de 2005). Supuestos similares se están dando en otros países de tradición occidental, como Canadá, donde en 2010 y a raíz del incremento de mormones practicantes, el Fiscal General del Estado de British Columbia solicitó al Gobierno la legalización de la poligamia en dicha provincia, una petición que continúa pendiente de resolución judicial ("Canadá podría ser el primer país occidental en legalizar la poligamia a causa de una secta", *Diario El Confidencial* de 13 de diciembre de 2010).

⁴⁰ A salvo, claro está, del pronunciamiento que finalmente emita el Tribunal Constitucional tras admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad nº 6864-2005, en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005), que como preceptos vulnerados los artículos 32, 10, 2º, 14, 39, 53, 1º, 9 y 167 CE, denunciando la existencia un conflicto de derechos fundamentales en la institución familiar, y la gravedad de que el legislador ordinario pueda modificar la Constitución por el "fraude" de alterar el nombre jurídico de cada institución; para este planteamiento, "el parangón de la igualdad no se consigue de esta manera sino por medio de regulación de figuras afines".

⁴¹ Hasta la II República no se introdujo el divorcio en una Constitución española (art. 32 CE de 1931), lo que se hizo efectivo mediante las Leyes de 2 de marzo y 28 de junio de 1932, cuya CORTA vigencia fue motivada por la suspensión del divorcio en la llamada "zona nacional" mediante el Decreto de 2 de marzo de 1938, y su supresión definitiva por Ley de 23 de diciembre de 1939, que habría de prolongarse durante más de 40 años, hasta que la Ley 30/1981, de 7 de julio, reintrodujo la figura del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴² "Uno con una y para siempre": así resumió BALMES Y URPIÀ la quintaesencia de la concepción cristiano-occidental del matrimonio que inspiró durante muchos siglos la legislación española y europea. (*El protestantismo comparado con el catolicismo y sus relaciones con la civilización europea*, Tomo I, Imp. J. Tauló, Barcelona, 1842, p. 178) Una concepción sustentada sobre tres pilares básicos - monogamia, heterosexualidad e indisolubilidad-, de los que hoy únicamente el primero continúa inspirando nuestra reglamentación matrimonial.

ordenamiento español ha pasado de consagrar el matrimonio indisoluble, heterosexual y monógamo a admitir su disolución y reconocer el contraído por personas del mismo sexo, quedando la monogamia como último reducto de su anterior configuración jurídica.

El propio Consejo General del Poder Judicial ha admitido la posibilidad de plantear la constitucionalidad de una reforma del Código Civil que permitiese el matrimonio poligámico⁴³. En su opinión, si se optase por un criterio puramente normativista “*todo dependería de lo que regulase el Código en cada momento histórico en función de la demanda social o que en aras a las consecuencias del artículo 16 [de la Declaración Universal de los Derechos Humanos] en relación a las leyes sobre extranjería, asilo o nacionalidad, se reconociese tales matrimonios a aquellos extranjeros que desearan afincarse en España con arreglo a alguno de esos estatutos*”. Sin perjuicio de lo cual, a continuación puntualiza que, *ex artículo 32.1 CE, “la garantía de la institución del matrimonio (...) desaparece si se llega a entender que queda a la libre disponibilidad del legislador ordinario la definición de qué es el matrimonio en toda su extensión, sin respetar ese contenido mínimo esencial que lo haga jurídicamente reconocible*”. Tal es precisamente la clave: qué se entienda en cada momento por ‘contenido esencial mínimo’; y a la vista de la profunda transformación que éste ha experimentado durante los últimos años, cabe cuestionarse si el último principio esencial superviviente integra dicho contenido mínimo.

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 sólo permitida al varón, pues ello conculcaría el principio básico de igualdad que reina sobre 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.

Cierto es que esta objeción basada en el principio de igualdad puede ser tachada de puramente formal, puesto que las legislaciones islámicas consagran un concepto de matrimonio esencialmente discriminatorio para la mujer, ya sea poligámico o monógamo. Nuestro ordenamiento admite la validez del segundo, aunque tratando de paliar las consecuencias jurídicas discriminatorias que éste conlleva. El rechazo al matrimonio poligámico se sustenta, por tanto, casi exclusivamente en la infracción del

⁴³ “Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo”, CGPJ, Servicio de Estudios e Informes, 2005, p. 27.

principio de la monogamia, ya que el matrimonio monógamo islámico vulnera los mismos principios básicos que la poligamia: la igualdad, la libertad y la dignidad de la mujer. La desigualdad entre el hombre y la mujer es una constante del derecho familiar islámico y su reglamentación incumple repetidamente el artículo 16 de Convenio relativo a la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979⁴⁴. 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 CE.

En otro orden de cosas, razones más espurias se han aducido para explicar la el rechazo del matrimonio poligámico por el ordenamiento español. Éstas se sustentan en motivos económicos y fiscales, consistentes en las ayudas familiares directas a las que optarían las familias poligámicas -ante la insuficiencia del salario laboral de esposo para mantenerlas-, las correlativas desgravaciones fiscales, el incremento de los gastos de educación y sanidad y las pensiones de viudedad, que gravarían las arcas del Estado⁴⁵. En consecuencia, también se ha visto en razones de índole puramente económica la causa que realmente justifica la negativa a cualquier reconocimiento por los ordenamientos occidentales a las familiar polígamas⁴⁶.

Estas razones y aquellas consideraciones pueden compartirse o no, pero lo que no parece discutible es que, tras las profundas reformas que en la concepción española del matrimonio introdujeron tanto la ley del divorcio (1981) como la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo (2005), la posibilidad de aceptar la poligamia como modalidad matrimonial válida no resulta ya tan inconcebible en nuestro actual marco jurídico. Y con independencia de la opción que finalmente se adoptase, lo que tampoco resulta cuestionable, a la vista de las demandas actualmente presentadas ante nuestros tribunales, sigue siendo necesaria una directriz legislativa que termine que con divergencia, incertidumbre y contradicciones que nuestra jurisprudencia evidencia en relación con el matrimonio poligámico.

II. JURISDICCIÓN CIVIL Y POLIGAMIA.

Con creciente asiduidad en las últimas décadas, las autoridades españolas en materia civil⁴⁷ se han pronunciado sobre el matrimonio poligámico, al tiempo que la

⁴⁴ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984. DIAGO DIAGO, P., “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado”, *AequAlitas*, nº 6, enero-abril 2001, pp. 7-8, donde la autora explica que el derecho islámico consagra también formas de disolución del matrimonio totalmente discriminatorias para la mujer, una desigualdad que se extiende a otros ámbitos, como las relaciones económicas y personales entre los cónyuges, las relaciones paternofiliales y los derechos sucesorios.

⁴⁵ MOTILLA DE LA CALLE, A., “Multiculturalidad, derecho islámico...”, cit., p. 201.

⁴⁶ LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo...”, cit.

⁴⁷ Respecto del presente epígrafe, importa puntualizar que las decisiones analizadas no constituyen en puridad jurisprudencia civil, toda vez que aunque la competencia para autorizar la celebración del matrimonio en España y para inscribir en nuestro Registro Civil los celebrados en el extranjero corresponde a los jueces del Registro, pero éstos desempeñan en este ámbito funciones no

Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) consolidaba una doctrina de rechazo y censura que distingue dos perspectivas. Desde la óptica de los nacionales españoles, se niega toda posibilidad de que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado, ya que ello atentaría a la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del matrimonio⁴⁸. Desde la perspectiva de los extranjeros nacionalizados españoles que anteriormente hubieran contraído matrimonio poligámico válido bajo su primitiva ley personal⁴⁹, se rechaza su inscripción en el Registro Civil español, sustentándose tal negativa en idéntico argumento que la anterior⁵⁰.

En uno y otro caso se alzan las barreras del orden público, para evitar el acceso a nuestro sistema jurídico del matrimonio poligámico: bien prohibiendo su celebración en España, bien proscribiendo la inscripción en España del celebrado en el extranjero. En el primer supuesto, porque nuestro ordenamiento no reconoce capacidad matrimonial a quien esté ligado con vínculo matrimonial (art. 46.2 Cc)⁵¹. En el segundo, porque la inscripción de un matrimonio en el Registro Civil español requiere que éste sea válido para nuestro ordenamiento. En este punto, señala la DGRN que resulta “*evidente que una inscripción de matrimonio en el Registro español no puede reflejar que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace*”⁵². Al ser el estado civil de cada contrayente un dato obligado en la inscripción del matrimonio, surge aquí nuevamente el impedimento de ligamen, que impide el acceso al Registro de los matrimonios donde en alguno de sus contrayentes concurra tal circunstancia⁵³.

Sin embargo, la realidad impone a veces la necesidad de matizar esta postura de rechazo radical hacia el matrimonio poligámico. Junto a los valores que lo inspiran -dignidad constitucional de la persona y concepción española del matrimonio- concurren en la poligamia otros igualmente necesitados de protección y tutela. En

jurisdiccionales, siendo recurribles sus decisiones ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que posee naturaleza administrativa. No obstante lo cual, dado que las autoridades que emiten dichos pronunciamientos pertenecen al orden jurisdiccional civil y la materia sobre la que éstos recaen se incardina en el ordenamiento civil, por afectar a cuestiones como la capacidad nupcial y la validez del matrimonio, se ha preferido individualizar su estudio en el presente apartado, a fin de evidenciar su muy divergente naturaleza respecto de las cuestiones ubicadas en el epígrafe dedicado a la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁸ RDGRN de 4 junio 2001 (RJ. 2002\5494) y 11 mayo 1994 (RJ. 1994\5022), entre otras.

⁴⁹ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, A. Rodríguez Benot (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 8, 2002, p. 175.

⁵⁰ RDGRN de 14 mayo 2001 (RJ. 1728); en parecido sentido, RRDGRN 5 septiembre 1996 (RJ. 1997\2133), 14 septiembre 1994 (RJ 1994\8876), 11 mayo 1994 (RJ. 1994\5022), 27 octubre 1992 (RJ. 1992\9461), 9 mayo 1991 (RJ 1991\4002) y 8 marzo 1995 (RJ. 1995\2601).

⁵¹ RRDGRN de 29 noviembre 1994 (RJ 1995\1333), 11 noviembre 1995 (RJ 9914), 2 septiembre 1996 (RJ 1997\1713), 3 junio 1996 (RJ 4990), 9 febrero 2000 (RJ 3099), 14 mayo 2001 (RJ 2002\1729), 5 octubre 2001 (RJ. 2002\36518), y 31 octubre 2001 (RJ 2002\47711).

⁵² RRDGRN de 3 diciembre 1996 (RJ. 1997\7371) y 12 enero 2007 (RJ 2007\2015).

⁵³ *Cfr.* arts. 35 de la Ley del Registro Civil (Ley de 8 de junio de 1957; B.O.E. de 10 de junio) y arts. 12 y 258 de su Reglamento (Decreto De 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil; B.O.E. de 11 de diciembre).

efecto, el matrimonio -poligámico o no- despliega diversos efectos de muy distinto contenido –filiación, derechos económicos, sucesorios, etc-, cuya negación absoluta podría resultar más perjudicial que el supuesto beneficio de rechazar completamente esta institución. Esta consideración, hondamente arraigada en países con un mayor índice de población residente de origen extranjero, empieza a calar entre nuestras autoridades, como evidencian las más recientes decisiones judiciales al respecto, cuyo contenido no hace sino atravesar una puerta abierta por la DGRN con anterioridad. En efecto, en algunas de sus resoluciones, aun habiendo denegado la inscripción en España de un matrimonio poligámico, por no reconocer su validez para el ordenamiento español, significativamente advierte que con ello no prejuzga “*los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda producir para el ordenamiento español*”⁵⁴. De este modo, la jurisdicción civil evidencia cierta dualidad en su tratamiento del matrimonio poligámico, pues aunque rechaza de plano su celebración por autoridad española y su inscripción en el Registro Civil, deja imprejuzgada la posibilidad de que la poligamia produzca en nuestro ordenamiento efectos de distinto orden, una eventualidad que se hace realidad en la jurisdicción social.

1. La imposibilidad de celebrar un matrimonio poligámico ante autoridad española.

La celebración de matrimonios poligámicos por autoridades española resulta absolutamente incompatible con algunos de los derechos y principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico: la igualdad y la libertad (art. 1), la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la igualdad y no discriminación (art. 14), y el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, igualdad de los contrayentes antes, durante y tras la celebración del matrimonio (art. 32)⁵⁵.

La posibilidad de celebrar un matrimonio poligámico ante autoridad española queda totalmente cercenada por la existencia en nuestro ordenamiento del impedimento de ligamen (art. 46.2 Cc), que consagra el principio básico de la monogamia que sustenta nuestro orden público matrimonial. Hasta el punto de que este impedimento entra en juego aunque no lo exija la ley personal de los contrayentes, que regula la capacidad matrimonial según prevé el artículo 9.1 Cc. La aplicación de esta ley debe ser excluida por el juego de la excepción de orden público cuando la autoridad judicial estime que puede conculcar algún principio básico de nuestro ordenamiento, pues así lo establece la categórica redacción del artículo 12.3 Cc. El impedimento de vínculo posee esta condición en nuestra concepción jurídica del matrimonio, teniendo el principio de la monogamia un carácter inderogable. Así lo confirma la jurisdicción civil, declarando que “*se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial, por lo que no puede permitirse el matrimonio entre una española y un extranjero casado*”⁵⁶.

