



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Libertad matrimonial y violencia de género.

Presentado por:

Cristina Vega Ortega

Tutelado por:

Prof. Dña. Mercedes Vidal Gallardo

Valladolid, 28 de junio de 2023

ÍNDICE

1. Introducción y justificación del tema.	p.3
2. Aproximación conceptual:	p.4
2.1. Matrimonio.	p.4
2.2. Violencia de género.	p.10
2.2. Prácticas culturales perjudiciales.	p.11
2.3. Matrimonio forzado.	p.13
3. Tratamiento legal del matrimonio forzado en Europa y sus cauces de protección.	p.15
4. Regulación del matrimonio forzado en España. Especial mención a las Comunidad Autónomas de Cataluña y Madrid.	p.17
5. Análisis casuístico de matrimonio forzado y figuras análogas.	p.21
5.1. Análisis casuístico del matrimonio forzado.	p.21
5.2. Figuras Análogas.	p.23
5.2.1. Matrimonio prematuro.	p.23
5.2.2. Trata de personas.	p.25
5.2.3. Esclavitud.	p.26
5.2.4. Herencia de la esposa: Levirato y sororato.	p.27
5.2.5. Rapto de novias.	p.27
5.2.6. Utilización de cazarrecompensas.	p.28
6. El Islam y los matrimonios forzados.	p.29
6.1. Los matrimonios islámicos y los <i>Djabr</i> .	p.29
6.2. El caso de Pakistán: Las Hermanas Abbas.	p.34
7. Repudio y poligamia en la cultura musulmana.	p.37
7.1. Repudio.	p.37
7.1.1. Repudio unilateral.	p.37
7.1.2. Repudio bilateral.	p.41
7.1.3. Efectos del repudio en España.	p.44
7.2. Poligamia.	p.50
8. Referencias jurisprudenciales.	p.61
9. Conclusiones.	p.75
10. Bibliografía	p.78

1. INTRODUCCIÓN:

Este trabajo consiste en el estudio de la libertad matrimonial desde la perspectiva de violencia de género. Es decir, aquellas ocasiones donde se viola la libertad matrimonial de las mujeres, por el mero hecho de ser mujer y estar sometidas a diferentes autoridades, como la paterna, y a verse obligadas a contraer matrimonio o a soportar instituciones misóginas como el repudio.

Esta exposición empieza con una batería de conceptos, algunos más amplios y otros más reducidos, para sentar las bases y entender con más facilidad el posterior desarrollo en profundidad del texto. Posteriormente, el estudio se centrará en los matrimonios forzados y sus causas, así como la comparativa con figuras análogas como el matrimonio infantil o el raptó de novias. Desde una perspectiva más occidental, se analizan los cauces legales de protección previstos en la Unión Europea. Seguidamente se profundiza con un estudio del tratamiento estatal y autonómico, centrándose el enfoque en las Comunidades Autónomas de Madrid y Cataluña, dispensado a los matrimonios forzados en España. En los últimos puntos a tratar, el análisis se centra en un estudio de la religión musulmana, tanto de los matrimonios forzados como otras instituciones como la poligamia y el repudio de la mujer, así como los efectos y el tratamiento que reciben en España. Finalizado la exposición con referencias jurisprudenciales para dar un enfoque práctico del matrimonio forzado, poligamia y repudio en España.

Considero de importancia este estudio por la relevancia y notoriedad que tiene la violencia de género en nuestra sociedad, centrándome en una de sus muchas formas como son los matrimonios forzados y en instituciones como el repudio o la poligamia, todas ellas pudiendo parecer anacrónicas, pero en un preocupante auge en Occidente.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

2.1. MATRIMONIO

Llamazares considera que, de entre todas las decisiones que forman la vida individual y que son, en sí mismas, las que constituyen la identidad del ser humano, desde el punto de vista de la persona es, sin duda, una de las más fundamentales la vida en pareja. Y como tal, el derecho a convivir en pareja es un derecho contenido en el

artículo 10.1 de la CE. Los ordenamientos jurídicos, conscientes de que la vida en pareja no solo tiene importancia para los miembros de la misma, sino también para posibles hijos futuros o para la sociedad, somete a unas determinadas normas a las parejas que conviven determinando el contenido obligacional de la vida en pareja con independencia de la voluntad de los miembros de la misma. Para que a la pareja se le reconozca eficacia jurídica, debe aceptar las normas que haya establecido el ordenamiento. Aunque en garantía al derecho de libertad de conciencia, así como al artículo 14 de la CE, se respetarán todas las parejas que deseen excluir la juridización de su relación. Pese a esto, el legislador constitucional ha consagrado la institución del matrimonio en su artículo 32 de la CE tipificándolo como un derecho constitucional de los ciudadanos. Cabe destacar que la regulación jurídica del matrimonio tiene que respetar en todo momento el derecho a la libertad religiosa y de conciencia de los ciudadanos recogido en el artículo 9.2 de la CE¹.

Bernárdez Cantón entiende que el matrimonio presente una doble acepción: “unas veces se emplea para designar el acto de su celebración en el cual los contrayentes hacen recíproca entrega de sí mismos en calidad de cónyuges. Otras veces, por matrimonio se entiende la misma pareja humana constituida por ambos cónyuges o bien el estado jurídico que afecta a los contrayentes tras la celebración nupcial.” Al primer tipo se le conoce como matrimonio *in fieri* y al segundo como matrimonio *in facto*. El matrimonio *in fieri* representa el modo, momento o acto por el que recibe su existencia el *in facto*. Entre ambos existe una relación de causa a efecto².

Las notas o caracteres que definen al matrimonio civil son:

- Tiene su origen en un acuerdo de voluntades entre los que lo celebran.
- La prestación del consentimiento requiere de ciertas formalidades y su inobservancia provoca la nulidad matrimonial.
- Existe un único matrimonio que es el regulado en la legislación civil, pero se aceptan una pluralidad de formas de celebración.

¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*. Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pp. 8-13.

² BERNÁRDEZ CANTÓN, A. *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Biblioteca universitaria de editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 21-22.

- Se deriva una relación jurídica entre los cónyuges de que dimanen derecho y obligaciones recíprocas y con respecto a terceros, tanto personales como patrimoniales.
- Las causas de este negocio jurídico se corresponden con los deberes conyugales.
- Es un negocio de duración indefinida, pero cualquiera de las partes puede desvincularse del mismo sin alegar causa mediante la separación o el divorcio.
- Por último, es una institución monógama por lo que mientras no se extinga un matrimonio anterior no podrá celebrarse válidamente el otro³.

El matrimonio, a lo largo de la historia española, ha sido uno de los temas más conflictivos respecto a las relaciones Iglesia-Estado. De hecho, la legislación matrimonial ha sido reflejo de las diferentes concepciones ideológicas que se han tenido del matrimonio⁴.

El Derecho matrimonial español vigente arranca de las interferencias entre la concepción romana del matrimonio y la concepción cristiana que fraguó a una legislación matrimonial exclusivamente canónica. Las definiciones dadas al matrimonio desde épocas romanas indican las connotaciones sociales, éticas y religiosas que ostentan esta institución. Por ejemplo, de las Instituciones de Justiniano 1,9,1: “El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer dirigida a una unidad de vida”⁵.

En la Constitución española en su artículo 32, Sección 2ª (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”) del Capítulo segundo (“Derechos y libertades”) del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. El contenido esencial deriva en que ambos cónyuges se encuentran en régimen de absoluta igualdad jurídica en el seno de la institución del matrimonio⁶.

³ UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de familia*. Tecnos, Madrid, 2017, pp. 45-46.

⁴ LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. “El sistema matrimonial español” en *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 39.

⁵ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama islámica en la legislación española*, Delta, San Sebastián, 2005, p. 26.

⁶ BLASCO GASCÓ, F de P. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 55.

Por tanto, el matrimonio tiene una doble dimensión: como derecho constitucional y como garantía institucional. El artículo 32 de la CE, al establecer la igualdad jurídica a la hora de contraer matrimonio entre el hombre y la mujer, supone que es un derecho constitucional, que goza de la garantía de preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estas dos dimensiones no son idénticas, ya que el derecho al matrimonio exige una protección subjetiva, de manera que el Tribunal Constitucional garantice al ciudadano, titular del derecho, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del mismo no queda eliminada por el legislador, mientras que la garantía institucional exige una protección objetiva por parte del Tribunal Constitucional que deba garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución matrimonial⁷.

Estrictamente hablando, hasta 1870 no se estableció en España el matrimonio civil. Previo a esa fecha, se presume la existencia en la Edad Media, de un matrimonio conocido como *a yura*, perfeccionado mediante el mutuo intercambio de consentimiento entre los cónyuges sin formalidades especiales, pero que fue abolido por el Concilio de Trento⁸. Aunque a los primitivos matrimonios *a yura*, técnicamente no canónicos, la doctrina jurídica española ha desmentido esa presunción ya que eran matrimonios que, aunque no cumplían con las formalidades típicas del matrimonio católico, seguían teniendo efectos canónicos; hasta el Concilio de Trento no se había establecido realmente la forma específica de la celebración del matrimonio, por lo que se encontraban en una especie de vacío legal⁹.

La primera regulación matrimonial puramente civil fue gracias a la Constitución de 1869 y a la Ley de Matrimonio Civil de 1870. El artículo 61 de la citada ley establecía que el único matrimonio legítimo reconocido legalmente era el recogido en el Código Civil de 1870¹⁰. Se posibilitaba la opción de celebrar, tanto antes como después del matrimonio civil, la unión matrimonial según el rito religioso, pero sin efectos de

⁷ UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho...* op. cit. pp. 43-44.

⁸ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. *El proceso de secularización del matrimonio*, Edigrafos, Madrid, España, 2004, p.36.

⁹ *Ibidem*, p.40.

