

La permeabilidad jurídica en la diversidad cultural: nuevos casos y algunas reflexiones de fondo

María Asunción Asín Cabrera¹

ARTICLE

Introducción

El mundo actual se caracteriza por la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos muy diferentes entre sí, reflejo de la existencia de sociedades y grupos humanos culturalmente diversos. Sin embargo, es en el sector del derecho de familia donde los particularismos de las diferentes culturas de la sociedad se manifiestan con más fuerza que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, tales como el derecho de los contratos, y donde las tensiones que se producen entre sistemas jurídicos laicos/acofesionales y sistemas jurídicos confesionales se evidencian con mayor intensidad.

Un rasgo importante a tener en cuenta de los sistema jurídicos laicos/acofesionales es que las normas que integran los distintos ámbitos de sus ordenamientos jurídicos, incluido el derecho internacional privado, han de ser conformes y deben adecuarse a los valores y principios consagrados en los textos constitucionales, los cuales se corresponden con el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 y desarrollados posteriormente en los distintos convenios sobre la materia, entre los cuales cabe mencionar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE, nº 69, de 21 de marzo de 1984).

Análisis de casos: los matrimonios polígamos y los matrimonios forzados

La inmigración afecta inevitablemente a las estructuras familiares de las sociedades receptoras y originarias de la población inmigrante. Esta incidencia se traduce, en la práctica, en una creciente internacionalización de las relaciones familiares y, por ende, en la celebración de matrimonios entre contrayentes de diferentes nacionalidades en los que se hace visible la concurrencia de concepciones religiosas y modelos de familia muy diversos entre sí.

La presente ponencia tiene como principal objetivo analizar, desde una perspectiva jurídica, casos referidos a algunos de los conflictos jurídicos familiares que suscitan a nuestros operadores jurídicos las uniones matrimoniales poligámicas y los denominados «matrimonios forzados», en los que el factor religioso islámico es un elemento añadido a la nacionalidad de los cónyuges.

1

1. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de La Laguna

El sistema español de derecho internacional privado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil, establece que las cuestiones de derecho aplicable referentes a las condiciones de la capacidad y el consentimiento matrimonial se regulan por la ley nacional de los contrayentes. En estos casos, la confrontación se produce esencialmente con relación a los derechos humanos, y los conflictos jurídicos surgen respecto a la compatibilidad de la aplicación de la ley personal extranjera con el respeto por los principios y valores fundamentales de la sociedad de acogida. Las autoridades españolas deben asegurar la autenticidad y la legalidad de los elementos contenidos en los expedientes matrimoniales y verificar que las condiciones de fondo del matrimonio no contravienen los principios de igualdad y libertad, con la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, religión o pertenencia socio-racial, consagrados en nuestra Constitución y en la normativa internacional convencional ratificada por España, dentro de la cual cabe mencionar, en particular, el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, promulgada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, que establece que los estados parte adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el mismo derecho a contraer matrimonio, el mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento, y los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución, entre otros.

Las uniones matrimoniales poligámicas en España

La poligamia es una práctica reconocida y admitida por la mayoría de las legislaciones de derecho de familia de los estados islámicos, en virtud de la cual un hombre, según lo preceptuado en el Corán, puede contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres a la vez, aunque no a la inversa. Se trata de una modalidad matrimonial prohibida en España, que no se corresponde al modelo de unión monogámica de nuestro ordenamiento jurídico y que menoscaba el principio de igualdad entre los cónyuges y de no discriminación por razón de sexo, lo que genera importantes conflictos ante los tribunales españoles.

El mecanismo tradicionalmente previsto por los sistemas de derecho internacional privado y con frecuencia utilizado por la jurisprudencia es la denominada excepción del orden público internacional. Esta técnica interviene a modo de correctivo funcional para frenar y, en su caso, rechazar la aplicación de aquellos derechos extranjeros que son contrarios a los principios y valores fundamentales de las sociedades occidentales.