⁵⁴ RDGRN de 3 de diciembre de 1996 (RJ. 1997\7371).

⁵⁵ LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo...”, cit.

⁵⁶ RDGRN de 8 marzo 1995 (RJ 1995\2601).

Por tanto, la regla general de aplicación del art. 9.1 CC de la ley personal del contrayente extranjero a la capacidad matrimonial quiebra cuando dicha ley admita el matrimonio poligámico. En estos casos la DGRN aplica la excepción de orden público internacional y excluye la aplicación de la ley personal del contrayente extranjero, cuya capacidad matrimonial queda sometida a legislación española. Las Resoluciones del Centro Directivo deniegan la celebración, o en su caso, inscripción, del matrimonio por apreciación del impedimento de ligamen, ya que aunque el extranjero casado pueda según su ley personal contraer nuevo matrimonio, el orden público impide que lo contraiga con un nacional español, al entenderse que dicho matrimonio poligámico atenta contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio, esencialmente monógamo.

2. La inexpugnabilidad del Registro Civil frente los matrimonios poligámicos.

Aunque como veremos, la práctica habitual de la jurisdicción contenciosa es la denegación sistemática de las solicitudes de nacionalidad efectuadas por varones polígamos, en ocasiones dicha regla no ha operado, obteniendo éstos la nacionalidad española como consecuencia. Es entonces cuando entra en juego la jurisdicción civil, levantando una nueva barrera a las uniones poligámicas con la finalidad de impedir su acceso al Registro Civil. Se trata de supuestos que, habiendo “escapado” al control de las autoridades españolas en este punto -muy riguroso según se verá-, se encuentran con un segundo filtro jurídico que elimina la posibilidad de inscribir un matrimonio poligámico en el Registro Civil, aun cuando el contrayente conste como inscrito en el mismo.

Cuando una persona adquiere la nacionalidad española, su matrimonio anterior subsistente celebrado en el extranjero ha de inscribirse en el Registro Civil español, conforme prevé el artículo 66 del RRC⁵⁷. Para que dicha inscripción pueda realizarse efectivamente, es necesario en todo caso, además del título documental oportuno o un expediente (arts. 256 y 257), que el enlace sea válido para el ordenamiento español⁵⁸. En los supuestos de matrimonios poligámicos, este requisito constituye el obstáculo que impide su acceso al Registro Civil, al negarles validez nuestro ordenamiento en virtud de la cláusula de orden público (art. 12.3 Cc). Importa subrayar el carácter excepcional de dicha cláusula, que impide la inscripción de matrimonios válidamente celebrados conforme a su ley reguladora. Como vimos, la defensa del orden público español permite descartar la aplicación de la ley personal del contrayente que otorga validez al matrimonio poligámico y enjuiciar ésta a la luz de nuestro ordenamiento, con el consiguiente rechazo a dicha institución, que aquí se traduce en la imposibilidad de inscribirlo en el Registro Civil español.

En este ámbito, la reacción más frecuente es la negativa del juez registral a practicar la inscripción del segundo matrimonio, pero existen también supuestos en los que el

⁵⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (actualización en el BOE de 19 de septiembre de 1986).

⁵⁸ RRDGRN de 14 septiembre 1994 (RJ 1994\8876) y 3 diciembre 1996 (RJ 1997\7371), entre otras muchas.

rechazo engloba a la persona del polígamo en su conjunto, si bien éstos resultan menos habituales, aunque también más problemáticos. En el primer caso, el supuesto habitual es el siguiente: extranjero -con mayoría de nacionales marroquíes- que adquiere la nacionalidad española después de haber contraído segundo o ulteriores matrimonios; solicita la preceptiva inscripción en el Registro Civil de su nueva condición de nacional español y con ella, la de sus vínculos matrimoniales preexistentes. Como ya hemos advertido y veremos más adelante, la concesión de la nacionalidad española a un extranjero polígamo no es en absoluto práctica habitual de nuestras autoridades; antes al contrario, constituye una excepción a la regla general de denegar tales solicitudes precisamente por la falta de integración en la sociedad española que a su juicio evidencia la condición de polígamo. No obstante, en los escasos supuestos en que tal negativa no se produce, el rechazo a la poligamia sucede en el ámbito registral, donde sistemáticamente se deniega la inscripción del segundo -y por supuesto, ulteriores- matrimonio del solicitante español.

En este punto, la jurisprudencia civil se muestra unánime: no cabe admitir la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro Civil español, pues ello “*atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio*”⁵⁹. Entra aquí en juego la repetida excepción de orden público, que permite descartar la validez legal que al matrimonio poligámico otorga el ordenamiento que regula la ley personal del contrayente, rectora de su capacidad matrimonial (art. 9.1 Cc). Este argumento ha sido discutido en ocasiones por los interesados, que recurren la denegación de la inscripción de su segundo matrimonio alegando precisamente que en el momento de contraer matrimonio su ley personal así lo permitía y por tanto dicho matrimonio era válido⁶⁰. Pero la jurisdicción española opone sistemáticamente a dicha alegación la excepción de orden público, aquí integrada por los dos mencionados valores esenciales: la concepción española del matrimonio y la dignidad constitucional de la mujer.

Dejando a un lado la segunda alegación para retomarla más adelante, debe subrayarse ahora que la invocación de la concepción española del matrimonio hace referencia concretamente al impedimento de ligamen recogido en el artículo 46.2 Cc, que tutela uno de los principios esenciales del matrimonio en España: la monogamia⁶¹. Correlativamente, el artículo 73.2 Cc castiga con la nulidad del matrimonio la infracción de la prohibición consagrada por aquel precepto⁶². Tal es la sanción que el Registro Civil viene aplicando a las solicitudes de inscripción de matrimonios poligámicos,

⁵⁹ RRDGRN de 14 septiembre 1994, de 5 noviembre 1996 (RJ 1997\5879), de 27 abril 1999 (RJ 1999\10147), de 14 mayo 2001 (RJ 2002\1728), de 4 diciembre 2003, de 22 octubre 2004 (JUR 2005\53767 (RJ 1994\8876), de 10 diciembre 2004 (JUR 2005\79607), de 24 octubre 2005 (JUR 2006\266812), de 26 octubre 2006 (JUR 2008\54777).

⁶⁰ RDGRN de 14 mayo 2001 (RJ 2002\1728).

⁶¹ Pese al carácter de principio básico que se reconoce a la monogamia, ésta no se recoge expresamente en el texto constitucional, pues el artículo 32 CE no la menciona. Hay que conceder a este dato la relevancia que merece, pues esta ausencia de formulación *ad hoc* permite albergar otras interpretaciones sobre la esencia de la institución matrimonial, al modo en que ya ocurrió con el principio de la heterosexualidad, cuya consagración expresa en el Constitución todavía se discute.

⁶² RDGRN de 10 diciembre 2004 (JUR 2005\79607).

denegándolas por considerarlos nulos, al haber sido contraídos por quienes ya estaban ligados con vínculo matrimonial. Al derivar esta nulidad de la condición de casado de uno de los contrayentes en el momento de celebrarse el nuevo matrimonio, la ulterior disolución del primero no subsana dicha nulidad, ya que se trata de un vicio que afecta al origen de la institución e implica que ésta realmente no llegó a nacer.

En consecuencia, la negativa del Registro Civil a acoger los matrimonios poligámicos persiste aun cuando se acredite que el primer vínculo matrimonial ha 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 Civil⁶³. Además de coherente con los artículos 46.2 y 73.2 Cc, esta postura denota también un matiz preventivo, pues una eventual 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, básico en el Registro Civil, que impide la inscripción de un matrimonio nulo⁶⁴. En ocasiones, el rechazo registral al matrimonio poligámico es aún más drástico, impidiendo la inscripción del propio polígamo como español, pese a haberle sido concedida la nacionalidad⁶⁵.

Esta monolítica postura del Registro Civil ante la poligamia lleva inevitablemente a preguntarse por las opciones que deja a los extranjeros polígamos nacionalizados españoles, tanto si se rechaza su inscripción como tales como si pese a realizarse, se deniega la de su matrimonio poligámico. En ambos casos, la única posibilidad que parece viable es la de reiterar su petición una vez desaparecido el obstáculo que motivó su denegación, dado que en los expedientes del Registro Civil no rige el principio de cosa juzgada. En consecuencia, es posible reiterar un expediente sobre una cuestión ya decidida si hay hechos nuevos que no pudieron ser tenidos en cuenta⁶⁶. Resulta, pues, obligado celebrar de nuevo el matrimonio cuya inscripción se pretende, esta vez de

⁶³ En ocasiones, además, el primer matrimonio sí ha sido inscrito, lo cual vuelve aún más firme la negativa a la inscripción del segundo matrimonio, como evidencia la RDGRN de 5 noviembre 1996 (RJ 1997\5879), que rechazó la inscripción del matrimonio contraído por un egipcio con una compatriota en su país de origen, siendo así que un año antes había celebrado matrimonio en España con una ciudadana española, accediendo el mismo al Registro Civil. Tras adquirir la nacionalidad española por matrimonio y obtener el divorcio de su primera esposa, el marido solicitó la inscripción de su segundo matrimonio, siendo rechazada su petición por la autoridad española, que tras la habitual invocación al orden público internacional, afirmó que en caso de acceder a ella “*el Registro Civil español estará proclamando que un varón estaba simultáneamente casado con dos mujeres distintas*”, una declaración registral que nuestro ordenamiento no tolera.

⁶⁴ RDGRN de 27 octubre 2006 (JUR 2008\54773).

⁶⁵ RDGRN 14 septiembre 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.

⁶⁶ RDGRN de 25 octubre 2005 (JUR 2008\54781).

forma válida para el ordenamiento español; esto es, sin que concurra el impedimento de ligamen, lo que exige la efectiva disolución previa del anterior matrimonio⁶⁷.

Pero la no inscripción registral de los matrimonios poligámicos no implica la negativa absoluta de toda consecuencia legal para dichas uniones. Como veremos, las esposas que el Registro Civil se negó a acoger pueden ver reconocido su derecho a la pensión de viudedad en la jurisdicción social y beneficiarse de la reagrupación familiar en sede contencioso-administrativa. Una paradójica situación que la jurisdicción civil no desconoce, admitiendo que su negativa a inscribir en el Registro Civil un matrimonio poligámico no impide que éste pueda desplegar “otros efectos”, una afirmación que tempranamente realizada en ámbito civil, terminó por hacerse realidad en otros órdenes jurisdiccionales⁶⁸.

Como última reflexión sobre la jurisprudencia registral, hay que apuntar cierta contradicción que esconde el concepto de orden público utilizado en esta sede. Ya se ha visto que uno de los elementos esenciales es “la dignidad constitucional de la mujer”, cuya vulneración permite dejar fuera del Registro Civil estos matrimonios. Pareciera, pues, que su no inscripción constituye una forma de tutelar dicha dignidad que la poligamia lesiona. Sin embargo, igualmente atentatorio contra el derecho fundamental consagrado en el artículo 10 CE resulta el matrimonio islámico monógamo, asentado sobre profundas diferencias jurídicas entre los cónyuges, todas ellas discriminatorias para la mujer. No obstante lo cual, este matrimonio sí puede acceder al Registro Civil, sin que en este caso lo impida la dignidad constitucional de la mujer, que también se ve seriamente comprometida por esta modalidad matrimonial. Remitiéndonos a lo ya expuesto sobre esta idea, interesa ahora subrayar otra contradicción de la práctica registral española en materia de poligamia, 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 esposa⁶⁹. De nuevo surge aquí una institución jurídica profundamente discriminatoria hacia la mujer -el repudio por parte del marido- que nuestros tribunales sí admiten como válido y fuente de efectos legales, como volveremos a ver más adelante, y frente a la que no oponen la excepción de orden público, pese a notable desigualdad con que se ejercita por parte de uno de los cónyuges respecto de la otra.

⁶⁷ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, 2002, p. 291.

⁶⁸ RDGRN 14 septiembre 1994 (RJ 1994\8876): “No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese hecho pueda producir para el ordenamiento español. Lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio del Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace”. Esta fórmula -reiterada en otras resoluciones-, evidencia, como subraya P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, que partiendo de la imposibilidad absoluta de que un matrimonio poligámico acceda al Registro Civil español, recuerda que “aunque los efectos constitutivos de una relación matrimonial poligámica serán negados en sectores como el derecho de la nacionalidad, pueden ser reconocidos en otros ámbitos” (*La celebración y el reconocimiento...*, cit., p. 291).

⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, la RDGRN de 27 abril 1999 (RJ 1999\10147).

3. El reconocimiento de ciertos efectos a los matrimonios polígamos celebrados ante Autoridad extranjera.

Como se ha visto, la jurisdicción civil se muestra tajante al rechazar el matrimonio poligámico con un doble mecanismo: eliminando toda posibilidad de celebrarlos ante autoridad española y denegando la inscripción en el Registro Civil español de los válidamente celebrados en el extranjero conforme a la ley personal de los contrayentes. Sin embargo, esta postura no implica que nuestros tribunales nieguen todo efecto jurídico, pues ya vimos que la propia negativa a la inscripción no descarta la producción de otro tipo de consecuencias jurídicas.