¹⁰ LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho...* op. cit. p. 40.

ningún tipo¹¹. De hecho, los hijos nacidos de matrimonios exclusivamente canónicos se inscribían en el Registro Civil como hijos ilegítimos¹².

Sin embargo, esta situación de semi secularización no se mantuvo y para 1875, y con Cánovas del Castillo al frente del poder, se inició la Restauración. Restringió el matrimonio civil solo para aquellas personas que públicamente no fueran católicas ni practicaran el catolicismo¹³. Además de esta modificación, también se atribuyeron efectos retroactivos a los matrimonios canónicos celebrados desde la entrada en vigor de la ley de 1870 y se reestableció la legislación canónica como forma normal de eficacia civil para la celebración del matrimonio¹⁴.

A partir de este momento, la secularización del matrimonio se mantuvo en suspensión hasta la llegada de la Segunda República. Con la República se volvió a instaurar el matrimonio civil obligatorio, pero el ascensor de Franco al poder hizo que, en 1938, se validaron legalmente los matrimonios canónicos celebrados durante el gobierno republicano y para poder contraer matrimonio civil había que acreditar la no profesión del catolicismo¹⁵.

Durante la Segunda República el proceso de secularización avanzó velozmente, pese a que posteriormente fue abruptamente detenido. Se superó la mera tolerancia de 1876 a un reconocimiento real de libertad de culto. La religión católica dejó de ser la oficial del Estado y, a todos los efectos, España pasó a ser laica. La secularización definitiva y plena del matrimonio llega con la Ley de Matrimonio Civil Obligatorio del 28 de junio de 1932 que establecía: en primer lugar, el matrimonio civil era el único reconocido por el Estado, debiendo ser celebrado en forma civil y, en segundo lugar, se suprimió el impedimento de orden sagrado y de voto solemne.¹⁶ En último lugar, reconoció a la jurisdicción civil como la única con competencia para resolver todas las cuestiones matrimoniales, denegando los efectos jurídicos a las sentencias y resoluciones de los tribunales eclesiásticos. Esta Ley se limitó a devolver competencias

¹¹ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. *El proceso de secularización...* op. cit. pp. 53-54.

¹² LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho...* op. cit. p. 40.

¹³ MARTÍNEZ PASTOR, J.M. *Nupcialidad y cambio social en España*, CIS, Madrid, 2009, p. 187.

¹⁴ LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho...* op. cit. p. 40.

¹⁵ MARTÍNEZ PASTOR, J.M. *Nupcialidad y cambio...* op. cit. pp. 187-188.

¹⁶ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. *El proceso de secularización ...* op. cit. pp. 99-100.

legislativas y jurisdiccionales al poder civil que eran originariamente de su competencia, pero por la confesionalidad del Estado perdieron¹⁷.

Durante los años del franquismo, el proceso de secularización se paralizó. El principio de confesionalidad informaba toda la legislación del Estado. El Fuero de los españoles del 17 de julio de 1945 en su apartado 6º establecía: “La profesión y práctica de la religión Católica, que es la del Estado, gozará de protección oficial”¹⁸. Con el Concilio Vaticano II, se aprobó la reforma del Reglamento del Registro Civil por el cual bastaba informar al párroco de no ser católico para probar que uno realmente no lo era¹⁹. El Concilio influyó en otras materias, como la ley del 24 de abril de 1958 por la cual se estableció el carácter subsidiario del matrimonio civil, aunque la ley como tal reconocía las dos clases de matrimonios, el civil y el canónico, de la misma forma se atribuyeron plenos efectos civiles a los matrimonios canónicos, así como que el conocimiento de las causas matrimoniales relacionadas con el matrimonio canónico (nulidad, separación, dispensa del matrimonio rato y no consumado y privilegio paulino) correspondían exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica²⁰.

Con la promulgación de la Constitución de 1978 vuelven a cambiar las normas del juego y la materia matrimonial se ve igualmente afectada. El artículo 16 del recién estrenado texto constitucional, por un lado, establece la libertad de culto (“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”) y, por otro lado, el artículo 32 concede al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y confiere a la ley la potestad de regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos²¹.

Estos dos artículos se ven aún más respaldados por el artículo 14 de la Constitución, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad de conciencia y el hecho de comportarse de acuerdo con las propias

¹⁷ Ibidem, p.100.

¹⁸ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama...* op. cit. p. 75.

¹⁹ MARTÍNEZ PASTOR, J.M. *Nupcialidad y cambio...* op. cit. p. 188.

²⁰ LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho...* op. cit. pp. 41-42.

²¹ Ibidem, p. 44.

convicciones elegidas deben respetarse y no poner obstáculo alguno a quienes opten por esa decisión²².

En la actualidad, nos encontramos ante un sistema de matrimonio único (artículo 73 del Código Civil) pero con libertad de formas de celebración (artículos 49,59 y 60 del Código Civil), lo que supone que el ordenamiento jurídico, además de diseñar una forma jurídica civil de celebración del matrimonio, respeta el principio de libertad en cuanto a la elección de las formas legalmente previstas, sin olvidar que las condiciones, requisitos de validez o efectos del matrimonio, están determinados exclusivamente por el propio ordenamiento jurídico civil español²³.

El matrimonio no es la única institución de convivencia entre dos personas. Las uniones o parejas de hecho son situaciones más o menos estables de convivencia entre dos personas, de distinto o del mismo sexo, que no están casadas entre sí, pero entre las que media lo que las leyes denominan “una relación de afectividad análoga a la conyugal”²⁴.

El artículo 39 de la CE ordena a los poderes públicos a proteger social, económica y judicialmente a la familia, sin hacer distinción respecto de que sus miembros estén casados o formen una pareja *more uxorio*²⁵.

Para conseguir evitar discriminaciones en el trato, Llamazares expone dos vías de actuación: “Equiparando el matrimonio de hecho en cuanto a su regulación jurídica al matrimonio legalizado en todo, excepción hecha únicamente de las relaciones interpersonales amorosas excluidas expresamente de toda regulación jurídica por los miembros de la pareja; o equiparando jurídicamente las consecuencias derivadas de la vida en común tanto para cada uno de los contrayentes, caso de interrupción de esa vida en común (por decisión unilateral o bilateral, o por muerte de uno de los miembros de la pareja), a los derivados de la convivencia matrimonial, como para las relaciones de la pareja y de cada uno de sus miembros con terceros”²⁶.

Los rasgos característicos de las uniones de hecho son:

²² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO. *El sistema matrimonial...* op. cit. p. 11.

²³ Ibidem, pp. 16-22.

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Constitución, familia y uniones de hecho” en *Las uniones de hecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 40.

²⁵ UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho...* op. cit. p. 23.

²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *El sistema matrimonial...* op. cit. p.12.

- Su carácter básicamente fáctico de la relación en sí misma basa en la situación de convivencia, sin perjuicio de que de ella puedan derivar consecuencias jurídicas.
- El carácter estable de la convivencia lo que supone una duración prolongada en el tiempo (permanencia) y excluye las uniones sexuales o convivenciales esporádicas u ocasionales (continuidad).
- La existencia de una peculiar relación de afectividad caracterizada legalmente como análoga a la conyugal.
- La voluntariedad de la relación.
- La exclusividad de la relación limitada a situaciones de convivencia entre dos personas, pero sin que ello entrañe la existencia de una obligación de fidelidad.
- La notoriedad pública de la convivencia.
- Por último, la libre disolubilidad de la relación por voluntad de uno cualquiera de los convivientes²⁷.

El Estado no ha legislado hasta el momento sobre uniones extramatrimoniales de hecho de modo general, sino que la regulación es mayoritariamente autonómica. Las leyes autonómicas reguladoras establecen una serie de requisitos de carácter personal y formal para que pueda considerarse válidamente constituida la pareja de hecho como la mayoría de edad, tener hijos en común etc, o la acreditación mediante escritura pública, acta de notoriedad etc. En general, no hay una equiparación legal de las parejas de hecho al matrimonio, aunque existen determinados casos en los que disposiciones normativas de distinta índole equiparan entre matrimonio y uniones de hecho a efecto de reconocimiento de idénticos derechos y obligaciones²⁸.

2.2. VIOLENCIA DE GÉNERO

Se conoce como aquella violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad, tanto parejas presentes como exparejas pasadas. El agresor pretende producir un daño que puede ser

²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Constitución, familia y uniones... op. cit. pp. 41-42.

²⁸ UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho...* op. cit. pp. 24-25.

tanto físico como psicológico para controlar a la mujer y se produce de una manera sistemática y continuada en el tiempo²⁹.

La *Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en su artículo 1.3 ofrece un concepto de violencia de género: “comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.” Lo que convierte estas acciones en violencia de género es el hecho de que se ejercen sobre mujeres por parte de quienes hayan sido o continúen siendo sus cónyuges o parejas sentimentales, es decir, todo hombre que hubiera estado o esté unido a ellas por relaciones de afectividad, sin precisar la convivencia en pareja. Esta violencia supone una manifestación de discriminación, de desigualdad y de poder de los hombres sobre las mujeres³⁰.

Por otro lado, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* define violencia de género como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”³¹.

La conceptualización, por lo tanto, puede ser más amplia o más restrictiva, pero toda ella se fundamenta en la violencia sobre la mujer por el mero hecho de ser mujer como resultado de una visión discriminatoria y misógina.

La violencia de género es un problema transversal, ya que afecta a todos los segmentos de la sociedad y como tal cualquier mujer, independientemente de su edad, etnicidad, estatus socioeconómico o nivel educativo es susceptible de sufrir violencia en la pareja³².

²⁹ https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_Definicion_de_violencia_de_genero.pdf [9/05/23]

³⁰ RAMÓN RIBAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2008, pp. 92-93.

³¹ Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres y la lucha contra todas las formas de discriminación contra ellas.

³² DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M y RODRÍGUEZ CALVO, M.S. “Características sociodemográficas” *Estudio Empírico sobre la Violencia de Género*, coordinadores: María Sol Rodríguez Calvo y Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.16.