En relación con las incidencias de la poligamia en el ordenamiento jurídico español, es una unión matrimonial en la que el recurso a la excepción del orden público internacional, a priori, está justificado por ser contrario a la dignidad de la mujer y al derecho de igualdad. No obstante, esta excepción debe matizarse o atenuarse en atención a casos concretos. No es lo mismo que nos situemos ante la celebración de un matrimonio polígamo en España por dos marroquíes musulmanes que ante el supuesto reconocimiento en nuestro país de un matrimonio polígamo contraído en Marruecos.

Cuando intervenga una autoridad española y afecte a un nacional español o se pretenda la inscripción de un matrimonio polígamo ante el Registro español, la aplicabilidad del orden público interviene con mayor intensidad para preservar el principio de igualdad entre hombre y mujer y la libertad para contraer matrimonio. No obstante, una cuestión diferente sería el reconocimiento de ciertos efectos a un matrimonio polígamo válidamente constituido en el extranjero, por ejemplo al amparo del ordenamiento jurídico marroquí. En particular, nos referimos a la posibilidad del reconocimiento de efectos tales como la liquidación de una sucesión, la obligación alimenticia o la pensión de viudedad. De acuerdo con la doctrina española y ciertos pronunciamientos de los tribunales españoles, existe una posición favorable a su admisión, siempre que no afecte a los derechos de terceros y no repercuta negativamente en los intereses del derecho español.

Los matrimonios forzados

Los matrimonios forzados son una práctica extendida geográficamente en determinados estados africanos subsaharianos y del norte de África, así como de Oriente Próximo y Oriente Medio, de América Latina y de colectivos de etnia gitana. Se trata de una práctica que aparece vinculada a la presencia en España de flujos migratorios de personas originarias de las referidas áreas geográficas que desarrollan su proyecto de vida en territorio español y que afecta, sobre todo, a las jóvenes adolescentes menores de 18 años (matrimonios prematuros), pertenecientes a una segunda generación de migrantes que han residido durante toda su vida en un Estado europeo. Así, es frecuente que el padre de la adolescente conduzca a su hija al Estado musulmán de procedencia para contraer matrimonio con un musulmán del cual no ha oído nunca hablar y sin que medie su consentimiento. A menudo, ello ocurre cuando la joven viaja a su país de origen para pasar unas vacaciones en familia y cuando llega todo está preparado para la celebración del matrimonio y es obligada a aceptarlo. Estas jóvenes se encuentran sometidas a fuertes presiones psicológicas por parte de la familia y en particular por el padre y los hermanos. Las amenazas de muerte son frecuentes y la negativa a contraer matrimonio ha conducido, en más de una ocasión, al asesinato de la joven por un familiar cercano con el fin de «reintegrar el honor a la familia» (*murders of honour*).

En España se trata de una práctica cuya visibilidad no es muy notoria. Ello se debe, entre otros motivos, a su difícil detección al ser una realidad silenciada y escondida en el seno de las comunidades que la practican y por el hecho de que muchas de estas uniones matrimoniales, particularmente las contraídas por las adolescentes menores de edad, no están registradas y no resultan verificables oficialmente. Sin embargo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña ha ido en aumento a partir de 2009, año en el que se puso en marcha un programa de seguridad contra la violencia machista y se estableció un procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados. Además, como ha sido puesto de manifiesto por el Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalitat de Cataluña, se trata de casos en los que a la hora de su detección hay que tener en cuenta «la situación de vulnerabilidad de la menor o mujer que está en un núcleo familiar de riesgo. La chica no comparte las ideas y los designios de sus progenitores con respecto a su futuro y debe trascender este núcleo para buscar la protección» (Generalitat de Cataluña, 2009: 3-4).