Esta aparente contradicción no es tal si tenemos en cuenta la distinción entre “efectos jurídicos nucleares y efectos jurídicos periféricos”⁷⁰. Los primeros engloban los efectos constitutivos del matrimonio y son los que el sistema español rechaza de forma rotunda en los términos expuestos. Los segundos se integran por las consecuencias jurídicas que, derivándose del matrimonio, no afectan a su propia esencia o existencia: reagrupación familiar, derecho de alimentos, pensión de viudedad, régimen económico matrimonial, filiación, derechos sucesorios, etc. Pese al no reconocimiento de los efectos nucleares del matrimonio, el juego de la doctrina del orden público atenuado permite conceder ciertos efectos en este segundo ámbito, en aras a la protección de las partes más débiles de este vínculo matrimonial: la esposa y los hijos⁷¹.

Este carácter atenuado del orden público permite modular la aplicación estricta de la excepción contenida en el artículo 12.3 Cc. Los efectos periféricos se regirán por su propia ley aplicable según el juego de las normas de conflicto. En la mayoría de las ocasiones, ello ha de llevar a aplicar un ordenamiento que les otorgue consecuencias jurídicas, y su producción efectiva no ha de verse impedida por la negativa a reconocer los efectos nucleares del matrimonio poligámico. Dicho en otras palabras, la doctrina del orden público atenuado hace compatible el rechazo a los efectos nucleares del matrimonio poligámico con el reconocimiento de ciertos efectos periféricos, en aras a la consecución de la justicia formal del caso concreto.

La modulación de esta doctrina se aprecia con claridad en el ATS de 21 de abril de 1998, dictado en solicitud del reconocimiento de un acta de repudio revocable emitida en El Cairo⁷². El Tribunal Supremo elabora una impecable teoría en torno a la verdadera función del orden público en nuestro ordenamiento, que le permite eludir los rigores de su aplicación estricta. Si bien ésta debería conducir a la denegación del reconocimiento, el Tribunal declara que hay que atender a las particulares circunstancias del caso en atención a un elemental principio de justicia material. En consecuencia, rechaza la opción de oponer el orden público a la pretensión de la solicitante, señalando que tal excepción ha de ser siempre objeto de una

⁷⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Matrimonio y parejas de hecho”, cit., pp. 99.103.

⁷¹ LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo...”, cit.

⁷² RJ. 1998\3563, que otorgó el reconocimiento de un acta de divorcio otorgada ante notarios de El Cairo y recaída sobre el matrimonio contraído entre nacionales egipcio y española.

interpretación restrictiva. Aquí el TS se muestra lúcidamente flexible en su interpretación, al negarse a levantar la barrera del orden público, por entender que ello supondría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material del caso planteado. Entendió que una aplicación semejante sólo hubiera conducido a provocar un perjuicio en la persona a quien tal requisito aspiraba a proteger: la esposa discriminada. Y es que, de haberse denegado el reconocimiento por vulneración del orden público, se hubiera visto obligada a instar un nuevo juicio de divorcio en España para obtener la disolución del matrimonio, pronunciamiento que la sentencia dictada en Egipto ya contenía y que sólo requería la aquiescencia del Tribunal para desplegar dicho efecto en nuestro país.

Esta decisión marca nítidamente el camino a seguir en la correcta aplicación de la excepción de orden público, conjugando la obligación judicial de preservar su contenido esencial con la función de impartir justicia material a quienes acuden a los tribunales. Aplicada al matrimonio poligámico, esta doctrina permite conciliar el rechazo a su reconocimiento formal con el reconocimiento de los efectos enumerados, que no deben verse perjudicados por el rigor de la negativa inicial a otorgar validez al propio matrimonio. Como veremos, así lo han entendido los tribunales del orden contencioso y social, que partiendo de un matrimonio poligámico no válido para el ordenamiento español, declaran -aunque no de forma unánime- la producción de ciertos efectos beneficiosos para el cónyuge y los hijos⁷³.

III. JURISDICCIÓN PENAL Y POLIGAMIA.

1. El delito de bigamia: la tipificación como punto de partida.

Para el Derecho penal, la poligamia es una conducta tipificada como delito, bajo la rúbrica “De los matrimonios ilegales”⁷⁴. Así de contundente es el punto de partida que debemos adoptar en el análisis del tratamiento que su jurisdicción dispensa al matrimonio poligámico. No obstante lo cual, este rigor ha sido progresivamente atenuado por sucesivas modificaciones legislativas, que lo han llevado a su configuración actual como delito de ejecución únicamente dolosa y castigado con una pena cuya severidad ha experimentado una franca regresión. El marco hoy penal previsto para este delito es de seis meses a un año de prisión, siendo así que

⁷³ Así, señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ que el rechazo judicial a dotar al matrimonio poligámico de efectos constitutivos no es incompatible con la producción de otros efectos en distintos órdenes jurídicos, que sí se reconocen “*al objeto de preservar la “seguridad jurídica internacional”* (“Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho*, nº 23, 2005, pp. 16-17).

⁷⁴ Artículo 217. “*El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*”. Aunque la práctica forense utiliza, con carácter general, la expresión “bigamia” para designar este delito, lo que realmente criminaliza este precepto son las conductas poligámicas, ya que el tipo penal se realiza al contraer segundo o ulterior matrimonio.

en sus orígenes esta conducta llegó a ser castigada con la pena de muerte⁷⁵. Bajo la regulación vigente, en caso de condena la ejecución de la pena privativa de libertad suele quedar en suspenso, conforme a lo previsto por el artículo 80 CP, que faculta a los tribunales a adoptar dicha medida atendiendo fundamentalmente a la “*peligrosidad criminal del sujeto*”⁷⁶. Desde esta perspectiva, la peligrosidad constituye una variable propia y específica de cada sujeto, que debe ser valorada de forma precisa e individualizada, teniendo este “juicio de peligrosidad” una naturaleza postdelictual que se proyecta hacia el futuro, en previsión de ulteriores conductas delictivas⁷⁷. En las condenas por delitos de bigamia, la práctica judicial más frecuente es otorgar la suspensión de la pena privativa de libertad, al constituir un tipo delictivo donde apenas se aprecia la reincidencia, que denota poca peligrosidad y prácticamente no despierta alarma social.

El tipo delictivo consiste en contraer segundo o ulterior matrimonio bajo una forma legal que le otorgue apariencia de licitud, si bien dicho matrimonio será nulo⁷⁸. Dos son, pues, los elementos objetivos necesarios para integrar esta conducta típica: el primero, que el imputado haya contraído matrimonio con anterioridad y éste subsista; el segundo, que estando vigente el primer matrimonio -o el matrimonio anterior, en los supuestos de poligamia-, se celebre un segundo o subsiguiente matrimonio con persona distinta del cónyuge precedente. Este matrimonio ulterior resultará nulo precisamente por concurrir el impedimento de ligamen en uno de los contrayentes, y así lo declaran las sentencias penales de condena de este delito en su pronunciamiento civil.

A estos elementos objetivos debe añadirse otro requisito, éste de índole subjetiva, para que la conducta descrita sea merecedora del reproche penal. Desde el punto de vista de la culpabilidad, la redacción contenida en el artículo 217 CP implica que la realización del tipo sólo admite el dolo directo, es decir, la plena conciencia de que se hace algo prohibido. Así se deduce de la expresión “*a sabiendas*” incluida en el precepto, que exige del sujeto activo un absoluto conocimiento de la subsistencia

⁷⁵ Vid. sobre este punto LABACA ZABALA, M.L., “El delito de bigamia”, *Revista Electrónica Derecho Penal Online* (disponible en <http://www.derechopenalonline.com>), donde la autora hace un recorrido por la progresiva reducción de la pena impuesta a este delito en los sucesivos Códigos Penales vigentes en España, desde la citada pena capital (contenida en el CP de 1850) hasta la prisión máxima de un año que establece el CP de 1995.

⁷⁶ Correlativamente, el artículo 81 CP exige el cumplimiento de otros requisitos para que los jueces puedan ejercitar esta potestad: que el condenado haya delinquirido por primera vez, que el máximo de la pena impuesta no supere los dos años de privación de libertad, y que se hayan satisfecho las posibles responsabilidades civiles, si bien esta última condición puede ser dispensada en supuestos de imposibilidad total o parcial del condenado para hacer frente a las mismas.

⁷⁷ Lo que supone interpretar la “peligrosidad criminal” en el sentido apuntado por A. SOLA DUEÑAS: realizando una valoración ‘negativa’ de la peligrosidad, destinada a verificar la posibilidad de dejar en suspenso la privación de libertad sin que ello comporte un riesgo estimable de comisión de nuevos delitos (“Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, n. 6, 1996, p. 1208).

⁷⁸ LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Colex, Madrid, p. 211.

del primer matrimonio. En consecuencia, quedarán impunes las conductas ejecutadas con dolo eventual, imprudencia o error⁷⁹.

En cuanto al bien jurídico protegido, lo que se pretende tutelar con este delito es una determinada concepción del matrimonio, una “*relación ética, moral e incluso social*”⁸⁰ que difiere de un ordenamiento a otro. En el nuestro, uno de los principios que lo sustentan es el de la monogamia, que constituye justamente el objeto de esta protección penal. Más exactamente, constituye un refuerzo penal de la tutela de la legislación civil en el ámbito matrimonial, hasta el punto de que parte de la doctrina penal defiende que se despenalice y se limite su persecución a los ámbitos civil y administrativo⁸¹. Y ello, sobre la base de un doble argumento: la existencia de otras alternativas de sanción y la primacía con que el principio de intervención mínima debe regir el Derecho penal de los ordenamientos democráticos⁸².

Aunque no de forma absoluta, estas consideraciones han hecho mella en el legislador español, que como se ha dicho, ha ido atenuando de forma gradual la pena aparejada al delito de bigamia. Esta tendencia se aprecia también en sede judicial, donde nuestros tribunales se inclinan por no agotar el marco penal ofrecido por el artículo 217 CP y a decretar la absolución cuando concurra la posibilidad de error en la conducta del imputado. Ambas actitudes, junto con la citada práctica de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, configuran el panorama jurisprudencial actual en el ámbito del delito de bigamia.

2. La respuesta de la jurisdicción penal: la condena... *ma non troppo*.

Para que se configure el tipo delictivo del art. 217 CP resulta indiferente la forma en que se haya celebrado el primer matrimonio, siempre que sea válido según su ley reguladora. A estos efectos no es necesaria su inscripción en el Registro Civil, puesto que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, teniendo su inscripción carácter declarativo, no constitutivo⁸³. En otras palabras, el delito se produce cuando se celebra un segundo o ulterior matrimonio estando vigente el primero o anterior, de forma que la posterior anulación de éste no impide apreciar el delito, al ser de consumación instantánea aunque de efectos permanentes⁸⁴.

⁷⁹ CORDOBA RODA J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 548.

⁸⁰ LABACA ZABALA, M.L., “La protección de la monogamia en el matrimonio celebrado en forma religiosa (II)”, *Noticias jurídicas*, octubre 2004.

⁸¹ Sobre los debates que precedieron a esta propuesta *vid.* “Trabajos parlamentarios de la Ley Orgánica de Código Penal”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, 26 de septiembre de 1994, Proyecto de Ley 121/63, número 771.

⁸² CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1996, p. 292.

⁸³ STS de 3 julio 1989 (RJ 1989\60521) y SAP Coruña de 28 septiembre 2001 (PROV 2001\318692).

⁸⁴ SSAP Gerona 512\2009, de 20 julio (ARP 2009\194) y 30\2008, de 21 enero, (JUR 2008\106707). Se trata de un delito de efectos permanentes, que no continuado, en tanto que mientras dure el doble vínculo matrimonial el delito se estará cometiendo, agotándose cuando cualquiera de los dos vínculos se extinga, momento en que empezará a computarse el plazo prescriptivo (MARTÍNEZ GARCÍA, A.S., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2ª ed., 2010, pp. 131-132).

Ya se ha dicho que para el ordenamiento penal resulta atípica la celebración del matrimonio por error vencible o invencible padecido respecto a la subsistencia del anterior matrimonio. Incluso cuando el contrayente tiene conciencia de que es probable que dicho matrimonio siga existiendo, lo que lo sitúa en el plano del dolo eventual. Por tal motivo, alegar la concurrencia de error es la defensa más habitual empleada por los procesados por este delito. Dicha justificación se refiere al error de tipo, que no de prohibición, lo que resulta lógico, ya que resulta difícilmente creíble en nuestra sociedad la convicción sobre la licitud de una conducta como la que describimos, máxime cuando se es nacional español, lo que no resulta infrecuente⁸⁵. Ambas modalidades de error están recogidas en el artículo 14 CP, refiriéndose los dos primeros apartados al denominado error de tipo en sentido estricto, y el tercero, al error de prohibición. El primero se da cuando concurre cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de los elementos que integran el tipo de injusto⁸⁶. El segundo, cuando el error versa sobre el carácter proscrito de la conducta, lo que explica la ausencia de semejante alegación en el delito de bigamia, por la poca verosimilitud que ésta tendría. Ambos tipos de error pueden tener carácter vencible o invencible, siendo diferente la respuesta penal en uno y otro caso: mientras el error invencible excluye la responsabilidad criminal, el vencible provoca una atenuación de la pena, que varía según el tipo de error padecido.