2.3. PRÁCTICAS CULTURALES PERJUDICIALES

Las “prácticas culturales perjudiciales” son un conjunto de formas de violencia ejercidas contra la mujer como resultado de la desigualdad entre los géneros y todas las normas sociales, culturales y religiosas que regulan la posición de la mujer en la familia, comunidad y sociedad, y controlan la libertad de las mujeres en todos los aspectos³³. Estas formas de violencia pueden ser: la mutilación genital femenina, el infanticidio femenino, el matrimonio de niños, el matrimonio forzado o los ataques con ácido, entre muchos otros.

Se deben de entender estas prácticas desde las situaciones de discriminación que las mujeres siguen sufriendo en el presente y su efecto es el control dominante de las mujeres en todos los ámbitos, desde el físico, hasta el psicológico, pasando por el económico³⁴.

Por ello, Naciones Unidas anima a los países a que su legislación condene estas prácticas. De tal manera que los legisladores nacionales deben reconocer que las prácticas culturales perjudiciales son una forma de discriminación y violencia contra la mujer y sus leyes deben prohibir costumbres, prácticas y patrones socioculturales que discriminen a las mujeres y niñas³⁵.

Ciertas prácticas culturales perjudiciales, debido a la migración, a la globalización y a situaciones de conflicto, han proliferado. Esto se debe a que algunas poblaciones tienen que movilizarse a otros lugares y extienden sus comportamientos en zonas donde originalmente no se daban estas costumbres nocivas. Por ejemplo, la ONU destaca el aumento de casos de matrimonios forzados en situaciones de conflicto

³³ DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES / DIVISIÓN PARA EL ADELANTO DE LA MUJER. “Suplemento del manual de legislación sobre la violencia contra la mujer”, *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*, 2012, p.1.

³⁴ VIDAL GALLADO, M. “Ilegalidad del Matrimonio forzado como manifestación de una forma de violencia de género (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).” *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm 40, 2016, p.3.

³⁵ ONU, Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/587-elementos-clave-de-la-legislacion-sobre-practicas-nocivas.html> [9/05/23]

obligando al Tribunal Especial para Sierra Leona a declararlo como un crimen contra la humanidad por primera vez en la historia³⁶.

2.4. MATRIMONIO FORZADO

No hay una unanimidad en torno al concepto de matrimonio forzado y cada país lo define de forma diversa, lo único que caracteriza a todas las conceptualizaciones de matrimonio forzado es la ausencia de consentimiento de alguno de los cónyuges o de ambos. La carencia de consentimiento libre e informado es el denominador común³⁷.

La falta de unanimidad en la definición de matrimonio forzado obedece, en gran medida, a que es una práctica ligada a las formas legales de los países, a los ritos y tradiciones de las comunidades³⁸.

Los matrimonios forzados nacen en ciertas regiones arraigados por la tradición cultural, como el Norte de África, Oriente Próximo y Oriente medio, Asia meridional, América Latina y ciertas comunidades de la etnia gitana. Es la unión matrimonial que tiene lugar sin el consentimiento válido de al menos uno de los contrayentes por la intervención de terceras personas, normalmente del entorno familiar, que se otorgan la capacidad de decisión y ejercen una fuerza coercitiva para que esta práctica se produzca³⁹. Algunos autores consideran que el matrimonio forzado sobrevenido también debe tenerse en cuenta, entendiéndose como el supuesto en que, inicialmente el matrimonio es contraído de forma voluntaria, pero que posteriormente, no puede ser disuelto porque una de las partes se niega y coacciona al otro cónyuge obligándole a continuar viviendo en matrimonio⁴⁰.

³⁶ DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES / DIVISIÓN PARA EL ADELANTO DE LA MUJER. “Suplemento del manual... op. cit. pp. 3-4.

<https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Supplement-to-Handbook-Spanish.pdf>
[9/05/2023]

³⁷ ORDÓÑEZ GODINO, A. “*Un análisis sobre los matrimonios forzados: De la tradición a la ilegalidad*”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, p. 9.

³⁸ ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado: violencia de género más allá del libre consentimiento” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, N°25-02, 2023, p.4.

³⁹ ELVIRA BENAYAS, M.J. “Matrimonios forzosos”. *Revista Anuario español del Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 707-715.

⁴⁰ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “Debates sobre la autonomía y el consentimiento de los matrimonios forzados”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n°47, 2013, pp. 204-205.

Las víctimas suelen ser mujeres, pero los varones también pueden sufrir los efectos negativos de estas uniones forzadas. Sobre todo, en los casos de varones de corta edad obligados a abandonar sus estudios para trabajar y mantener a su nueva esposa y familia⁴¹.

La libertad para contraer matrimonio se refiere tanto al derecho a contraer matrimonio como la libertad en la manifestación del consentimiento, sin intervención de violencia física o psíquica, y el derecho a elegir quién va a ser el esposo o esposa. En el Código Civil español, el artículo 45 establece: “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” y como tal, es nulo cualquier matrimonio celebrado en ausencia de consentimiento⁴².

El consentimiento matrimonial debe ser incondicional y dirigido a la constitución del matrimonio y como tal, la condición, término o modo del consentimiento se entenderá por no puesta. En palabras de Antonio Vela: “El consentimiento matrimonial debe ser incondicional y dirigido a la constitución del matrimonio, de ahí que el art 45, 2 CC indique que la “*condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta*”, y el matrimonio vale, a menos que impliquen que no ha habido verdadero consentimiento.” Por tanto, el consentimiento podría entenderse como la concordancia o acuerdo de voluntad de ambos cónyuges al efecto de contraer matrimonio⁴³.

De cara a la regulación del consentimiento en el matrimonio civil español se basa en una serie de notas características:

- El consentimiento debe ser puro y no sometido a condición.
- El consentimiento perfecciona el negocio jurídico matrimonial, y como tal ha de expresarse en el acto de celebración de la unión matrimonial (la única excepción es el matrimonio por poderes siempre que subsista el consentimiento del poderdante).

⁴¹ COMISIÓN EUROPEA. “Investigación y acción sobre la violencia de género en las mujeres migrantes” *IRIS*. Barcelona, 2011, p. 9.

⁴² BRIONES MARTÍNEZ, I.M. “Los matrimonios forzados en Europa, especial referencia a Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania y Noruega.” *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2009, pp. 2-3.

⁴³ VELA SÁNCHEZ, A. *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 34.

- Por último, debe haber concordancia entre lo querido y lo manifestado (los matrimonios simulados o *giocandi causa* no son válidos)⁴⁴.

3. TRATAMIENTO LEGAL DEL MATRIMONIO FORZADO EN EUROPA Y SUS CAUCES DE PROTECCIÓN

El primer documento europeo que brinda protección a las víctimas de los matrimonios forzados es la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* a través del artículo 23, obligando a los Estados a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los aspectos.

Por otro lado, se encuentra el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* que prohíbe la discriminación en el goce de todos los derechos y libertades reconocidos en el tratado. El Consejo de Europa, aprobó la *Recomendación n°5 sobre la protección de la mujer contra la violencia*, entendiendo la “*violencia contra la mujer*” como cualquier acto violento por razón de género. Dentro de estos actos se incluyen: los crímenes de honor, la mutilación genital femenina y los matrimonios forzados, entre otros⁴⁵.

La Asamblea Parlamentario del Consejo de Europa impulsó la modificación de la edad mínima para contraer matrimonio a los dieciocho años, así como instó a los Estados a revisar y derogar las leyes antiguas y costumbres perjudiciales para las mujeres y niñas. También se comprometió a hacer obligatorio que todos los matrimonios se celebren ante una autoridad competente (oficial del registro) y a instaurar la obligación de entablar una entrevista entre el encargado del registro y los novios por separado para disipar dudas sobre la libertad de consentir de ambas partes⁴⁶.

En materia de directivas europeas, la *Directiva 2011/36 del Parlamento Europeo del Consejo de Europa de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* incluyó el matrimonio forzado como una de las conductas que pueden provocar la explotación de personas.

Para finalizar, se aprueba el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* el 11 de mayo de

⁴⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *El sistema matrimonial...* op. cit. pp. 31-33.

⁴⁵ VIDAL GALLARDO, M. “Ilegalidad del Matrimonio...” op. cit. p.18.

⁴⁶ BRIONES MARTÍNEZ, I.M. “Los matrimonios forzados...” op. cit. p. 10.

2011. Este Convenio trata al matrimonio forzado como una de las formas más peligrosas de violencia contra las mujeres y las niñas, análogo a la violencia doméstica, la agresión sexual o los crímenes de honor. Por esta razón, se presiona a los Estados a blindar una protección a las mujeres y niñas con medidas legislativas mediante la anulación o disolución de estos matrimonios forzados sin suponer para la víctima una carga económica o burocrática excesiva. Además de estas medidas civiles, se proponen medidas de corte penal, ya sea tipificando esta práctica como delito cuando se cometa intencionalmente pero también cuando se lleve a cabo en un territorio de un Estado distinto, a través del engaño, a aquel en el que reside la víctima⁴⁷.

Las medidas de los diferentes países de la Unión se basan principalmente en ofrecer una tipificación específica como delito penal a los matrimonios forzados, modificaciones en materia civil relacionada con la edad mínima para contraer o bien con la edad mínima para mantener relaciones sexuales y cambios en la regulación sobre la migración⁴⁸.

Por ejemplo, en Reino Unido, uno de los países europeos con más índice de matrimonios forzados, pese a esta realidad social, se ha apostado por soluciones civiles más que penales para combatir esta práctica. La negativa a la penalización de esta práctica se excusa en que supondría estereotipar y criminalizar comunidades étnicas y que, con el racismo ya existente en la sociedad británica, sería empeorar la situación para la población extranjera residente. La protección brindada nace del orden civil y la herramienta más habitual son las órdenes de protección para las mujeres amenazadas o que ya han sufrido estas prácticas. Las órdenes no requieren previo aviso del agresor y tienen efectos fuera del territorio anglosajón. Se aplican no solo en los agresores directos, sino también cooperadores necesarios o alentadores o impulsores de la unión forzosa. La víctima debe encontrarse en una situación de peligro significativo. El contenido de la orden puede conllevar el arresto de los implicados en la celebración del matrimonio forzado o su tentativa⁴⁹.