Sin perder de vista en ningún momento de que se trata de un fenómeno que atenta contra los derechos humanos y que puede incorporar formas de violencia de género, nos encontramos en presencia de una compleja problemática vinculada al derecho de familia en la que se hace precisa la intervención del legislador para la adopción de fórmulas legislativas que tengan por efecto prevenir y combatir la celebración de estos matrimonios. A este particular, nos merece una valoración muy positiva la ratificación por el Estado español del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE, nº 137, de 6 de junio de 2014), en el cual se establece que las partes contratantes están obligadas a poner en marcha actuaciones en el orden civil, dirigidas a la declaración de nulidad de los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza (art. 32) y a la adopción de medidas legislativas para tipificar los matrimonios forzados como un delito específico penal (art. 37).

En la actualidad, la reciente reforma operada en el Código Penal tipifica los matrimonios forzados como un delito específico en el artículo 172 bis en el Capítulo de las Coacciones (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. BOE, nº 77, de 31 de marzo de 2015). En nuestra opinión, se trata de una medida penal que puede comportar efectos disuasorios en la práctica, pero que debe ir de la mano de otras reformas legislativas en el ámbito del derecho civil material español o del derecho internacional privado, al tratarse de sectores directamente imbricados en la regulación de la institución matrimonial.

Las reformas parciales legislativas llevadas a cabo en los diferentes sistemas nacionales europeos resultan insuficientes si no se acompañan de la puesta en marcha de otras medidas de protección para la salvaguarda de los derechos e intereses de las víctimas y en las cuales intervengan los diferentes actores implicados: las familias, las comunidades, el personal sanitario, los servicios educativos, los líderes religiosos, el gobierno local y nacional, así como los cuerpos policiales, entre otros. En el marco de estas medidas, el programa de seguridad contra la violencia machista instaurado por la Generalitat de Cataluña, diseñado al amparo de la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (BOE, nº 131, de 30 de mayo de 2008) y en virtud del cual se establece un procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados, nos parece un instrumento pionero en nuestro país de suma relevancia para abordar y afrontar la problemática de los matrimonios forzados y que ciertamente podría extrapolarse a otras comunidades autónomas y ser tenido en cuenta en el desarrollo de futuras políticas estatales.

Observaciones finales

El desplazamiento transfronterizo de personas por los contactos y vínculos que la persona del migrante mantiene con la sociedad de acogida y de origen pone en marcha un proceso de intercambios sociales y culturales que se manifiesta muy en particular en la celebración de uniones matrimoniales.

La sociedad reclama cada vez más a los operadores jurídicos la aplicación de soluciones ad hoc, flexibles, innovadoras y conducentes a asumir responsabilidades en la protección de los derechos fundamentales, dentro de los cuales el principio de igualdad entre hombre y mujer y el respeto de las libertades individuales ocupa un lugar primordial. Las polémicas surgen por la dificultad de encontrar una vía de solución entre la integración o asimilación de las comunidades extranjeras en el país de acogida y la libertad que se les reconoce a vivir de acuerdo con su identidad, garantizada por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo éste el eje de discusión de las distintas soluciones legales doctrinales y jurisprudenciales actuales.

Referencias bibliográficas

ASÍN CABRERA, M. A. «La mujer y el derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración». En: GÓMEZ RODRÍGUEZ, A. y TALLY, J. (ed.), *La construcción cultural de lo femenino*. Universidad de La Laguna: Centro de Estudios de la Mujer, 1998, pp. 105- 149.

ELVIRA BENAYAS, María Jesús. «Introducción a ciertas cuestiones del derecho de familia en las sociedades multiculturales». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18 (2008), pp. 149-163.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. «El nuevo derecho internacional privado de la inmigración». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX (2007), 1, pp. 103-129.

GENERALITAT DE CATALUNYA. DEPARTAMENT D'INTERIOR, RELACIONS INSTITUCIONALS I PARTICIPACIÓ. *Programa de seguretat contra la violència masclista. Procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados*, 2009.