Por tanto, al tratarse de un delito doloso, la concurrencia o no de error en la conducta del sujeto activo se convierte en un factor de crucial importancia, pues únicamente son punibles las conductas en las que se acredite la plena conciencia del autor sobre la ilicitud de su comportamiento. A la hora de verificar este aspecto, la jurisdicción penal se muestra extremadamente cautelosa, emitiendo su condena sólo cuando existe plena certeza sobre dos aspectos: que el autor -o autores- era plenamente consciente de la existencia de un matrimonio anterior y del carácter delictivo del segundo o ulterior matrimonio. Como ya dijimos, el error de prohibición no es una alegación habitual ante los tribunales penales, siendo lo más habitual declarar la creencia de la previa extinción del primer matrimonio.

De este modo, las sentencias de condena dictadas por los tribunales españoles respecto del delito de bigamia lo son siempre previa comprobación del dolo del autor, y habitualmente tras descartar la concurrencia de error por parte del condenado. Los motivos alegados como causa de dicho error presentan una notable casuística: la creencia de la nula validez en España de un matrimonio celebrado por español en Marruecos según el rito coránico⁸⁷; la convicción de que el matrimonio previo quedó sin efecto por el mero hecho de denunciar ante la policía su carácter de conveniencia⁸⁸; o un supuesto asesoramiento legal sobre la viabilidad de contraer nuevo matrimonio transcurridos cinco años desde la separación⁸⁹. Argumentaciones

⁸⁵ SAP Málaga 7/2003, de 11 febrero (JUR 2003\209109).

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 275.

⁸⁷ SAP Málaga 7/2003, de 11 febrero (JUR 2003\209109).

⁸⁸ SAP Almería 32/2009, de 29 enero (ARP 2009\482).

⁸⁹ SAP Madrid 465/2001, de 12 septiembre (ARP 2001\900).

que, en opinión de nuestros tribunales, “no resultan creíbles”⁹⁰ y no permiten a sus autores acogerse a la existencia de un error de tipo en su conducta.

Pero no hay que olvidar que la premisa de la que parte el artículo 217 CP es la siguiente: no todo matrimonio posterior supone indefectiblemente la comisión de un delito de bigamia pues hay que escudriñar el dolo o intención maliciosa del autor⁹¹. Ello exige desterrar cualquier atisbo de duda, por lo que en caso de que ésta subsista, sólo cabe un pronunciamiento absolutorio. En consecuencia, cuando el tribunal duda entre la conciencia o conocimiento pleno y el error vencible, debe inclinarse por el segundo en beneficio del reo⁹².

Menos frecuente es, como se ha dicho, la alegación del error de prohibición, es decir, tratar de ampararse en la creencia de que no es preceptiva la disolución del primero para celebrar el segundo matrimonio. Esta defensa suele articularse cuando el acusado, con independencia de su nacionalidad, profesa la religión islámica, que inspira el ordenamiento permisivo de la poligamia. No obstante lo cual, se trata de argumento tajantemente rechazado por los tribunales, que subrayan lo inconcebible que tal error resulta dado “*el conocimiento popular de la necesidad de disolver el previo enlace*”⁹³.

Este rechazo ha llevado en ocasiones a utilizar una segunda línea de defensa por quienes se amparan en la profesión de dicha fe: la vulneración de su derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE) y del principio de igualdad (art. 14 CE), que prohíbe toda discriminación por razón de religión⁹⁴. Pero esta argumentación choca frontalmente con el principio de territorialidad de la ley penal (arts. 23.1 LOPJ y 8.1 Cc), en cuya virtud quedan sometidos a ella todos los que se hallen en territorio español. La preeminencia de este principio descarta, en el ámbito penal, cualquier posible debate sobre una restricción de un derecho individual, por fundamental que sea: también lo es el derecho a la libertad (art. 17 CE) e igualmente puede ser limitado por efecto de las leyes penales. En consecuencia, no cabe reproducir en el ámbito penal la argumentación basada en el derecho a la libertad religiosa. Ésta

⁹⁰ SAP Almería 32/2009, de 29 enero (ARP 2009\482).

⁹¹ SAN 66/2000, de 19 diciembre (JUR 2001\175182), que no apreció el dolo en la conducta del imputado, ya que éste había instado el divorcio de su primera esposa con todas las formalidades aunque ante tribunal incompetente, -por corresponder al de su lugar de residencia tras producirse la separación, Florida- y obtenido una sentencia norteamericana de divorcio no susceptible de ser reconocida en España.

⁹² SAP Alicante 544/1999, de 8 julio (ARP 1999\3136). En este caso, y acogiendo dicho argumento, la sentencia de instancia había sido absolutoria, lo que fue recurrido por el Ministerio Fiscal, para quien resultaba “*imposible y absurdo concluir que una persona puede estar divorciada, sin haber hecho ninguna solicitud (...) de un proceso de divorcio. Por muy inculta que pueda ser la acusada, es increíble que llegue a esos límites de desconocimiento*”. Dicho alegato fue rechazado por la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia recurrida, al considerar que no se alcanzaba el nivel de certeza exigido para descartar plenamente la existencia de un error en la conducta de la acusada.

⁹³ SAP Baleares 233/2000, de 18 diciembre (ARP 2000\2824).

⁹⁴ SAP Málaga 7/2003, de 11 febrero (JUR 2003\209109). Este argumento del recurrente es calificado por la Audiencia Provincial de ‘temerario’, afirmando además -no sin cierta desproporción- que con esta justificación de la poligamia “*se podría incluso llegar a justificar otras conductas más aberrantes como por ejemplo la mutilación genital femenina*”.

debería restringirse al debate sobre la posible legalización de la poligamia y su correlativa despenalización; o al menos, del reconocimiento de sus efectos, sin que pueda servir para amparar conductas que el legislador -de forma acertada o no- tipifica como delitos.

Ya en el ámbito de la estricta política legislativa, vimos cómo la tipificación de las conductas polígamas ha sido sistemáticamente cuestionada por la doctrina penal. Pese a mantenerse hoy en el Código Penal, la poligamia ha perdido gran parte de su ‘estigmatización criminal’, y así lo evidencia la reducción de la pena que conlleva, la exclusión de la culpa como título de imputación, la tendencia judicial a no imponer el máximo de la condena legalmente prevista y a suspender la ejecución efectiva de la misma.

Estos datos constituyen indicios de que, pese a la ‘repugnancia’ que según el Tribunal Supremo inspira la poligamia en el orden público español⁹⁵, no cabe ya realizar esta consideración de forma tan tajante, ni siquiera en el ámbito penal. De acuerdo con su razonamiento, este rechazo de nuestro ordenamiento hacia la poligamia deriva de su frontal oposición al orden público español, hasta el punto de considerarla una práctica delictiva⁹⁶. Pero seguidamente veremos cómo no frente a todos los matrimonios poligámicos se alza el orden público. Antes al contrario, éste se flexibiliza o atenúa para dar entrada a ciertos efectos legales derivados de estas uniones. Volviendo al razonamiento del TS, si el orden público que justificaba la inclusión de la poligamia en el Código Penal no se muestra ya tan radical, ¿sigue estando igual de justificada su tipificación?

IV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y POLIGAMIA.

El matrimonio poligámico ha planteado a los tribunales contencioso-administrativos un triple reto, pues tres son los ámbitos en los que, hasta la fecha, han debido pronunciarse: la concesión de la nacionalidad española a los varones polígamos, la posibilidad que éstos puedan tener de reagrupar a sus esposas y el otorgamiento del derecho de asilo a las mujeres que se declaran víctimas de la poligamia.

1. Adquisición de la nacionalidad española.

En nuestro país, la condición de polígamo constituye un obstáculo para la obtención de la nacionalidad española. La institución de la poligamia también ha surgido en los procesos de adquisición de la nacionalidad española, obligando a las autoridades judiciales a valorar su incidencia en dichas solicitudes. Hasta la fecha, el resultado de tal valoración ha sido casi unánime: denegar el otorgamiento de la nacionalidad

⁹⁵ STS 19 junio 2008 (RJ 2008\6478).

⁹⁶ *Ibidem*: “La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 Cc). 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)”.

española a los solicitantes que se encuentren legalmente ligados por más de un vínculo matrimonial, conforme a sus ordenamientos de origen.

De las resoluciones judiciales que así lo declaran cabe extraer un argumento común: la falta de integración en la sociedad española de quienes han contraído matrimonio poligámico⁹⁷. De este modo, la denegación se hace encajar con uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española por residencia. Además de las condiciones relativas al plazo y carácter de dicha residencia, el artículo 22.4 Cc exige que el interesado acredite “*buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española*”. Correlativamente, el artículo 221 RRC establece que “*el Encargado, en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia, oirá personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, y procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren*”.

El primer precepto nos sitúa en el complejo e incierto ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, dado que nuestro ordenamiento no concreta qué se entiende por “suficiente grado de integración”⁹⁸. Por su parte, el segundo trata de resolver dicha indeterminación con el examen individualizado de cada solicitud, que habrá de realizarse por el Encargado del Registro Civil mediante entrevista personal con el peticionario. Pero esta solución cae en la misma imprecisión, al utilizar otro concepto jurídico indeterminado, ya que el objetivo de dicha entrevista es “*comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles*”, surgiendo de nuevo la duda sobre el contenido específico de dicha adaptación.

Consciente de la insuficiencia de esta medida, la Dirección General de los Registros y del Notariado aborda este “examen de integración” en su Instrucción de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia⁹⁹. En ella se reconoce la “*difícil apreciación concreta de conceptos de amplios y difusos contornos*”, como son las nociones de ‘grado de integración’ y ‘cultura y estilo de vida españoles’. La Instrucción señala que la práctica habitual en el derecho comparado europeo es considerar el manejo del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside, exigiendo correlativamente un suficiente conocimiento de la cultura del país que ratifique la requerida integración. En España, por el contrario, los citados preceptos no contienen una definición legal comprensiva de los parámetros de determinación del grado de integración social de los

⁹⁷ Entre otras, SSAN de 23 noviembre 2000 (JUR 2001\174948), 12 junio 2001 (JUR 294445), 11 junio 2002 (JUR 2003/58420), 27 enero 2005 (RJCA 2005\840), 8 marzo 2005 (JUR 2006\273879), 14 septiembre 2006 (JUR 2006\245537), 11 julio 2007 (JUR 2007\229136).

⁹⁸ Sobre el alcance que en la práctica posee la expresión “suficiente grado de integración”, *vid.* N. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la Sentencia...”, *cit.*, pp. 276-277, donde la autora cuestiona el uso de lo que considera un concepto jurídico indeterminado.

⁹⁹ B.O.E. núm. 189, de 8 de agosto de 2007.

solicitantes, lo que ha generado una profusa jurisprudencia destinada a delimitar su contenido y contornos¹⁰⁰.

Esta doctrina legal parte de la necesidad de perfilar una concreción adecuada a las circunstancias de cada caso, a fin de llegar a “*una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (art. 103 CE)*”, evitando con ello las soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa. Es jurisprudencia reiterada que tal discrecionalidad está radicalmente excluida en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, como ‘orden público’ e ‘interés nacional’. La justicia del caso concreto conlleva la obligación de los tribunales de adoptar la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, siendo la concesión de la nacionalidad un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos. En este punto, notable relevancia posee la distinción entre la adquisición de la nacionalidad por residencia y por carta de naturaleza: mientras que la segunda “constituye un genuino derecho de gracia”, la primera sólo puede concederse o denegarse por los motivos legalmente tasados, de forma que no se trata de una concesión *stricto sensu*, sino de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles.

Las solicitudes de nacionalidad española presentadas por extranjeros que practican la poligamia pertenecen a la primera categoría, lo que elimina de raíz la posibilidad de obviar el requisito de la integración en la sociedad española. Este requisito constituye justamente el caballo de batalla de las mencionadas solicitudes, mayoritariamente denegadas por considerar los tribunales que la condición de polígamo resulta incompatible con la adaptación a la cultura y costumbres españolas que debe acreditar todo aspirante a nacional de nuestro país. Entiende la jurisprudencia que la integración social no deriva únicamente del grado de conocimiento del idioma, sino que exige la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales - fundamentalmente recogidos en la Constitución-, el nivel de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, y con las leyes y forma de vida de nuestra sociedad. Confrontado dicho contenido del concepto de ‘integración’ con el estado de polígamo, la conclusión es tajante: resulta inviable conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico¹⁰¹.

Al argumentar esta incompatibilidad, la jurisdicción española declara que la poligamia constituye un rasgo de diferenciación notable respecto a nuestra sociedad, que si bien se muestra “*abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica*”¹⁰². Esta circunstancia, unida al impedimento de ligamen consagrado en nuestro ordenamiento, lleva a nuestros tribunales a considerar contradictorio admitir una situación familiar diferente -“en un aspecto tan importante de la organización social”- y creer al tiempo que quien la ostenta está en disposición de

¹⁰⁰ Vid. como ejemplos más recientes, las SSAN de 27 enero 2005 (RJCA 2005\840) y de 6 mayo 2010 (JUR 2010\174556).

¹⁰¹ SSAN de 12 junio 2001 (JUR 2001\294445) y 11 junio 2002 (JUR 2003\58420).