⁴⁷ VIDAL GALLARDO M. “Ilegalidad del Matrimonio... op. cit. pp. 20-21.

⁴⁸ ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. p. 28.

⁴⁹ BRIONES MARTÍNEZ, I.M. “Los matrimonios forzados... op. cit. pp. 25-26.

Por otro lado, ante la falta de regulación específica para el delito de matrimonio forzado, los perpetradores de esta práctica son procesados con delitos conexos como agresión sexual o coacciones. Es el caso de países como Italia o Países Bajos⁵⁰.

La situación de los matrimonios forzados en Dinamarca es tratada de una forma más peculiar ya que, al ser la mayoría de las víctimas de estas prácticas mujeres no danesas, se opta porque centros y organizaciones de prestación de ayuda a inmigrantes contribuyan también a paliar esta práctica. En concreto, el *Servicio de Asesoramiento de Inmigrantes* o el *Servicio de Asesoramiento para mujeres pertenecientes a minorías étnicas*. Junto a estas medidas, se apuesta por modificación en la ley de migración, en concreto en la reagrupación familiar. Para disuadir de la práctica de los matrimonios forzados, la edad requerida para poder solicitar la reagrupación familiar es la de 24 años. Y aunque se supere la edad mínima, se puede denegar la solicitud si existe duda razonable de si el matrimonio se ha celebrado con el consentimiento libre de los cónyuges⁵¹.

Noruega, en cambio, opta por la vía penal, tipificando el matrimonio forzado como delito en su artículo 222.2 con una pena máxima de hasta 6 años de prisión. Además, en la Ley número 47 de 4 de julio de 1991, se estableció que cualquiera de los cónyuges podría dirigirse a los tribunales para que se declara la invalidez del matrimonio si éste hubiese sido contraído en contra de su voluntad⁵².

4. REGULACIÓN DEL MATRIMONIO FORZADO EN ESPAÑA. ESPECIAL MENCIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE CATALUÑA Y MADRID

El Código Penal español, originariamente, amparó tres modalidades delictivas relacionadas con los matrimonios ilegales: el delito de bigamia, el delito de celebración del matrimonio inválido y el delito de autorización de matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente matrimonial. Los tres se encuentran en el Libro II, Título XII, “*delitos contra las relaciones familiares*” en su Capítulo I. Centrándonos en las dos primeras conductas delictivas, los bienes jurídicos

⁵⁰ ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. p. 30.

⁵¹ BRIONES MARTÍNEZ, I.M. “Los matrimonios forzados... op. cit. pp. 16-20.

⁵² ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. p. 29.

protegidos son la institución del matrimonio, el estado civil de la persona y la familia. En el caso del delito de celebración del matrimonio inválido, el tipo se cumple cuando uno de los cónyuges celebra la unión violando elementos recogidos en la regulación civil como la capacidad, consentimiento, formas del matrimonio, impedimentos y causas de nulidad⁵³.

España acaba equiparándose con Europa mediante una tipificación exclusiva del matrimonio forzado. En un primer momento, el ordenamiento penal español con la Ley 35/1995 de 11 de diciembre relacionaba los matrimonios forzados con delitos relativos a la explotación sexual, no consideraba esta práctica como un delito autónomo e independiente⁵⁴.

El primer intento que hubo en nuestro país de regular este fenómeno tiene lugar con la Proposición no de Ley de fecha 5 de mayo de 2011, sobre la regulación del matrimonio forzado como delito concreto en el Código penal y la adopción de medidas para frenar estas uniones. Se trataba de conseguir que el Gobierno modificase el Código Penal incluyendo estas prácticas como conductas delictivas. Y para ello se dieron tres opciones al legislador: por un lado, tipificar estas prácticas como un delito específico incluyéndolo en el Título VI considerándolo un delito contra la libertad, por otro lado, tratar a estas prácticas como un agravante del delito de coacción o bien, por último, considerarlo un tipo específico de delito dentro de los cometidos contra las relaciones familiares⁵⁵.

La decisión del legislador fue tipificar la conducta como un nuevo tipo agravado de coacciones, consistiendo en obligar a otra persona a contraer matrimonio. Es el actual art 172 bis del Código Penal, que con la LO 17/2015 del 15 de marzo modificó la LO 10/1995 del 23 de noviembre del CP.

Este artículo establece:

“1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

⁵³ TRAPERO BARREALES, M.A. *Matrimonios ilegales y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 25-28.

⁵⁴ ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado... op. cit. p. 19.

⁵⁵ VIDAL GALLARDO, M. “Ilegalidad del Matrimonio... op. cit. p. 22.

2. *La misma pena de impondrá a quien, con finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.*

3. *Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.*

4. *En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos”.*

Pese a la necesidad indiscutible de esta regulación, ya que los matrimonios forzados constituyen una agresión directa contra los derechos de las mujeres y niñas, así como contra su libertad e independencia, también existen críticas sobre la idoneidad del texto legal. El artículo establece la necesidad de que exista violencia o intimidación grave, es decir, parece que no toda violencia o intimidación ejercida sobre la víctima sería suficiente para cumplir el tipo, sino que debe tener cierta entidad o gravedad. Algunas conductas, por tanto, podrían quedarse impunes si se aplica con literalidad el precepto legal. La Fiscalía General del Estado y la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial ya han manifestado que la violencia e intimidación no deben ser graves para cumplir el tipo, sino que simplemente deben ser suficientes para doblegar la voluntad de la víctima⁵⁶. El segundo precepto es, a todas luces, un comportamiento más grave y dañino para la víctima y, sin embargo, se castiga con la misma pena que el precepto primero. Las críticas también resaltan el problema de un posible solapamiento del art 172 bis con el art 177 bis del CP para las situaciones donde el matrimonio forzado se de en un contexto cultural o sociológico en el que la mujer está abocada a quedar reducida a la servidumbre doméstica o sexual⁵⁷.

Junto con estos avances en materia legislativa, el Gobierno impulsó la *Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra las mujeres 2013-2016*. Contempla medidas para la prevención y erradicación de los matrimonios forzados, ya que se abandona la concepción de que estas prácticas son problemas exclusivamente religiosos, migratorios y culturales, y se enfoca en combatir los matrimonios forzados como una forma de violencia de género y una violación de los Derechos Humanos.

⁵⁶ ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. p. 34.

⁵⁷ VIDAL GALLARDO, M. “Ilegalidad del Matrimonio... op. cit. pp. 21-24.

A nivel autonómico, es la Comunidad Autónoma de Cataluña la pionera en frenar y alertar de esta práctica en auge. En Cataluña, La Ley 5/2008 del 24 de abril del derecho a las mujeres a erradicar la violencia machista establece en su artículo 5.4 e) que los matrimonios forzados son una manifestación de violencia machista en el ámbito social, al igual que la mutilación genital femenina, las agresiones sexuales o el tráfico y explotación de mujeres. Por el contrario, la Ley Orgánica 1/2005 de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género no incluye los matrimonios forzados en su definición de violencia de género⁵⁸.

Siguiendo con la labor de lucha contra los matrimonios forzados, Cataluña plantea proyectos o planes como: *Programa de Seguridad contra la Violencia Machista* en el 2007 a cargo del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación con el fin de analizar los matrimonios forzados y con ello evitar una vulneración de los derechos fundamentales que tales prácticas suponen; por otro lado, se impulsa también el *Procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados* en junio de 2009 con el fin de dar visibilidad a estas prácticas y prevenirlas⁵⁹. Este procedimiento dirigido al cuerpo policía autonómica de Cataluña, los *Mossos d'Esquadra*, pretende evitar la situación de victimización de la mujer y visibilizar la práctica, que en la mayoría de los casos suele ser de detención difícil. De tal manera, el cuerpo policial debe difundir información y colaborar con sujetos como representante de asociaciones, escuelas, personal sanitario o trabajadores sociales, con el fin de mejorar el tratamiento que la policía da a estas prácticas, así como divulgar información en todos los ámbitos posibles⁶⁰.

Otro ejemplo de la lucha contra esta práctica a nivel autonómico tiene lugar en la Comunidad Autónoma de Madrid, a través de la Plataforma de Organizaciones Islámicas SPIOR en la Casa Árabe en Madrid. En 2008 plantearon un programa denominado “*Mano a mano contra los matrimonios forzados*” donde denuncian este tipo de prácticas, manifestando que son un atentado contra la libertad y los derechos de las niñas y mujeres.⁶¹ La iniciativa surgió de la huida forzosa de las chicas jóvenes del domicilio familiar por el riesgo de ser casadas en contra su voluntad. La finalidad del

⁵⁸ ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. pp. 33-34.

⁵⁹ VIDAL GALLARDO, M. “Ilegalidad del Matrimonio... op. cit. pp. 25-26.

⁶⁰ COMISIÓN EUROPA. “Investigación y acción... op. cit. pp.30-31.

⁶¹ VIDAL GALLARDO, M. “Ilegalidad del Matrimonio... op. cit. p.21.

programa era la de fomentar la elección propia de pareja por parte de los miembros jóvenes de las comunidades musulmanas, así como desmontar la idea de que el Islam aprueba o fomenta tales prácticas⁶².

5. ANÁLISIS CASUÍSTICO DEL MATRIMONIO FORZADO Y FIGURAS ANÁLOGAS

5.1. ANÁLISIS CASUÍSTICO DEL MATRIMONIO FORZADO

El consentimiento libre y pleno por las partes en el momento de contraer matrimonio es un requisito imprescindible para la validez del mismo y el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, esta realidad no se da en todos los lugares. Hay Estados donde persisten tradiciones y costumbres ancestrales que amparan estas uniones matrimoniales carentes de consentimiento, donde los parientes y progenitores obligan a las mujeres a contraerlos. Estas costumbres tienen un carácter cultural, social, étnico o religioso y se centran en zonas de: África subsahariana, norte de África, Oriente Próximo y Oriente Medio, Asia meridional, Latinoamérica y comunidades romaníes. Se dispara su práctica especialmente en zonas rurales o empobrecidas por encima de los ciclos urbanos. Pese a que son conductas culturalmente ajenas a Occidente, por las corrientes migratorias en alza, empiezan a darse multitud de casos también en Europa o Estados Unidos⁶³.

Los motivos para justificar estas prácticas son múltiples y variados. En ocasiones obedece a una idea de reforzamiento de vínculos familiares, ya que es una manera de asegurar que bienes y riquezas permanezcan en el núcleo de una familia. Esta idea suele asociarse con situaciones de pobreza, al considerar a la hija es una forma de pago de deudas, unido en muchas ocasiones al concepto del honor familiar y, su desobediencia por parte de la mujer supone una ruptura del mismo. Pesa más el honor de la familia que el bienestar de las mujeres y niñas.

Siguiendo en esta línea, es una forma de aligerar cargar familiares, ya que se considera a la mujer una carga económica y por tanto su casamiento es una forma de supervivencia, especialmente cuando el marido tiene recursos. Se concibe como trasladar la protección de la mujer, que pasa de ser responsabilidad del padre a serlo de

⁶² COMISIÓN EUROPA. “Investigación y acción sobre la violencia... op. cit. p.34.

⁶³ VIDAL GALLARDO, M. “Ilegalidad del Matrimonio... op. cit. pp. 6-7.

su esposo, y con ello sus futuros hijos estarían legitimados y evitan, a su vez, que las mujeres caigan en explotación sexual y laboral.

Los casos más extremos y que quizás se vean más impregnados de ignorancia y misticismo son las llamadas “curaciones virginales”. Consisten en que un hombre enfermo, normalmente de edad avanzada, mantenga relaciones sexuales con una niña o mujer virgen con el fin de curar su dolencia⁶⁴.

Las situaciones de conflicto y de crisis humanitaria que aumentan la pobreza, la inestabilidad financiera y la violencia sexual también precipitan a las mujeres y niñas a verse sometidas a estas prácticas. Es una forma de aliviar la presión económica en la familia en este tipo de situaciones extremas. Por ejemplo, la crisis del COVID 19 con el aislamiento y el cierre de escuelas, ha limitado el acceso a la educación como factor de protección, empujando a las niñas al matrimonio ya que la escuela dejó de ser una opción⁶⁵.

En algunas comunidades suele haber conexión entre la mutilación genital y los matrimonios forzados, de tal manera que primero mutilan a las mujeres y luego las fuerzan a casarse. Incluso, en ocasiones, el varón exige que estén mutiladas previa unión matrimonial para asegurar su virginidad⁶⁶.

Las consecuencias de esta práctica son, entre otras muchas, problemas de salud para las niñas y mujeres como embazados o gestaciones forzadas, además de soportar en ocasiones maltratos físicos y psicológicos. Por otro lado, cuando se enfrentan a su propia familia oponiéndose al casamiento pueden ser objeto de asesinatos por honor o repudios, viéndose forzadas a cortar lazos familiares por mera supervivencia. También se ven forzadas al abandono de la educación y de las escuelas, privándolas de estudios superiores o de su entrada en el mundo laboral, porque en el momento en que la mujer o niña contrae matrimonio asume funciones exclusivas de esposa y madre, independientemente de la edad de la misma y de sus deseos⁶⁷.

⁶⁴ABAD ARENAS, E. “Matrimonio concertados, matrimonios forzosos, matrimonios precoces: nulidad por falta de consentimiento”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord., Cuenca Casas, M., et alt. Madrid, 2013, pp.1059-1060.

⁶⁵ ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado ... op. cit. p.9.

⁶⁶ BRIONES MARTÍNEZ, I.M. “Los matrimonios forzados... op. cit. p.6.

⁶⁷ ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado... op. cit. pp.10-11.

Todas tienen un común la consideración de la mujer como objeto, así como un ser carente de libertad y autonomía, que debe ser protegido ya sea por el marido, padre o hermano, siempre por una autoridad masculina.

5.2. FIGURAS ANÁLOGAS

5.2.1. Matrimonio prematuro

El matrimonio prematuro presenta grandes similitudes con el forzado en el sentido de que, en este caso, no solo se carece del consentimiento de al menos uno de los contrayentes, sino que también se prescinde de la edad mínima para poder contraer matrimonio. Culturalmente hablando, se practica con el fin de conceder protección a las niñas y pretender conseguir un mínimo de estabilidad económica y familiar, sobre todo en situaciones bélicas o de crisis humanitarias. En ocasiones, también se usan como forma de sellar acuerdos entre familias o como pago por deudas o, simplemente, como pago por un importe recibido en dinero o especie⁶⁸.

Los padres y jefes de familia escogen las parejas para sus hijos o hijas, con un fin claramente estratégico, ya sea acuerdo económico o una forma de proteger a las niñas contra intercambios sexuales inoportunos. En general, la intención más que de protección de la niña es la de proteger su “honor”⁶⁹.

Desde el punto de vista terminológico, también se suele acuñar la expresión de “matrimonio precoz” haciendo referencia a los matrimonios de niños. En realidad, entre matrimonio prematuro o infantil y matrimonio precoz existe una diferencia. Los precoces comprenden una casuística más amplia, de tal manera que puede incluir a personas mayores de edad, pero que, por otras razones diferentes a su edad, como su nivel de desarrollo físico, sexual o emocional, no se les considera capaces de prestar su consentimiento de forma libre, plena e informada⁷⁰.

⁶⁸ Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas. ONU Mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/614-definicion-de-matrimonio-forzado-y-de-ninos.html?next=615> [9/05/2023]

⁶⁹ UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Matrimonios prematuros*, 2001, p. 2.

⁷⁰ VIDAL GALLARDO, M. “La protección integral a la infancia y la adolescente frente a la violencia que representa el matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol XXXVIII, 2022, p. 289.

Igual que ocurre en los matrimonios forzados, en los matrimonios prematuros también nos encontramos con una falta de consentimiento de los contrayentes. Para poder dar un consentimiento teóricamente válido se exige un mínimo de edad. Hay algunas excepciones, como Jordania o Marruecos, donde a las mujeres se les niega el derecho a dar su consentimiento independientemente de su edad, pero en general todos los países comparten la opinión de que solo a partir de cierta edad se puede dar por válido el consentimiento expresado. Por lo tanto, la pregunta que podríamos hacernos es cuál es la edad adecuada para dar el consentimiento⁷¹.

A la hora de prestar el consentimiento en las uniones matrimoniales se exige cierta capacidad de los cónyuges. La “capacidad” se entiende por un nivel de madurez alcanzada a una determinada edad, suficiente para entender tanto la institución del matrimonio, como para lo que supone dar el consentimiento. No es fácil determinar cuál es la edad en la que la persona alcanza un nivel de madurez suficiente. Aunque tampoco se debe entender que minoría de edad invalida el matrimonio, simplemente habría que realizar un estudio caso por caso de los cónyuges para dictaminar si el nivel de madurez es suficiente y si entienden el compromiso que están aceptando.

Pese a la disputa sobre cuál es la edad mínima y la imposibilidad real de conseguir un número exacto porque la evolución de una persona es continua, es necesario, por puro interés de los menores, que el Estado fije una edad mínima concreta. Históricamente, la edad mínima ha ido evolucionando con una tendencia a igualarla, entre el hombre y la mujer, y a aumentarla. Se hace hincapié en la importancia de tener en cuenta, sobre todo en el caso de las niñas, un desarrollo biológico, ya que un matrimonio a muy temprana edad puede provocar unos perjuicios físicos, psicológicos y sanitarios graves en las jóvenes⁷².

El establecimiento de una edad mínima para prestar consentimiento se debe desvincular de la idea de fertilidad y de maternidad, y obedecer a razones de madurez mental y psíquica de la persona para asumir las responsabilidades propias de la vida conyugal. Sobre todo, en el caso de las niñas al considerar que el inicio de su periodo vital fértil también marca el inicio de su posible vida matrimonial⁷³.

⁷¹ UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Matrimonios...* op. cit. p.9.

⁷² VIDAL GALLARDO, M. “La protección integral...” op. cit. pp. 294-297.

⁷³ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “Debates sobre la autonomía...” op. cit. pp. 208-209.

Actualmente, y según la Convención de los Derechos del Niño, la edad mínima para contraer es de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad. Se da libertad a los países a escoger la edad mínima que mejor se ajuste a sus principios y valores, pero no podrán optar por edades inferiores a dieciocho años, con carácter general⁷⁴.

En conclusión, este tipo de matrimonios se caracteriza por la omisión del requisito de edad mínima para contraer, atentando contra la libertad y autonomía de la persona menor de edad y, en algunas ocasiones, contra su propia vida.

5.2.2. Trata de personas

La definición de trata de personas, según Naciones Unidas, supone: “La captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.”

Los legisladores pueden optar por incluir el matrimonio forzado y de niños expresamente en las leyes sobre trata, estableciendo en ellas una definición amplia de trata que ampare ambas situaciones y desde una perspectiva nacional e internacional⁷⁵.

El matrimonio forzado podría ser considerado como una forma de trata de personas por ser una explotación tanto sexual, como de trabajo forzado, de esclavitud o de servidumbre dependiendo de cada caso. La definición de trata de personas es tan amplia que, aunque expresamente no aparezca “matrimonio forzado” en la definición, ampara de igual manera esta práctica, así como los matrimonios prematuros⁷⁶.