¹⁰² SAN de 27 enero 2005 (RJCA 2005\840).

someterse a la obediencia a la Constitución y de las leyes españolas, que impiden contraer matrimonio a quien está ya unido por un vínculo conyugal previo¹⁰³. Sobre esta base, los tribunales españoles rechazan sistemáticamente las peticiones de nacionalización presentadas por extranjeros que han contraído matrimonio poligámico¹⁰⁴. Aunque como ya hemos visto, en ocasiones esta regla general quiebra, la práctica judicial permite presumir que constituyen supuestos en los que, pese a existir, no ha quedado acreditada la poligamia del solicitante, que ve cómo la concesión de la nacionalidad española no conlleva el acceso al Registro Civil de su matrimonio poligámico, práctica que -esta vez sin fisuras- mantiene la jurisdicción civil.

La jurisdicción contenciosa se muestra igualmente tajante en su oposición a que la institución de la poligamia acceda a nuestro sistema jurídico, denegando incluso la nacionalidad española cuando quede acreditado que el solicitante, al contraer el primer matrimonio conforme a su ley personal, optó por la poligamia, aunque no se haya probado que ésta se ejercitó efectivamente. Así se aprecia en la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2009¹⁰⁵, que establece que la específica opción del solicitante por la poligamia -“*aunque la opción ‘aparentemente’ no se haya hecho efectiva*”- permite llegar a la conclusión de que “*no acepta de manera clara e indiscutible la monogamia como régimen matrimonial*”.

Aun siendo conscientes del grado de rechazo que la poligamia despierta en algunos de nuestros órdenes jurisdiccionales, esta decisión resulta tan sorprendente como censurable, por cuanto ‘penaliza’ un hipotético rechazo de la monogamia, que el interesado no ha declarado sino que el tribunal deduce de sus circunstancias personales. Así lo explica la Audiencia en su argumentación: el solicitante, de nacionalidad senegalesa, llevaba seis años residiendo legalmente en España¹⁰⁶ cuando celebró el mencionado matrimonio; por tanto, “*conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, pese a lo cual optó por la poligamia*”; si pese a dicho conocimiento optó por la poligamia, su elección denota el rechazo de la monogamia como régimen matrimonial¹⁰⁷. Esta conclusión de la existencia de un

¹⁰³ A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo estima que resulta “*perfectamente ajustado a derecho (...) 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”* (STS de 26 febrero 2010, RJ 2010\1571).

¹⁰⁴ SSAN de 12 junio 2001 (JUR 294445), de 11 junio 2002 (JUR 2003/58420), de 27 enero 2005 (RJCA 2005\840); de 8 marzo 2005 (JUR 2006/273879), de 14 septiembre 2006 (JUR 245537), de 11 julio 2007 (JUR 229136), de 11 marzo 2008 (JUR 2008\164675) de 4 junio 2009 (RJCA 2009\567), de 17 diciembre 2009 (JUR 2010\17359). SSTS de 19 junio 2008 (RJ 2008\6478) y 26 febrero de 2010 (RJ 2010\1571).

¹⁰⁵ JUR 2010\17359.

¹⁰⁶ Interesa subrayar que, pese a su condición de polígamo, el interesado había obtenido el permiso de residencia, un supuesto no infrecuente que nuestra jurisprudencia explica cuando deniega la nacionalidad española a quienes se encuentran en dicha situación: “*lo que ocurre es que una cosa es obtener el derecho de residencia, y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere*” (SAN de 11 julio 2007, JUR 2007\229136, que expone profusamente la fundamentación jurídica de esta postura).

¹⁰⁷ El supuesto inverso lo recoge la SAN de 23 noviembre 2000 (JUR 2001\174948), que concedió la nacionalidad española a un senegalés que, pese a haber estado casado con varias mujeres a la vez,

rechazo -presunto y no declarado- del matrimonio monogámico y su correlativa ‘sanción’ de no conceder la nacionalidad española a quien ‘presuntamente’ lo profesa, resulta altamente cuestionable. Además de basarse en una presunción no corroborada por el comportamiento efectivo del interesado, adelanta desmesuradamente la barrera de protección que nuestro ordenamiento opone a la poligamia, evitando que llegue a ser español quien aparentemente no abraza la monogamia. Esta medida resulta no sólo excesiva sino también innecesaria, pues nuestro ordenamiento ofrece vías legales más razonables para defender su postura ante la poligamia: la pérdida de la nacionalidad española, si llegara a descubrirse que el interesado había ejercitado efectivamente la poligamia antes de obtenerla¹⁰⁸; o la no inscripción del matrimonio ulterior, si lo hubiera celebrado siendo ya nacional español.

Como último apunte sobre esta materia, hay que señalar que la rotunda negativa a conceder la nacionalidad española a quienes poseen la condición de polígamos es matizada por los propios tribunales, que no quieren evidenciar con ello un total rechazo a la institución de la poligamia. Así, algunas decisiones denegatorias -incluyendo la antes comentada- se han preocupado de introducir este matiz, a fin de puntualizar que de tal denegación no debe deducirse *“ninguna consideración negativa sobre los preceptos morales y religiosos que admiten esta costumbre en otros ámbitos geográficos y culturales, por lo que no se puede considerar que exista factor de discriminación alguno al denegar la nacionalidad a personas que ponen en práctica esta forma plural de relación marital”*¹⁰⁹. Antes al contrario, la toma en consideración de la condición de polígamo es una mera comprobación de un requisito legal, como es el “suficiente grado de integración en la sociedad española” exigido por el artículo 22.4 Cc. Las decisiones más recientes en esta materia avanzan por esta línea de suavizar el aparente rechazo que hacia la poligamia parecen evidenciar las resoluciones denegatorias de la nacionalidad española¹¹⁰. Para nuestros tribunales contenciosos, estas decisiones no esconden una censura a la propia institución, ni un intento de *“prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece”*¹¹¹. Aunque, significativamente, a continuación puntualizan que tal prohibición sería posible *“si una norma jurídica válida conforme al ordenamiento jurídico español -ya sea el interno o el supraestatal comunitario- así lo estableciera”*.

2. Concesión de la reagrupación familiar.

El marco jurídico regulador de esta cuestión lo integran la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹¹², con sus respectivas modificaciones, y su reglamento de ejecución, contenido

acreditó documentalmente que con anterioridad a su solicitud, tales matrimonios habían sido disueltos -por repudio-, y tenía una única esposa, habiendo optado expresamente por la monogamia

¹⁰⁸ Así lo permite el artículo 25.2. Cc, que establece la nulidad de la nacionalidad española obtenida mediante falsedad, ocultación o fraude.

¹⁰⁹ SAN 17 diciembre 2009 (JUR 2010\17359).

¹¹⁰ SAN 6 mayo 2010 (JUR 2010\174556).

¹¹¹ STS de 26 julio 2004 (RJ. 2004\4114).

¹¹² BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre¹¹³. La regulación esencial que esta normativa recoge respecto de la poligamia es la siguiente: reconoce la existencia de familias poligámicas y permite reagrupar a cualquiera de los cónyuges, pero sólo a uno de ellos.

El capítulo II, dedicado a la reagrupación familiar, se inicia con el reconocimiento del derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16.1). Correlativamente, y como elemento nuclear del efectivo disfrute de este derecho, el apartado 2º otorga a los residentes en España el derecho a reagrupar a los familiares enumerados en el artículo 17¹¹⁴. Como primer familiar reagrupable se encuentra el cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. A continuación, el mismo precepto aborda la eventualidad de los matrimonios poligámicos, estableciendo que “en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”¹¹⁵. Este precepto trae causa en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar¹¹⁶, cuyo artículo 4.4 establece 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”.

De la previsión contenida en el artículo 17.1.a) LO 4/2000 cabe extraer principalmente dos conclusiones: que la poligamia es rechazada en el ámbito de la reagrupación familiar, cuyo ejercicio se restringe a un único cónyuge; que la esposa reagrupada no tiene que ser necesariamente la primera, pues la ley no constriñe la elección del reagrupante¹¹⁷. Éste tiene libertad para decidir a cuál de sus esposas puede solicitar el permiso de residencia, lo que resulta altamente cuestionable desde la perspectiva del mismo orden público que se invoca para rechazar la poligamia¹¹⁸. Además, cabe realizar

¹¹³ BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005. Un riguroso e interesante análisis de esta materia puede encontrarse en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

¹¹⁴ Una crítica a la compleja y confusa redacción de este precepto puede verse en A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La trasposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Migraciones*, marzo 2006, p. 29.

¹¹⁵ En esta previsión se ha querido ver la plasmación del principio general recogido en el art. 3.2 de la LO 4/2000 y la consiguiente aplicación de la excepción del orden público del art. 12.3 Cc (STSJ Comunidad Valenciana, Social, de 6 junio 2005, AS. 2005/2454).

¹¹⁶ DOUE L 251, de 30 de octubre de 2003. Sobre esta disposición, *vid.* CANEDO ARRILLAGA, P., “La Propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho Internacional Privado”, en *Mundialización y familia*, A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), Colex, Madrid, 2001, p. 139.

¹¹⁷ A diferencia de otros ordenamientos, como el británico, que únicamente permite la reagrupación de la primera esposa (*vid.* PRAKASH, A.S., “Attitudes to Polygamy in English Law”, *International Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, pp. 369-400).

¹¹⁸ Para A. MOTILLA DE LA CALLE, esta opción legislativa reconoce implícitamente al varón el derecho a elegir la esposa que ha de beneficiarse de la reagrupación, lo que resulta paradójico en un ordenamiento que rechaza la poligamia por discriminatoria (“Multiculturalidad, derecho islámico y ordenamiento secular...”, *cit.*, p. 203). En parecido sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ censura que se convierta de este modo al reagrupante en árbitro, y la considera atentatoria contra los derechos

otra objeción a este sistema: la esposa beneficiada por la reagrupación puede no ser la primera, única a la que el ordenamiento español reconoce su condición de esposa legal. Por tanto, la situación en España de la esposa reagrupada quedará en el limbo de la indeterminación legal en que se encuentran en España las esposas de un polígamo. Resulta lógico presumir que, residiendo ya legalmente en nuestro país, ésta necesite demandar el reconocimiento legal de algunos efectos de su matrimonio -alimentos, pensión, sucesiones, etc.-, quedando entonces al albur de una jurisprudencia incierta y vacilante¹¹⁹. Dada la hostilidad que hacia la poligamia evidencia el ordenamiento español, esta previsión legal resulta cuanto menos contradictoria con dicha postura. Partiendo del rechazo al matrimonio poligámico que constituye la premisa de nuestro ordenamiento, más coherente hubiera sido restringir la posibilidad de reagrupación a la primera esposa, única que legalmente tiene dicha condición para nuestro ordenamiento.

Una previsión en tal sentido estaría igualmente en armonía con el tratamiento que la normativa sobre extranjería otorga a los supuestos de divorcio y posteriores matrimonios, pues el artículo 17.1.a) limita la reagrupación al nuevo cónyuge, y exige la acreditación de que el anterior matrimonio ha sido efectivamente disuelto¹²⁰. Esta exigencia ha generado en nuestra práctica judicial una paradoja, pues los tribunales admiten el repudio como forma de disolución matrimonial, reconociendo y otorgando efectos jurídicos a una institución tan discriminatoria para la mujer y contraria al orden público español como pueda serlo la poligamia.

Así se aprecia en la STS de 25 de enero de 2006¹²¹, que declara la validez de un repudio notarial a efectos de considerar extinguido el primer vínculo matrimonial y permitir la reagrupación de la segunda esposa. Al hacerlo, anula la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había denegado la reagrupación solicitada por considerar que el matrimonio precedente no había sido disuelto con todas las garantías, “*mediante un proceso judicial y no un simple acuerdo y respetando los intereses de los ex-cónyuges y su posible descendencia*”¹²². Para el TSJ, es preciso

fundamentales de las esposas e hijos discriminados por su decisión (*Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 180-181). El propio P. LAGARDE, impulsor de esta opción, admite lo cuestionable de un sistema que puede llegar a obligar al marido a elegir entre una esposa u otras (“*La théorie de l’ordre public international...*”, cit, p. 281).

¹¹⁹ Como señala M. SOTO MOYA, la restricción al reagrupamiento de una sola de las esposas “*está amparada por el artículo 8.2 del CEDH, que, obviamente, no tiene en cuenta los problemas que se suscitan una vez se está residiendo en el Estado de acogida*” (“*Mujer inmigrante marroquí...*”, cit., p. 147). No obstante, como indica M.D. ADAM MUÑOZ, “*todas las esposas del inmigrante, que a la luz de su ley nacional gozan de los mismos derechos, quedan perjudicadas por la normativa española, al no poder convivir en España con su esposo, y sin embargo continuar casadas con él en su país de origen*” (“*Las otras españolas. Los caminos de la ciudadanía*”, Ponencia presentada en el encuentro celebrado en Córdoba los días 16 y 17 de septiembre de 2005, p. 226).

¹²⁰ Sobre el alcance y consecuencias de este precepto, *vid.* RODRÍGUEZ BENOT, A., “*Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí*”, en *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, vol. I, A. Quiñones Escámez, A. Rodríguez Benot, K. Berjaoui, M. Tagmant, FIIAAP, Madrid, 2009, pp. 41.43.

¹²¹ RJ 2006/4338.

¹²² STSJ Madrid de 21 marzo 2002 (JUR 2002\152115).

fijar “*un límite razonable para evitar no solo situaciones de fraude de Ley, sino contrarias al orden público interno español*” y por eso exige imperativamente que el matrimonio anterior haya sido disuelto con todas las garantías. En contra de esta postura, el TS entiende que sí se ha producido la efectiva disolución del primer matrimonio -aunque a través del repudio-, declarando implícitamente que el TSJ se ha mostrado demasiado formalista al interpretar el tenor literal del art. 17.1.a)¹²³.