⁷⁴ VIDAL GALLARDO, M. “La protección integral... op. cit. p. 296.

⁷⁵ Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas. ONU Mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articulos/618-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-la-trata-de-personas.html?next=619> [9/05/2023]

⁷⁶ ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. p. 12.

5.2.3. Esclavitud

El matrimonio forzado es una forma de esclavitud en aquellas ocasiones donde el cónyuge, que obliga a su pareja a contraer matrimonio, ejerce un derecho de propiedad sobre la misma. No solamente el cónyuge, incluso la familia de la mujer al disponer de ella como si fuera un mero objeto⁷⁷.

Relacionado con la esclavitud es necesario destacar el caso del “*trokosi*”: Los “*trokosi*” son entregas de jóvenes a sacerdotes para ser sometidas a trabajo forzado o explotación sexual con el fin de reparar los crímenes de una familia o antepasado, conjurar una maldición o como pago por los servicios del sacerdote. Estas uniones de hecho forzadas no tienen carácter oficial y, por tanto, la víctima no tiene la condición jurídica que otorga el matrimonio para hacer valer sus derechos.

Las uniones de hecho forzadas con niñas y mujeres que carecen de reconocimiento oficial suponen una mayor vulnerabilidad para las víctimas porque, al carecer de la condición jurídica que otorga el matrimonio, no pueden hacer valer unos derechos que ni siquiera han podido adquirir.

Las leyes deben prever estas situaciones para evitar situaciones de inseguridad jurídica para las víctimas, así como eliminar las leyes que otorgan los bienes y los hijos al hombre o a su familia⁷⁸.

⁷⁷ Ibidem, p. 13.

⁷⁸ Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas. ONU Mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/620-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-esclavitud-esclavitud-sexual-trabajo-forzado-y-servidumbre-por-deudas.html?next=621> [9/05/2023]

5.2.4. Herencia de la esposa: levirato y sororato

El matrimonio forzado de viudas es muy habitual en Oriente Medio, debido a que se considera a la mujer como un bien hereditario del esposo fallecido, y es obligada a contraer matrimonio con un familiar del esposo fallecido sin que ésta pueda oponerse. Esta práctica tiene dos formas de celebrarse:

“*Levirato*”: Es el matrimonio forzado de una viuda con el hermano de su esposo fallecido cuando el marido muere sin descendencia. En caso de negación, supone la retirada de la custodia de sus hijos sin mediar resolución judicial.

“*Sororato*”: Es el matrimonio forzado de la hermana de una mujer fallecida o infértil para casarse o mantener relaciones sexuales con su cuñado (viudo o esposo de su hermana)⁷⁹.

De igual manera existen las prácticas discriminatorias para las mujeres y viudas en el ámbito de los hijos. Las leyes que retiren la custodia de los niños a las viudas sin que medie resolución judicial estableciendo el mejor interés del menor deben ser eliminadas. Siguiendo con la misma idea de igualdad parental, la responsabilidad de ambos cónyuges para con los hijos debe ser idéntica y no suponer una obligación exclusiva de la mujer el cuidado de los menores. Asegurar una igualdad de derechos y responsabilidades de hombres y mujeres con respecto a las cuestiones concernientes a los hijos, así como la custodia, tutela, administración fiduciaria o adopción. Lo más orgánico es que, fallecido el esposo, la guarda de los hijos pase automáticamente a la viuda, salvo que el interés del menor sea otro. En especial, prohibir la separación de un menor de su progenitor salvo que una autoridad judicial así lo dictamine, siempre en beneficio de la infancia⁸⁰.

5.2.5. Rapto de novias o matrimonio por secuestro

El rapto de novias supone llevarse a una mujer sin su consentimiento con la intención de obligarla a contraer matrimonio con uno de sus captores. Los perpetradores deben utilizarla para este fin coacción psicológica o fuerza física. Las claves son:

⁷⁹ ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado... op. cit. pp. 6-7.

⁸⁰ Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas. ONU Mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/621-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-herencia-de-la-esposa-levirato-y-sororato-.html?next=622> [9/05/2023]

llevarse a la víctima (mujer o niña), ausencia de consentimiento por su parte y un fin claramente matrimonial.

Es un delito que no exige su consumación que se haya celebrado el matrimonio. Si la víctima huye o es rescatada antes, el tipo penal se ha cumplido.

Los legisladores pueden optar por garantizar que delitos conexos como la agresión, violación o el secuestro sean tipificados como delitos imputables a los autores del rapto de novias. O pueden optar por la utilización de delitos ya tipificados para enjuiciar el matrimonio forzado y prematuro incluyendo el rapto de novias como agravante⁸¹.

El problema de estas prácticas es que muchas culturas, entre sus ritos a la hora de celebrar una unión matrimonial, está el “rapto” ficticio de la futura esposa por parte del novio. La distinción entre práctica cultural y delito reside en la existencia de consentimiento por parte de la mujer⁸².

5.2.6. Utilización de cazarrecompensas

La conducta en sí supondría solicitar los servicios de un cazarrecompensas, contratarlo, colaborar o conspirar con él, u ofrecer dinero o intentar ofrecer dinero para conseguir a víctimas con el fin de forzarlas a contraer matrimonio. La cuestión gira en torno a si las leyes deben crear un delito independiente para esta utilización de cazarrecompensas o bien incluirlo dentro de los delitos de rapto, secuestro, acecho y privación ilícita de libertad. En todo caso la pena siempre deberá reflejar la gravedad del delito⁸³. Es una práctica muy habitual en Sudán del Sur, a pesar de que la ley fije la edad mínima para casarse en dieciocho años y la pena para esta práctica sea de siete años de prisión⁸⁴.

⁸¹ Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas. ONU Mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/622-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-rapto-de-novias.html?next=623> [9/05/2023]

⁸² ORDÓÑEZ GODINO, A. “Un análisis sobre los matrimonios... op. cit. p. 14.

⁸³ Centro Virtual de Conocimiento para Poner Fin a la Violencia contra las Mujeres y Niñas. ONU Mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/623-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-utilizacion-de-cazarrecompensas.html?next=624> [9/05/2023]

⁸⁴ ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado... op. cit. p. 6.

6. EL ISLAM Y LOS MATRIMONIOS FORZADOS

6.1. LOS MATRIMONIOS ISLÁMICOS Y LOS *DJABR*

Para entender el sistema jurídico islámico hay que tener una idea fundamental clara: no hay distinción entre el ámbito religioso y el estatal. La comunidad islámica que recibe el nombre de *umma* es una comunidad civil, política, religiosa, económica etc, y la pertenencia a ella determina la condición religiosa del sujeto. No se puede pertenecer a la comunidad y no ser musulmán.

La ley religiosa islámica se conoce como *Sharia* y es el Derecho islámico primario que bebe de dos fuentes principales: el Corán (libro sagrado) y la Sunna (dichos y hechos del profeta). La *Sharia* regula absolutamente todo, desde cuestiones entre particulares, hasta las relaciones con Dios⁸⁵.

Decía Linant de Bellefonds que: “En el Derecho islámico, el matrimonio es un contrato que autoriza a las partes a disfrutar legalmente uno del otro y consiste en la entrega de una dote a la mujer y a proporcionar su mantenimiento, recibiendo en contrapartida el derecho a mantener con la mujer, lícitamente, relaciones íntimas”⁸⁶. Los requisitos para considerar válido el matrimonio islámico son variados dependiendo de cada Estado islámico o incluso de las diferentes doctrinas existentes, una de las prácticas habituales es el matrimonio celebrado con la intervención del *wali*: se emite el consentimiento de las partes de tal manera que la oferta y aceptación debe otorgarlas el propio contrayente y el representante de la mujer (*wali*), se debe celebrar ante dos testigos válidos para asegurar la publicidad del contrato, no puede existir ningún impedimento para las partes y no exige el registro ni la presencia de autoridad competente para su válida celebración (carencia de formalismo)⁸⁷.

Junto a estos requisitos de validez, destacamos la necesidad de constitución de dote (*sadac* o *mahr*). La dote supone que el padre del novio haga entrega a la familia de la novia de una cantidad de dinero o de bienes para obtener su aceptación a la propuesta matrimonial⁸⁸. La discusión en torno a la dote no versa sobre la necesidad de dote, que

⁸⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, núm 13, 2008, p. 184.

⁸⁶ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama...* op. cit. pp.284

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 284-285.

⁸⁸ DOMÍNGUEZ, R. “El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho Islámico” *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coordinador: Agustín Motilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 39.

lo es, sino si la obligación de su pago es un efecto del matrimonio o una condición de validez del mismo. En el primer caso, la falta de estipulación de dote no haría nulo el matrimonio porque la mujer tiene derecho a recibir la dote de equivalencia. En cambio, si se considera la dote como una condición de validez del matrimonio, la consecuencia sería la nulidad del mismo en caso de falta de estipulación de la dote. El problema es que un versículo del Corán establece: “*No hacéis mal en repudiar a vuestras mujeres mientras aún no las hayáis tocado o asignado dote*”. Esto hace imposible estimar la nulidad de la unión. Por lo tanto, aunque en el contrato matrimonial no se estipule dote, el matrimonio sería válido. Pero, si la dote se estipula de forma inválida, entonces el matrimonio sería nulo. La realidad es que en el momento en que el matrimonio se consume, automáticamente sana la nulidad asignándole a la mujer su derecho de recibir dote⁸⁹.

Muchos autores consideran que la dote convierte al matrimonio islámico en un contrato de compraventa, sin embargo, otros como Estévez Brasa la consideran como “un presente que el marido hace a la mujer al contraer matrimonio, para compensarle de alguna forma todas las obligaciones que su nuevo estado civil traerá aparejadas para ella”⁹⁰.