El TS puntualiza que no cualquier procedimiento jurídico permite entender satisfecha la exigencia contenida en este precepto, dirigida tanto a evitar el fraude como a garantizar los derechos del ex-cónyuge y de los descendientes. Debe tratarse de un procedimiento que supere el canon del cumplimiento de dichas garantías, y que además, sea “*reconoscible como una efectiva extinción del vínculo matrimonial*”, precisamente porque tal extinción es el presupuesto exigido por la norma para ejercitar el derecho a una segunda reagrupación. Dicho presupuesto no se cumple cuando la disolución matrimonial no es real, definitiva e irrevocable, ni cuando, siéndolo, no incluye las garantías mencionada. En este punto, el TS realiza una clasificación del repudio como forma de disolución del matrimonio a efectos de entender satisfechos los requisitos del artículo 17.1.a) LO 4/2000, para lo que considera aptas algunas de sus modalidades¹²⁴.

En el caso de que ninguno de los matrimonios haya sido disuelto, la normativa española deja en manos del solicitante la elección de cuál de sus esposas reagrupar, pese a que únicamente la primera es reconocida en España legalmente como tal, con las considerables que ya hemos visto que suscita esta disposición desde el punto de vista de la coherencia y seguridad jurídicas. A la hora de aplicar la normativa descrita, los tribunales españoles se muestran tajantes, concediendo un único permiso de residencia por razón de matrimonio y denegando ulteriores solicitudes de otras esposas si una ha sido ya reagrupada. Esta postura, adoptada en aplicación de la legislación en vigor, era ya mantenida por nuestra jurisdicción con anterioridad a su promulgación. Pese a la ausencia de normativa expresa en la reglamentación administrativa sobre la concesión del permiso de residencia por reagrupamiento familiar, la jurisprudencia española entendía que sí existía una normativa contraria a la poligamia en nuestro ordenamiento, constituida por el impedimento de ligamen del artículo 46.2 Cc y la consiguiente sanción nulidad de matrimonio en caso de concurrencia de aquel, conforme al artículo 73.2 Cc¹²⁵. Por tanto, en este ámbito nunca se ha reconocido efecto alguno a los matrimonios poligámicos, subrayando nuestra jurisprudencia que la segunda esposa “*no*

¹²³ “*La Sala de instancia lleva a cabo una interpretación más restrictiva de dicho artículo que el que surge de su interpretación literal pues debe notarse que mientras que la Sala de instancia parece entender que el procedimiento de divorcio debe ser necesariamente un procedimiento de naturaleza judicial la literalidad de la norma sólo exige un procedimiento jurídico*”.

¹²⁴ Así, el TS distingue entre el repudio que disuelve definitivamente el vínculo y el que no, admitiendo únicamente el primero a los efectos del cumplimiento del requisito del art. 17.a) LO 4/2000. Se trata del denominado ‘repudio mediante compensación económica de la esposa’ (*kohl*), que a diferencia de repudio unilateral del esposo (*talaq*), no le permite reconciliarse con ella sin su consentimiento. En el presente caso, el repudio había sido instado por la esposa, un dato que el Tribunal subraya, quizá para allanar una de las objeciones que el orden público español opone al repudio: su carácter discriminatorio respecto de la mujer.

¹²⁵ STSJ Aragón de 22 diciembre 2000 (JUR 2001/112628).

puede hacer valer la condición de esposa, cuando la esposa primigenia ya lo ha hecho valer al fin pretendido” [la obtención del permiso de residencia por reagrupación familiar]¹²⁶.

3. Obtención de asilo.

Las solicitudes que España han generado decisiones judiciales en materia de asilo vinculadas a situaciones de poligamia provienen en su mayoría de mujeres originarias de países africanos, que alegan haber sido forzadas a contraer matrimonios poligámicos¹²⁷. La normativa española aplicada a dichas peticiones viene constituida por la hoy derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado¹²⁸ y el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprobó su reglamento de aplicación, que continúa vigente¹²⁹. En todos los supuestos planteados, la conclusión de los tribunales contenciosos es unánime: la poligamia no constituye por sí sola una situación que justifique el otorgamiento de asilo o refugio a quien la padece. Y ello, aun cuando se alegue la ausencia de consentimiento matrimonial o la vulneración del derecho de libertad religiosa.

La respuesta de nuestros tribunales ante este tipo de demandas es su inadmisión a trámite, por estimarlas incurso en el motivo del artículo 5.6.c) de la Ley 5/1984, es decir, carentes de motivación¹³⁰. Para esta postura jurisprudencial, los motivos aducidos por las solicitantes no están incluidos dentro de las causas legales de reconocimiento del derecho de asilo y estatuto del refugiado¹³¹. Así, la alegación de sufrir presiones para contraer matrimonio poligámico es desechada por considerarse que “*no se evidencia ninguna concreta persecución personalizada y particularizada sufrida por la actora, que determinaría de la condición de asilado*”. Por su parte, la invocación de la situación de poligamia que padecen las solicitantes se entiende como una circunstancia que “*entroncaría más bien con la concepción del grupo familiar [en Nigeria] y las relaciones en ese ámbito*”¹³². Asimismo, la jurisprudencia española exige a las

¹²⁶ STSJ Aragón de 22 de diciembre de 2000 (JUR 2001/1122628).

¹²⁷ SSAN de 24 abril 2002 (JUR 2003/67745) y de 14 abril de 2004 (JUR 2004/247944); STS de 7 julio 2005 (RJ 2005/5167). Como excepción, cabe citar las SSAN de 16 mayo 2007 (JUR 2007/136321) y de 31 octubre 2007 (JUR 2007/339844), que recoge los supuestos de sendos recurrentes varones que declaran haber recibido amenazas para contraer matrimonio no deseado con la esposa de su padre, alegando que ello les obligaría a una situación de poligamia contraria a sus convicciones como cristianos. Ambas solicitudes, como en los supuestos anteriores, fueron rechazadas por los tribunales españoles.

¹²⁸ Vigente hasta el 20 de noviembre de 2009, fue derogada por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).

¹²⁹ BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

¹³⁰ “*El Ministro del Interior, a propuesta del órgano encargado de la instrucción de las solicitudes de asilo, previa audiencia del representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, podrá, por resolución motivada, inadmitirlas a trámite, cuando concurra en el interesado alguna de las circunstancias siguientes: (...) Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado*”.

¹³¹ SAN de 14 abril 2004 (JUR 247944).

¹³² SAN de 24 abril 2002 (JUR 2003/67745).

peticionarias haber solicitado previamente protección a las autoridades de su país de origen cuando éste prohíba los matrimonios forzosos y la poligamia¹³³.

Respecto a la supuesta vulneración del derecho a la libertad religiosa, alegada por varones forzados a contraer matrimonio poligámico, nuestros tribunales consideran igualmente que no constituye motivo suficiente para admitir a trámite la solicitud de asilo. El motivo es la consideración de esta situación -hijo forzado a contraer matrimonio con la esposa de su padre- como una práctica que “*se enmarca dentro de las relaciones familiares*” tal como se conciben en ciertos países. Para nuestras autoridades judiciales, ello no basta para sustentar una pretensión de obtener protección en España por causa de persecución religiosa, político, étnica o de otra índole semejante imputable a las autoridades de su país de origen (art. 3 Ley 5/1984), por mucho que se invoque la condición de católico cuando ello no se vincula con acto alguno de persecución por razón de profesar dicha religión¹³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, importa subrayar que es doctrina constante que procede otorgar la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Y ello, no sólo cuando esa persecución provenga de las autoridades del país de origen, sino también cuando derive de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por esas autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz¹³⁵. Para esta misma jurisprudencia, que parte de la constancia de que en numerosos países la mujer no ha podido alcanzar un nivel equiparación en sus derechos cívicos y sociales respecto de los hombres, el solo hecho de ser mujer, sin más consideraciones, no puede dar lugar a la concesión del asilo salvo que se asocie a una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica en el país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos o le impida continuar su vida en ese país¹³⁶. Al confrontar dichas consideraciones con las decisiones finalmente adoptadas por los tribunales contencioso-administrativos en materia de asilo, no deja de apreciarse una cierta contradicción u oscuridad en el razonamiento.

V. JURISDICCIÓN SOCIAL Y POLIGAMIA.

El orden social ostenta el mérito de haber emitido decisiones pioneras en la senda del reconocimiento de ciertos efectos legales a la poligamia, rompiendo con ellas el monolítico rechazo que hacia esta institución venían manifestando todos los órdenes

¹³³ SSAN de 14 abril 2004 (JUR 247944) y de 27 diciembre 2006. STS de 7 julio 2005 (RJ 2005\5167).

¹³⁴ SSAN de 16 mayo 2007 (JUR 2007\136321) y de 31 octubre 2007 (JUR 2007\339844).

¹³⁵ STS de 7 de julio de 2005 (RJ 2005\5167).

¹³⁶ *Ibidem*.

jurisdiccionales¹³⁷. Esta doctrina legal se inicia con la sentencia dictada el 13 de julio de 1998 por el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña¹³⁸, que por vez primera reconoció el derecho a la pensión de viudedad a las dos esposas de un trabajador senegalés, otorgando también a los hijos habidos con ambas las respectivas pensiones de orfandad. Confirmada por el TJS de Galicia en los términos que veremos¹³⁹, esta decisión marca el inicio de la introducción de la doctrina del orden público atenuado en el orden social, reconociendo ciertos efectos jurídicos a una institución rechazada por nuestro ordenamiento jurídico. Junto a este atributo, el ámbito laboral presenta también la peculiaridad de acoger algunas de las escasísimas previsiones que la legislación española dedicadas al matrimonio poligámico, recogidas en los convenios internacionales firmados en materia de seguridad social con Marruecos¹⁴⁰ y Túnez¹⁴¹.

1. Las demandas de las viudas polígamas.

Desde la mencionada sentencia emitida por el tribunal gallego en 1998, varias son las ocasiones en las que la pensión de viudedad ha sido solicitada ante la jurisdicción social de forma simultánea por varias esposas¹⁴². Las respuestas han sido divergentes, como era de esperar ante una reclamación que enfrenta a los tribunales y a la propia doctrina laboral¹⁴³, y que carece de una regulación expresa -a excepción de los convenios citados-, dolencia que arrastra la poligamia a través de todos nuestros órdenes jurisdiccionales. Los casos resueltos por nuestros tribunales presentan las mismas características iniciales: trabajador extranjero que fallece en España y deja dos esposas que, habiendo contraído con él matrimonio válido según su ley personal, reclaman judicialmente la correspondiente pensión de viudedad. Ésta es una pretensión carente de

¹³⁷ Al respecto, *vid.* JUÁREZ PÉREZ, P., “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, en *Globalización y Derecho*, A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones (coords.), Colex, Madrid, 2003, pp. 336-341.

¹³⁸ AS 2001/1493.

¹³⁹ STSJ Galicia de 2 abril 2002 (AS 2002/899).

¹⁴⁰ Convenio sobre seguridad social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982), modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998 (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001). Artículo 23. “*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*”.

¹⁴¹ Convenio de seguridad social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (B.O.E. núm. 309, de 26 de diciembre de 2001). Artículo 24. *Pensión de viudedad compartida*. “*En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales*”.

¹⁴² STSJ Galicia de 2 abril 2002 (AS 2002/899), STSJ Madrid de 29 julio 2002 (AS 2002/3324), STSJ Cataluña de 30 julio 2003 (AS 2003/3049), y STSJ Valencia de 6 junio 2005 (AS 2005/2454).

¹⁴³ Como ejemplos de las diversas posturas que esta cuestión suscita, *vid.* FLOR FERNÁNDEZ, M., *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002; DE NO VÁZQUEZ, M.F., “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 22, 2004, pp. 1899-1910; SÁNCHEZ URÁN, Y., “Derecho a la prestación social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 63, 2006, pp. 249-296; y PERICÁS SALAZAR, L., “El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 9, 2007, pp. 129-135.

regulación legal en nuestro ordenamiento, pues la Ley General de Seguridad Social únicamente reglamenta la pensión de viudedad desde una perspectiva monógama¹⁴⁴.

Las dificultades que esta circunstancia plantea a los tribunales sociales de cara a la fundamentación jurídica de su decisión fueron ya puestas de relieve por la sentencia de 13 de julio de 1998 del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña. La demanda fue presentada por las dos esposas senegalesas de un trabajador senegalés fallecido en accidente de tráfico, que reclamaron -y obtuvieron- sendas pensiones de viudedad para ellas y de orfandad para sus respectivos hijos¹⁴⁵. La siguiente demanda de este tipo planteada ante un tribunal español presentaba con la anterior una diferencia sustancial: la existencia de una normativa convencional reguladora que preveía dicha eventualidad, cual es el Convenio hispano-marroquí sobre seguridad social. Este caso fue resuelto por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sentencia de 17 de enero de 2002, que ante un matrimonio poligámico de nacionalidad marroquí, declaró la existencia de una única viuda legal y, por tanto, de una sola beneficiaria de la pensión de viudedad. Su decisión sería anulada y modificada por la STSJ Madrid de 29 de julio de 2002, que reconoció -en los términos seguidamente expuestos- el derecho de la segunda viuda del trabajador marroquí a percibir un porcentaje de la pensión de viudedad.