El matrimonio islámico requiere capacidad para contraer, es decir, ausencia de impedimentos entre las partes. Es un planteamiento similar al recogido en nuestro ordenamiento jurídico con la diferencia de que la mujer tiene unas prohibiciones más estrictas que las del varón.

Esto se puede ver reflejado en el caso del matrimonio mixto. El Derecho islámico tradicional permite al varón contraer matrimonio con una mujer musulmana o bien con una mujer que pertenezca a alguna religión del libro, es decir, cristianas y judías. Sin embargo, a la mujer musulmana solo se le permite contraer matrimonio con un varón musulmán. Esto obedece al pensamiento de que los hijos heredan la religión del padre, por lo que, independientemente de que la madre sea musulmana, judía o cristiana, mientras el padre sea musulmán, el hijo también procesará el Islam. La prohibición de los matrimonios mixtos rige en prácticamente todo los Estados islámicos, incluidos los más progresistas. Zoila Combalía considera problemática esta

⁸⁹ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la Mujer en Derecho Matrimonial Islámico” en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, núm.6, 2001, pp.17-18.

⁹⁰ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama...* op. cit. p. 290.

situación debido a “la imposibilidad de un matrimonio civil para las personas musulmanas en esos países, así como el no reconocimiento del derecho a abandonar la fe islámica. Esto hará que una práctica habitual cuando la mujer musulmana quiera contraer matrimonio con un no musulmán sea la de recurrir a una conversión más o menos sincera del varón al Islam.” Es decir, el problema de este impedimento es que no hay distinción entre matrimonio civil y religioso, por lo que un impedimento de evidente carácter religioso, como es este, también influye en el ámbito civil por la falta de secularización que sufren estos países. Además, tampoco se reconoce el derecho a abandonar la fe islámica por lo que las mujeres musulmanas que se vean en situaciones de matrimonios mixtos no tienen muchas opciones y se suele recurrir a la conversión del varón al Islam para poder validar esas uniones⁹¹.

Otro impedimento además del de disparidad de culto, es el de consanguineidad y afinidad. Se integran en esta prohibición tanto las relaciones de parentesco legal de sangre en sentido estricto (el incesto), como aquellos impedimentos que responden solo a una simple afinidad como, por ejemplo, el impedimento de lactancia. Esto responde a la tendencia a originar clanes familiares islámicos y bajo la denominación de parentesco se integren todas aquellas relaciones afines. El impedimento de parentesco de leche mencionado anteriormente supone que el niño amamantado durante los veinticuatro primeros meses de vida por la nodriza se considera como su hijo, siendo necesario que efectivamente se haya dado la lactancia durante los dos primeros años de vida del niño. Así, el varón no puede contraer matrimonio ni con su nodriza, ni con las hijas, hermanas o sobrinas de aquella, ni puede estar casado simultáneamente con dos colactáneas. La mujer tampoco puede contraer con quien es o ha sido marido de su nodriza, ni con sus descendientes, aunque sí con sus ascendientes y hermanos. Entre sí dos hermanos de leche tampoco pueden contraer. A la nodriza se le impide el matrimonio con el amamantado, y con el padre y descendiente de aquél⁹².

El impedimento de la edad, fundamental en Occidente, en los Estados islámicos es más volátil. El problema reside en que la actual regulación del matrimonio islámico bebe directamente de la regulación que el Derecho islámico clásico daba al matrimonio por lo que es bastante retrógrado. En teoría, dice Alejandro Nieto Cruz: “En el Derecho islámico clásico podían contras matrimonio todas aquellas personas que estuvieran en

⁹¹ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la mujer... op. cit. pp. 15-16.

⁹² DOMÍNGUEZ, R. “El estatuto del musulmán... op. cit. pp. 48-49.

pleno uso de sus facultades mentales y que hubieran alcanzado la pubertad”. A partir de esta base legal generalizada, los diferentes Estados Islámicos han establecido edades mínimas para contraer más o menos elevadas. Por ejemplo, en Marruecos la edad mínima es de dieciocho años tanto para el hombre como para la mujer. Aunque se reconoce la posibilidad de que un juez autorice el matrimonio de menores de dieciocho, siempre que haya un interés que justifique esta decisión⁹³.

Además de capacidad o carencia de impedimentos, ¿debe existir un consentimiento de la mujer puro, personal, libre y no viciado como en el ámbito más occidental? En el Islam cobra importancia la figura del tutor o *wali*. Esta figura suele ser una persona que guarda con la novia una relación o bien de parentesco o bien jurídica dentro de un orden jerárquico preestablecido por el Derecho. La mayor o menor amplitud de la facultad de representación de la novia depende de quien efectivamente ostente el título de *wali* y de la condición personal de la representada. El padre y abuelo son los que ostentan una mayor fuerza en la representación⁹⁴.

Estas concepciones del consentimiento de la mujer dependen del Estado Islámico en cuestión. En Argelia se requiere presencia del tutor, pero no dar en matrimonio a la mujer sin el consentimiento de ella y solo podrá impedir el padre de la mujer la unión si ella es virgen y en base a su propio beneficio. La intervención del tutor, generalmente, no suplente el consentimiento como tal de la mujer. La mujer da el consentimiento, pero la vía usada para ello es el tutor. Es algo similar al matrimonio por poderes en España. Actualmente, la legislación no permite al tutor forzar a la mujer a contraer matrimonio en prácticamente ningún Estado⁹⁵.

Los matrimonios islámicos se caracterizan por una fuerte desigualdad entre los deberes y derechos asignados a cada cónyuge. De tal manera que al marido se le impone la llamada *nafaqa* u obligación del mantenimiento económico de la esposa. Esta obligación se compone del deber de alimentos, pero también de vestido, vivienda, servicio doméstico y atención médica. Todo depende del nivel económico del

⁹³ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer en el Derecho de Familia Islámico y orden público” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 12, núm.1, 2020, pp. 296-297.

⁹⁴ DOMÍNGUEZ, R. “El estatuto del musulmán... op. cit. pp. 42-43.

⁹⁵ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la mujer... op. cit. p. 17.

matrimonio⁹⁶. Como respuesta a estos deberes del marido de la dote y del *nafaqa*, la mujer tiene el deber de obediencia y de velar por la buena marcha del hogar familiar. Se reconoce el llamado “derecho de corrección” que el hombre ostenta sobre la mujer.

Este derecho tiene que ejercerse de forma moderada, existiendo una escala de acciones de menos a más violentas que el marido puede usar contra la mujer para corregirla. En un primer lugar se encuentra la reprimenda o mera amonestación, después está la opción de relegar a la mujer y cortar las relaciones con ella y en último lugar, el castigo corporal. En la actualidad, este derecho no se recoge en los Códigos de los Estados islámicos⁹⁷.

En los matrimonios musulmanes no se crea ninguna comunidad de bienes o ganancias comunes entre los cónyuges, el patrimonio de ambos se mantiene separado y administrado libremente por cada uno de ellos. Apunta Zoila Combalía: “Tal vez resulte chocante con la autoridad que se atribuye al marido sobre la mujer, el que en el Islam se haya reconocido siempre el derecho a la mujer a disponer libremente de su patrimonio sin supervisión o intromisión alguna del marido” y es que pese a la posición de sometimiento de la mujer al marido en casi todos los aspectos de la vida conyugal, en el ámbito patrimonial goza de bastante independencia respecto del marido. La única excepción es la doctrina de la escuela *malakita*, de tal manera que los actos de disposición a título gratuito que la mujer realice a favor de terceras personas ajenas al núcleo familiar deberán ser autorizadas por el esposo. El fin es proteger los derechos sucesorios del marido⁹⁸.

Cuando hablamos de matrimonio forzado siempre nos referimos a aquella unión realizada sin el libre y pleno consentimiento de las partes. En la mayoría de Estados islámicos el matrimonio forzado, conocido como *djabr*, está prohibido. De tal manera que los cónyuges deben prestar un consentimiento matrimonial puro, libre y verdadero, expresado en cualquiera de las formas legalmente admitidas. Aunque para el consentimiento de las mujeres suele intervenir un *wali*, éste no puede obligar a la mujer a contraer matrimonio sin su consentimiento. Incluso el juez puede casar a la hija si el

⁹⁶ LORENZO, P. “El matrimonio islámico. Elementos formales” en *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, coordinador: Agustín Motilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p.99.

⁹⁷ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la mujer... op. cit. p. 18-19.

⁹⁸ *Ibidem*, p.19.

tutor rechaza concluir el acuerdo previo de matrimonio⁹⁹. El problema está en que algunos Estados, como por ejemplo Mauritania, se permite el casamiento de una menor de edad que no esté en pleno uso de sus facultes mentales sin su consentimiento¹⁰⁰.

Personalmente opino que el uso de esta práctica ha sido gracias a una interpretación errónea y retrógrada de las sagradas escrituras y que, realmente, no solo han sufrido los matrimonios forzados las mujeres musulmanas, sino también hindúes, sijs, cristianas o judías. Los matrimonios forzados no van unidos a religiones, sino a tradiciones culturales relacionadas con el honor y la pureza de la mujer y de la familia, escusadas en una supuesta fe que, en la realidad, no las ampara.

6.2. EL CASO DE PAKISTÁN: LAS HERMANAS ABBAS

Las dos hermanas, Aneesa Abbas y Arooj Abbas, eran originarias Nothia, en la provincia oriental de Punjab en Pakistán, y en el momento de su muerte tenían 20 y 24 años, respectivamente. Ambas residían en Terrassa, Cataluña. Un año antes de sus muertes, fueron obligadas a contraer matrimonio con sus primos en Pakistán. Sin embargo, pudieron volver a España solas y seguir sus vidas en Terrassa, escapando del control de sus maridos, pero no de sus hermanos y padre.