Hasta el momento, dichas decisiones constituyen los únicos supuestos de concesión judicial de más de una pensión de viudedad respecto de un único trabajador, puesto que las dos demandas planteadas en este sentido con posterioridad fueron resueltas en sentido negativo por los tribunales. Así, tanto la STSJ Cataluña de 30 de julio de 2003 como la STSJ Valencia de 6 de junio de 2005 levantaron contra esta pretensión la barrera del orden público, rechazándola de plano e inaugurando el ‘cisma’ que en esta materia divide actualmente a la jurisprudencia laboral.

2. La respuesta judicial: entre la concesión y la denegación de la pensión de viudedad.

En torno al mismo supuesto de hecho, la respuesta de los tribunales del orden social puede clasificarse en dos grupos, según reconozcan al matrimonio poligámico la posibilidad de generar ciertos efectos jurídicos o nieguen taxativamente la producción de cualquier efecto legal desde el punto de vista de nuestro ordenamiento. Ambas posturas se sustentan sobre una concepción del orden público radicalmente distinta: la primera defiende una aplicación atenuada de la excepción contenida en el artículo 12.3

¹⁴⁴ En efecto, el artículo 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE. núm. 154, de 29 de junio de 1994), establece el régimen jurídico de la pensión de viudedad en torno a dos modalidades: que exista un único cónyuge viudo y que concurren un cónyuge actual y un cónyuge anterior, en cuyo caso el segundo puede optar a la pensión si se cumplen los requisitos previstos por el propio precepto.

¹⁴⁵ Sobre esta decisión judicial, *vid.* DE VAL TENA, A.L., “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la «extensión» del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 13 al 19 enero 2003, pp. 47-58; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, nº 33, 8 al 14 septiembre 2003, pp. 581-601.

Cc -o su inaplicación-, que permita reconocer el derecho a la pensión de viudedad de todas las esposas; la segunda es partidaria de aplicar taxativamente dicha excepción, denegando con ello la concesión de la citada pensión a quien no considera legalmente viuda, esto es, a la segunda esposa. La primera doctrina legal es anterior en el tiempo, pues tal fue la postura que adoptó la sentencia dictada en 1998 y confirmada en 2002 por el Tribunal Superior de Galicia¹⁴⁶. La segunda, elaborada un año más tarde, ha encontrado eco en algunos tribunales laborales¹⁴⁷, surgiendo así una dualidad jurisprudencial que en el futuro habrá de dirimir el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

Dos cuestiones interesa subrayar respecto a la primera postura judicial: la divergente proporción con que los tribunales efectúan el reparto de la pensión de viudedad y la incidencia de la normativa convencional que en materia de seguridad social prevé esta eventualidad. Por lo que hace a la primera cuestión, las posibilidades son dos: dividir la pensión de viudedad a partes iguales entre ambas viudas o repartirla en proporción al tiempo de duración del matrimonio, puesto que la demanda de conceder una pensión *in integrum* a cada una de las viudas no ha sido acogida nunca por nuestros tribunales. Las dos anteriores opciones han sido seguidas por las resoluciones judiciales que integran esta corriente¹⁴⁸, lo cual deja también este punto pendiente de una unificación doctrinal que cada vez se evidencia más necesaria, habida cuenta de los contradictorios pronunciamientos que configuran la jurisprudencia laboral en materia de poligamia.

Respecto a las previsiones *ad hoc* que para regular estos supuestos recogen los citados convenios bilaterales en materia de seguridad social, únicamente el suscrito con Marruecos ha sido aplicado por nuestros tribunales y la prohibición de la poligamia por la legislación de Túnez permite augurar una escasa aplicación de la norma incluida en el correspondiente firmado con dicho país¹⁴⁹. En el caso de los trabajadores marroquíes, el artículo 23 del convenio establece que la pensión de viudedad se distribuirá a partes iguales entre quienes según la legislación de Marruecos resulten ser beneficiarias de la misma. Con ello, el convenio deja en manos de aquel ordenamiento la determinación de la efectiva titularidad del derecho¹⁵⁰, si bien fija de antemano la forma en que la pensión ha de dividirse.

¹⁴⁶ En la misma línea, STSJ Madrid de 29 julio 2002 (AS 2002/3324).

¹⁴⁷ STSJ Cataluña de 30 julio 2003 (AS 2003/3049). En esta corriente se adscribe también la STSJ Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005 (AS 2005/2454), que anuló la sentencia dictada el 14 de enero de 2005 por Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante, defensora de la postura anterior.

¹⁴⁸ Así, la STSJ de Madrid de 29 julio 2002 reparte la pensión en proporción al tiempo de convivencia, mientras que la STSJ de Galicia de 2 abril 2002 opta por el reparto a partes iguales porque así lo había hecho el Juzgado de instancia, aunque para E. DESDENTADO DAROCA, *obiter* dicta se muestra partidario del reparto proporcional (“Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 228, 2009, p. 24).

¹⁴⁹ En efecto, Túnez posee una legislación civil de orientación completamente occidental, que tipifica la poligamia como delito, configurando en torno al matrimonio una normativa jurídica que supone una ruptura con la tradición cultural musulmana “*sin parangón incluso hoy día con el resto de leyes de familia del mundo árabe*” (PÉREZ BELTRÁN, C., “Una ley en constante evolución: el Derecho de familia en Túnez desde la independencia hasta la actualidad”, *MEAH Sección Árabe-Islam*, 60, 2011, p. 237).

¹⁵⁰ Resulta interesante recoger la interpretación realizada por la STSJ Madrid de 29 julio 2002 sobre la expresión “conforme a la legislación marroquí” recogida en el artículo 23. Para el Tribunal, ésta “*alude*

Como ya se dijo, esta normativa ha sido aplicada en dos ocasiones por nuestros tribunales, si bien con desigual pronunciamiento, pues mientras el TSJ de Andalucía distribuyó la pensión a partes iguales entre ambas viudas reclamantes, el TSJ de Madrid estableció un reparto proporcional, habida cuenta de que en ese caso, uno de los matrimonios había sido disuelto con anterioridad al fallecimiento del trabajador. Esta decisión ha sido criticada por considerar que aplica incorrectamente la legislación marroquí, que no reconoce el derecho a la pensión de viudedad en caso de disolución del matrimonio¹⁵¹. De acogerse dicha censura, ello constituiría un indicio más de la FAVORABILIDAD de esta corriente jurisprudencial hacia la protección de las viudas de trabajadores polígamos. Esta protección se sustenta en la siguiente consideración de partida: que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración.

La segunda opción jurisprudencial, que niega la posibilidad de generar más de una pensión de viudedad, da un paso más en este razonamiento: pese a la eventual validez de dichos matrimonios conforme a su ley de origen -cuestión que en ningún momento discute- el orden público español impide reconocer y otorgar efectos jurídicos a una institución que colisiona frontalmente con algunos de sus principios básicos. Esta postura se sustenta sobre el aforismo *quod nullum est ab initio, nulum efectum producet*¹⁵² y la nulidad del matrimonio poligámico es consecuencia de dicha colisión con nuestro orden público.

Estamos ante una postura radical y sin fisuras, que recuerda que la poligamia es una figura tipificada por la legislación penal española¹⁵³ y cuya proscripción se deduce también de la limitación que en materia de reagrupación familiar establece la normativa sobre extranjería, permitiendo reagrupar a una sola esposa. En apoyo de su postura, esta corriente recuerda asimismo la negativa sistemática de la jurisdicción civil a celebrar un

solamente a la posible situación de poligamia del causante, máxime si la lógica también conduce a pensar que la única razón de tal remisión no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante, en una institución o realidad social -la poligamia- que, siendo legal en Marruecos, en España sólo es contemplada por el derecho penal”.

¹⁵¹ Vid. E. DESDENTADO DAROCA, “Pensión de viudedad y poligamia...”, cit., pp. 24-25. Para la autora, el argumento utilizado por el TSJ de Madrid “*es confuso y suscita dudas*”, al considerar que en realidad se trata de un supuesto de poligamia histórica, al que no resulta aplicable el artículo 23 del convenio, cuyo objeto es regular el reparto de la pensión cuando concurren varias esposas legales en el momento del fallecimiento.

¹⁵² En este sentido, STSJ Comunidad Valenciana de 6 junio 2005, que revoca la sentencia de instancia.

¹⁵³ Sin embargo, es obligado recordar que en los supuestos de bigamia también se ha reconocido como beneficiaria de la pensión de viudedad a la segunda esposa, siempre que hubiera actuado de buena fe, utilizándose como módulo para el reparto de la pensión el criterio del tiempo de convivencia: STSJ Asturias de 30 noviembre 2001 (AS 2001\4147); SSTSJ Madrid, de 15 marzo 2001 (AS 2001\1735), de 26 diciembre 2003 (AS 2004/ 995) y de 31 de mayo de 2005 (AS 2005\1525). En coherencia con ello, se deniega la pensión en caso de que se acredite la concurrencia de mala fe: STSJ Valencia de 15 mayo 2001 (RJ 277443), Al respecto, vid, MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 17, enero 2009, p. 130.

matrimonio sin la previa disolución del primero, aun cuando sí lo permita el estatuto personal de los contrayentes. Dicha posibilidad ha de ser excluida en virtud de la excepción de orden público del artículo 12.3 Cc, que al impedir la aplicación de la ley extranjera que otorga validez a los matrimonios poligámicos, impide también la producción de cualquier efecto por parte de éstos, incluido el devengo de la pensión de viudedad para más de una esposa¹⁵⁴.

Una vez desechada la posibilidad de reconocer dos o más pensiones de viudedad íntegras, las soluciones articuladas por la jurisdicción social se estructuran en torno a dos fórmulas¹⁵⁵, cuya aplicación depende muy directamente de la nacionalidad de las partes implicadas y correlativamente, de la existencia de convenios bilaterales sobre seguridad social aplicables al caso¹⁵⁶. La primera fórmula resulta la más radical, y consiste en la denegación de la prestación a la segunda esposa, *ex* artículo 12.3 Cc, por considerar contraria al orden público la ley extranjera aplicable¹⁵⁷. La segunda opción, más ponderada, distribuye la pensión entre las viudas supervivientes, albergando dos modalidades, según el reparto se realice conforme al criterio del tiempo de convivencia¹⁵⁸, o se opte por la división a partes iguales¹⁵⁹.

Ello obliga a subrayar la contradicción que en nuestro sistema implica la coexistencia de convenios bilaterales que reconozcan ciertos efectos jurídicos a la poligamia con decisiones judiciales que niegan categóricamente cualquier consecuencia jurídica a dicha institución¹⁶⁰. Resulta paradójico que determinados matrimonios poligámicos no

¹⁵⁴ STSJ Cataluña de 30 de julio de 2003, que resolvió el recurso presentado por la primera esposa frente a la sentencia de instancia, que concedía el 50 % de la pensión a cada una de las dos viudas de un trabajador originario de Gambia. La recurrente reclamaba el 100 % de la pensión, alegando la nulidad del segundo matrimonio y argumentando que la bigamia es un delito en España. El TSJ le dio la razón: tras puntualizar que el debate jurídico se centraba en “*determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar*”. En esta disyuntiva, el tribunal determina que “*a efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado*”. La sentencia, no obstante, contiene un voto particular en el que la magistrada muestra su disconformidad con los términos del debate, que a su juicio debía restringirse a determinar la forma de reparto de la pensión partiendo de las consecuencias legales que la poligamia efectivamente produce.

¹⁵⁵ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *Aranzadi Social*, V, 2005, p. 1168.

¹⁵⁶ SASTRE IBARRECHE, R., “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 15, 2007, pp. 61-62.

¹⁵⁷ STSJ de Cataluña de 30 julio 2003 (AS 2003/3049). Aunque con matices, M^a F. DE NO VÁZQUEZ la considera la resolución judicial “*más técnica y ajustada a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico español*” (“Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral* nº 16, 2004, pg. 1908).

¹⁵⁸ STSJ de Madrid, de 29 julio 2002 (AS 2002/3324).

¹⁵⁹ SSTSJ de Galicia de 2 abril 2002 (AS 2002/899) y de Andalucía de 30 enero 2003 (JUR 2003/96144).

¹⁶⁰ Esta misma reflexión puede verse en JUÁREZ PÉREZ, P., “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, cit., pp. 340-341. Casi diez años después, resulta obligado reiterarla, al ser una cuestión de plena actualidad cuyo tratamiento en nuestro país apenas ha cambiado (*vid. ad ex.*, “Prohibida la poligamia (pero está aquí)”, en *Diario El País* de 28 de abril de 2010; “Pensiones de poligamia”, *Diario El País* de 17 de febrero de 2008).

sólo no resulten contrarios al orden público español sino que resulten amparados por su legislación, mientras la validez de otros es negada categóricamente por algunos tribunales. Una paradoja que implica una inseguridad jurídica inadmisibles cuya eliminación debería venir, de forma inmediata, de la mano del Tribunal Supremo unificando la contradictoria doctrina laboral hoy existente; y de forma mediata, de la mano del legislador española, pues lo deseable sería que éste fijase de una manera clara, unificada y predecible la postura de nuestro ordenamiento hacia la poligamia. En el ámbito laboral, el sentido de esta senda está marcado ya por los convenios bilaterales en materia de seguridad social suscritos por España. En tanto llega esa hipotética regulación, la aplicación analógica de la solución acogida por dichos convenios parece la fórmula más adecuada a adoptar por nuestros tribunales, que resulta coherente con dichos textos convencionales, interpreta correctamente el sentido y alcance de la excepción de orden público y otorga una solución acorde con la búsqueda de la justicia material que inspira toda resolución judicial.

VI. CONCLUSIONES.

Dos datos relevantes surgen de forma inmediata de todo lo expuesto: la práctica ausencia de regulación de la poligamia por parte del ordenamiento español y el aumento de la litigiosidad que ésta plantea ante nuestros tribunales. Al responder a tales demandas, los órganos judiciales muestran una enorme divergencia de tratamiento, que va desde su tipificación como delito en el ámbito penal hasta el otorgamiento de importantes efectos legales en el orden social. La conjunción de las dos conclusiones mencionadas aboca a una tercera, tan inevitable como lógica: la necesidad de dotar de una mayor seguridad y previsibilidad jurídicas a las repuestas otorgadas por nuestros tribunales a la institución de la poligamia, que en su máximo grado sólo puede venir de la mano de un legislador que hasta la fecha la ha ignorado casi por completo. Hasta la fecha, esta ausencia de reglamentación se explicaba porque, además de constituir la poligamia una institución ajena a nuestro ordenamiento, su presencia ante los tribunales fue durante mucho tiempo inexistente, pero las demandas que esta institución plantea hoy en sede judicial distan ya mucho de ser anecdóticas.

A la hora de atenderlas, nuestra jurisprudencia se muestra excesivamente vacilante e incierta, evidenciando notables divergencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales e incluso entre los tribunales de una misma jurisdicción, como ocurre con la social. *Grosso modo*, la respuesta judicial española a la institución de la poligamia puede resumirse como sigue: la jurisdicción civil la ignora, negándole toda validez y efecto jurídico; la penal la condena, manteniendo su tipificación si bien con menos virulencia; la contenciosa la rechaza, vinculando la condición de polígamo con la denegación de la nacionalidad española; y la social la tolera de forma intermitente, concediendo ocasionalmente pensiones de viudedad que traen causa en matrimonios poligámicos cuya validez no admite, una postura que resulta contradictoria -aunque bienintencionada- y que además no es unánime en el orden laboral. Esta situación tiene su origen en una evidencia: que el legislador estatal no se ha pronunciado aún sobre el matrimonio poligámico, siendo de origen supraestatal los escasísimos

preceptos que nuestro ordenamiento le dedica, que son producto de una negociación convencional o de una imposición del derecho comunitario. En otras palabras, nuestra parca regulación de la poligamia ha sido consecuencia de una demanda de otros Estados u ordenamientos: en el caso de los convenios sobre seguridad social, por tratarse de una necesidad derivada de las particulares del mercado laboral; en el caso de la normativa sobre reagrupación familiar, por constituir el desarrollo de una previsión contenida en el Derecho comunitario.

Pero como ya señalara A. BUCHER hace más de una década, “*se puede no querer aceptar la poligamia, pero no se puede -debe- ignorarla ni rechazarla completamente, sin atribuirle el menor efecto jurídico*”¹⁶¹. Nuestra realidad judicial demanda hoy respuestas jurídicas *ad hoc* para las situaciones planteadas por la institución de la poligamia, ya plenamente presente en la sociedad española. Algunos jueces del orden social así parecen haberlo entendido ya, buscando con sus decisiones la justicia material del caso concreto¹⁶². Un profundo reconocimiento merece la labor de los tribunales españoles, que al afrontar esta situación tratan de ofrecer la respuesta especializada -y en ocasiones, multicultural- que el legislador aún no ha previsto. Hasta el momento, la búsqueda de soluciones ajustadas a los intereses concurrentes en este tipo de situaciones parece ser la opción adoptada -tímidamente aún- por nuestra jurisprudencia, que ha atenuado notablemente la tradicional hostilidad del orden público frente a instituciones como el repudio o la poligamia. Pero, a la larga, los esfuerzos judiciales pueden acusar la ausencia de un soporte legislativo que los respalde. Asimismo, dejar en manos de los tribunales la concreción de la admisibilidad o no de determinadas instituciones y la extensión de sus posibles efectos puede resultar excesivamente inseguro desde una perspectiva jurídica. Es necesaria una regulación legal que establezca claramente cuáles son los límites y consecuencias de figuras hoy desigualmente tratadas en las distintas instancias que las enjuician. Por ello, de cara a una hipotética regulación de estas figuras, resulta ineludible fijar -sin fisuras- la postura de nuestro ordenamiento ante ellas.

En esta eventual vía regulatoria, la celebración de convenios internacionales puede ser un mecanismo eficaz para dar una respuesta adecuada a la cuestión del matrimonio poligámico, como evidencian los suscritos con Marruecos y Túnez en materia de seguridad social¹⁶³. Pero lo laborioso, lento e incierto de esta opción, además de su intrínseco carácter sectorial, parecen aconsejar la adopción de una

¹⁶¹ “La famille en droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 283, 2000, pág. 129.

¹⁶² Una justicia material que, como indica A. MOTILLA DE LA CALLE, se halla “*integrando con sensibilidad las cláusulas expresión de la identidad cultural y los principios constitucionales*” (cfr. “Multiculturalidad, derecho islámico...”, cit., p. 193).

¹⁶³ Tal es la tendencia que marcan otros ordenamientos del ámbito europeo, aunque su ejemplo nos alerta también de las dificultades prácticas que la articulación de dicha vía puede encontrar. Así lo evidencia la experiencia belga, que desde la década de los 90 viene tratando de celebrar diversos convenios con Marruecos en materia civil, sin que hasta la fecha ambos Estados hayan firmado ninguno de ellos. Al respecto, CARLIER, J.Y., “Les conventions entre la Belgique et le Maroc en metiere de droit familial”, *Revue trimestrelle de Droit de famille*, 1994, págs. 447-462.

respuesta legislativa más global y estructurada, que marque definitivamente la posición de nuestro ordenamiento ante la institución de la poligamia islámica.

En este punto, el concepto de orden público aplicado a la poligamia adquiere una crucial importancia. La intervención del orden público internacional no debe ser automática¹⁶⁴ y su carácter esencialmente mutable obliga a delimitar su contenido en cada momento histórico¹⁶⁵. En el momento actual, resulta urgente clarificar si el matrimonio poligámico es o no contrario a nuestro orden público, pues la divergencia hoy existente en este ámbito resulta inaceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, no es admisible que una misma jurisdicción aúne el rechazo radical a la teoría de los efectos atenuados del orden público, como ocurre en el orden penal, con su admisión -aunque con fisuras- por tribunales de distinto ámbito, como ocurre en el marco laboral¹⁶⁶.

Desde esta perspectiva, la afirmación del Tribunal Supremo de que la poligamia repugna al orden público español ha perdido gran parte de su fuerza. De ello existen indicios tanto jurisprudenciales como legislativos: por una parte, nuestros tribunales reconocen algunos efectos jurídicos tanto al matrimonio poligámico como a otras figuras afines desde el punto de vista de la contradicción con nuestros valores esenciales, como es el repudio; por otra, los convenios sobre seguridad social consagran prestaciones derivadas de dichos matrimonios, y la normativa de origen comunitario permite la reagrupación de una segunda o ulterior esposa, mientras que el legislador penal retrocede en la criminalización del delito de bigamia. Correlativamente, el rechazo la poligamia islámica resulta contradictorio con el reconocimiento del matrimonio islámico si es monógamo, pues ambas instituciones vulneran los mismos principios esenciales y derechos fundamentales. Esta circunstancia permite cuestionarse si tras dicho rechazo no concurren razones, ya apuntadas, de índole económica y fiscal.

En el ámbito penal, las anteriores consideraciones han llevado a reclamar la desaparición del delito de bigamia Código Penal, argumentándose que el bien jurídico protegido no justifica su tipificación: el matrimonio monógamo como institución milenaria establecida por el Estado como único cauce legal para el

¹⁶⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Nuevos modelos de familia...”, cit., p. 115.

¹⁶⁵ Cabe citar sobre esta cuestión una reveladora reflexión del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), contenida en su Sentencia de 2 de julio de 1982 (RJ 1982\4466), donde otorga a la “idea esencial del pudor” un papel clave en su razonamiento: “*aspectos de la conducta humana que afectan directamente a la función reproductora como la (...) poliandria, poligamia (...) son considerados en cada momento histórico, como crímenes, hechos meritorios, o indiferentes, con movimientos pendulares en los que influyen de manera decisiva las leyes de la demografía, las guerras, el clima, la religión, prácticas médicas e higiénicas. Pero la idea esencial del pudor permanece, y si cualquiera de las conductas reseñadas se despenalizan, sigue castigándose la publicidad de los actos de inversión sexual, de incesto, de adulterio, el que un hombre disfrute en occidente con su harén, o una mujer disfrute a la vez de varios hombres*”.

¹⁶⁶ LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo...”, cit.

establecimiento de las relaciones de pareja¹⁶⁷. En otros ámbitos jurídicos, los desajustes y contradicciones existentes en nuestro ordenamiento, y correlativamente en nuestra jurisprudencia, evidencian la necesidad de una normativa que armonice los primeros y elimine las segundas. Así, por ejemplo, la incoherencia que supone no permitir la inscripción de un matrimonio poligámico pero sí la reagrupación de una segunda o ulterior esposa, o el otorgamiento de la pensión de viudedad; la inseguridad jurídica que provoca la profunda división de los tribunales laborales respecto a la concesión o no de dicha pensión; la falta de concreción, en materia de nacionalidad española, de cuál de las esposas del polígamo nacionalizado español puede solicitarla, una cuestión nada clara a la vista de la incoherencia denunciada en primer lugar¹⁶⁸.

Se podría cuestionar la necesidad -aunque no tanto la conveniencia- de legislar sobre una institución ajena a nuestro ordenamiento, y en cierto modo en recesión, tanto por las limitaciones impuestas a la poligamia por sus leyes reguladoras como por ser una práctica en desuso entre las generaciones más jóvenes. Podría objetarse también que la regulación legal de la poligamia no constituye en nuestro país una demanda social relevante desde el punto de vista cuantitativo. Pero frente a estos eventuales reparos se alza la realidad que evidencian hoy nuestros tribunales: los polígamos viven en nuestra sociedad, y lo hacen al margen de la ley. La regulación de la poligamia es una cuestión que tiene que ver con la certeza y la previsibilidad, es decir, con la seguridad jurídica. Ciertamente no son casos muy numerosos, pero las divergencias en el tratamiento que actualmente les dispensan nuestros tribunales aconsejan una normativa unificadora, que fije definitivamente y de forma clara la postura del ordenamiento español hacia el matrimonio poligámico. La intervención del legislador debería zanjar la excesiva incertidumbre e incluso contradicción que tienen nuestra actual respuesta a la poligamia, una institución hoy susceptible tanto de suscitar una condena penal como de generar una pensión de viudedad. Una institución que parte de nuestra jurisprudencia repudia por considerarla discriminatoria para la mujer, pero que en la normativa sobre extranjería se convierte en un factor de supremacía del varón, a quien se otorga la potestad de decidir cuál de sus esposas puede acogerse a la reagrupación. Un varón que, por otra parte, al solicitar la nacionalidad española encuentra en su condición de polígamo una rémora insalvable de cara a su obtención.

¹⁶⁷ En este sentido, señala M.P. MARCO FRANCIA que “*la bigamia es una auténtica reliquia del derecho penal*”, incompatible con la moderna concepción del Derecho Penal y el principio de intervención mínima que lo rige, proponiendo reducir su sanción al ámbito civil (“El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas”, *Noticias jurídicas*, julio 2011).

¹⁶⁸ Una solución conforme con el derecho registral español que sólo permite la inscripción del primer matrimonio celebrado, será la de considerar que sólo el primer cónyuge podrá beneficiarse de la adquisición de la nacionalidad española por matrimonio. No obstante, conforme con la legislación de extranjería, sería beneficiaria de tal derecho el cónyuge reagrupado en España que no tiene porque ser el del primer matrimonio. Ante esta falta de armonización entre la legislación registral y la legislación de extranjería en relación con la adquisición de la nacionalidad española por residencia en plazo más breve por razón de matrimonio regulada en el Cc, queda abierta una laguna legal que obliga a la interpretación de la normativa aplicable.

Como decíamos al principio de este trabajo, el cometido del Derecho es regular la convivencia de los integrantes del grupo, y los polígamos forman hoy parte incuestionable del grupo que configura la sociedad española. También entre las funciones de cada ordenamiento jurídico está la solución de los conflictos que puedan surgir entre sus miembros, la consecución efectiva de la idea de justicia que subyace a toda norma jurídica, y la orientación de las conductas individuales mediante normas que estimulen una determinada conducta o la inhiban¹⁶⁹. Todas estas funciones se advierten hoy en las soluciones que los tribunales españoles vienen ofreciendo a los problemas demandas jurídicas planteados por el matrimonio poligámico. Pero el voluntarismo judicial no debe sustituir la labor legislativa, ni cabe esperar de los tribunales que se conviertan en una suerte de legisladores subsidiarios, sin su potestad normativa pero con su misma función e idénticos objetivos.

¹⁶⁹ GARCÍA GARRIDO, M. y FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Iniciación al Derecho*, cit., pp. 140-142.