Su familia en Pakistán las ofreció un viaje alegando la supuesta enfermedad que la madre de ambas padecía y ellas, preocupadas por el estado de salud de su madre, acudieron. La realidad es que dos meses antes la madre de las jóvenes había viajado de vuelta a casa en Pakistán y desde ese momento se la había mantenido incomunicada y retenida, ignorante del plan que sus familiares tramaban contra sus hijas. Su ofrecimiento de visitar a la madre enferma no era más que un engaño y lo que pretendían con el retorno de las jóvenes era que estas interceptaran a las autoridades españolas para que sus maridos pudieran emigrar a España con ellas.

Cuando ellas llegaron a Pakistán, no solo no actuaron obedecieron a sus maridos, sino que ambas solicitaron el divorcio. Como castigo, sus hermanos y maridos las estrangularon y dispararon, acabando con sus vidas. Asesinadas por un supuesto crimen contra el honor de la familia¹⁰¹.

⁹⁹ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama...* op. cit. pp. 287-289.

¹⁰⁰ NIETO CRUZ, A. "Discriminación de la mujer ... op. cit. pp. 300-301.

¹⁰¹ https://elpais.com/internacional/2022-05-23/asesinadas-en-pakistan-dos-mujeres-que-vivian-en-espana-por-rechazar-un-matrimonio-concertado.html?event_log=oklogin [9/05/2023]

Los crímenes de honor, práctica habitual en Asia, suponen una carta blanca para que los varones de las familias maltraten y lleguen incluso a asesinar a sus familiares mujeres, con la excusa de que el comportamiento de ellas supone un insulto para la moral conservadora u honor de la familia y deba ser subsanado. Históricamente hablando, estas prácticas suponían para los hombres la obligación de matar a una mujer de la familia cuando esta hubiera transgredido el código de conducta dictado por la comunidad. De no hacerse, toda la familia podía verse excluida de la comunidad. Se caracterizan por su planificación y ejecución por los miembros varones de la familia, la comunidad suele estar implicada y apoya la práctica y el motivo del crimen es siempre la presunta deshonra que la mujer ha traído a la familia¹⁰².

Las ansias de independencia de las jóvenes y su deseo por contraer matrimonio con parejas de su elección parece que fueron suficientes motivos para entender el honor de la familia Abbas gravemente dañado.

La realidad es que no se ha hecho justicia a estas dos mujeres. Pese a que en Pakistán los crímenes de honor están castigados con pena de muerte o cadena perpetua y la reforma de 2016 eliminó la opción de que con el perdón de los familiares de las víctimas se pudiera eximir de responsabilidad penal. El problema es que la reforma permitió una labor interpretativa de los jueces quizás demasiado amplia, ya que ellos pueden decidir si efectivamente cada caso concreto es o no es un crimen de honor. Si los jueces dictaminan que no lo es, el castigo por estos hechos es paupérrimo, incluso pudiendo llegar a desaparecer con el perdón dado por los familiares de las víctimas. El padre de ambas ha concedido el perdón a los perpetuadores de este crimen, que no son otros que los maridos-primos y hermanos de las jóvenes

Ghulam Abbas, padre de las jóvenes, fue detenido en Terrassa acusado de participar en el engaño que terminó con la vida de sus hijas. Posteriormente fue puesto en libertad provisional y se continúa investigando su participación como cooperador necesario o inductor en el homicidio, aunque también por los delitos de coacción y matrimonio forzado. No se puede olvidar que Aneesa, la más joven de las dos, fue sacada de España al cumplir los 18 años con el fin de contraer un matrimonio forzoso

¹⁰² TORRES KUMBRÍAN, R.D. “Tradiciones nocivas basadas en interpretaciones derivadas del Islam como formas de violencia de género” en *GT 12 Sociología de Género*, 2013, pp. 24-25.

con su primo en Pakistán. Presupuesto que podría cumplir con el tipo especial de coacciones previsto para los matrimonios forzados.

Azra Bibi, madre de las jóvenes, ignorante de los engaños tramados por su familia contra sus hijas parece una víctima más. La realidad es que no se sabe si efectivamente era consciente del destino que sus hijas iban a recibir o no. Estuvo presente en el momento de los asesinatos y escuchó los disparos, pero alega que la mantuvieron encerrada en una habitación y no pudo socorrer en ningún momento a sus hijas. Lo sospechoso es que no denunció el asesinato de las jóvenes y cuando, gracias al cónsul español en Pakistán, pudo regresar a España en secreto y con un piso a su disposición, alertó a su marido y volvió al hogar familiar en Terrassa. Por el momento, no se la investiga y está libre de acusación alguna¹⁰³.

Legalmente hablando, las jóvenes no gozaban de la ciudadanía española, sino de un permiso de residencia en España, por lo que no se podía activar el servicio de asistencia consular de la embajada española en Pakistán. Pese a las investigaciones realizadas en España concernientes al padre de las jóvenes, los asesinos están sometidos a la jurisdicción pakistaní. Al fin y al cabo, se trataba de pakistaníes que se encontraban en su propio país¹⁰⁴.

Casos como el de las hermanas Abbas abundan en la actualidad. Tan solo en Pakistán se han contabilizado entre 2004 y 2018 un total de 17.628 casos de crímenes de honor, sin ni siquiera tener en cuenta todos los crímenes de honor que pasan desapercibidos por la ausencia de denuncias.

Igual que en el caso de los matrimonios forzados, los crímenes de honor son extremadamente complicados de detectar y de tratar por las autoridades. Nos encontramos ante aberraciones perpetuadas por los familiares directos de las víctimas. Por no hablar de la manipulación que estas mujeres sufren desde su más tierna infancia. Manipulando su educación con principios retrógrados y conservadores, hasta el punto de que ellas mismas empiezan a normalizar estos comportamientos tan peligrosos para ellas.

¹⁰³ <https://elpais.com/espana/catalunya/2023-02-26/los-asesinos-de-las-hermanas-de-terrassa-quedan-libres-en-pakistan-mientras-la-justicia-persigue-al-padre-en-espana.html>. [9/05/2023]

¹⁰⁴ <https://elcomercio.pe/mundo/asia/aneesa-abbas-y-arooj-abbas-dos-hermanas-pakistanies-residentes-en-espana-son-torturadas-y-asesinadas-en-pakistan-al-rechazar-el-matrimonio-concertado-con-sus-primos-narracion-historias-ec-noticia/?ref=ecr>. [9/05/2023]

Crímenes de honor y matrimonios forzados parece que van de la mano como una de las herramientas más fuertes para someter a las mujeres y restringir su libertad y autonomía.

7. REPUDIO Y POLIGAMIA EN LA CULTURA MUSULMANA

7.1. REPUDIO

La regulación de la constitución y extinción de la relación matrimonial, también conocida como *Nikah*, se encuentra en el *Majallat al-Ahwal al Shakhisy*, es decir, en el Derecho de las personas y en el Derecho de familia y sucesiones. Por tanto, en la mayoría de Estados islámicos, el repudio se regula dentro del Estatuto de la persona o bien dentro de Códigos sobre Derecho de Familia.

El significado literal de la palabra *repudio* es “rechazar a la mujer propia”. La institución originaria del repudio se conoce como *Talaq*. Este término se refiere a la disolución del matrimonio por un acto de voluntad unilateral del marido o bien de ambos cónyuges. Por el contrario, se acuña por ciertas escuelas el término *Fashk* en los casos de disolución reclamada por la esposa a la autoridad jurisdiccional islámica. Sin embargo, la escuela *Malakita* llama *Tatliq* al acto de repudiación que lleva a cabo la autoridad jurisdiccional por deseos de la esposa. Terminológicamente no hay un consenso real, depende tanto de los Estados como de las escuelas.

Independientemente de la nomenclatura, su clasificación puede hacerse partiendo de dos grandes categorías: repudio unilateral y repudio bilateral¹⁰⁵.

7.1.1. REPUDIO UNILATERAL

El varón solo podrá repudiar de forma unilateral de acuerdo con lo dispuesto en el Corán y la Sunna, con el fin de asegurar un mínimo de seguridad para la esposa y evitar repudios discrecionales. De hecho, el Profeta dijo “entre las cosas lícitas, ninguna es más odiosa a Alá que la del repudio”. A ojos del Corán y de la Sunna no está bien visto el repudio, pero su masiva práctica, incluso ya en usos preislámicos, imposibilita su prohibición. Por tanto, estos preceptos divinos no se respetaron y en la práctica se

¹⁰⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas islámicas... op. cit. pp. 190-193.

continuó el repudio discrecional¹⁰⁶. Este repudio unilateral a su vez se divide en dos clases: repudio irregular (*Talaq al-b'ida*) y repudio sunita (*Talaq al-Sunna*).

Talaq al-b'ida (irrevocable)

Es una forma de disolver el vínculo matrimonial mediando la emisión sucesiva de, al menos, tres declaraciones de repudio por parte del marido a la esposa. Produce una disolución inmediata¹⁰⁷.

Se caracteriza por su irrevocabilidad, de tal manera que, una vez repudiada, el marido no podrá volver a contraer segundas nupcias con la mujer salvo que ésta vuelva a contraer matrimonio y el nuevo marido, a su vez, la hubiera repudiado irrevocablemente o existiera un decreto judicial de disolución del matrimonio. Junto a esta fórmula de triple declaración, existe a su vez la posibilidad de que el marido repudie solamente una vez, pero con la fuerza que tendrían tres declaraciones de repudio¹⁰⁸.

En Marruecos, con el fin de controlar la abusividad de esta práctica, para poder ejercitar este tipo de repudio, se necesita una autorización judicial y el proceso de repudio le acompaña un control judicial posterior con el fin de garantizar los derechos económicos de la esposa¹⁰⁹. También se exige que el repudio se registre en la circunscripción del domicilio conyugal para evitar que el marido repudie a su mujer lejos del mismo y que ésta tarde en enterarse¹¹⁰.

Incluido en la categoría de repudio unilateral también se encuentra el llamado “repudio sometido a condición” o *Tatliq al-Talaq*, en el cual, la eficacia de la declaración de voluntad del marido se encuentra supedita a que, en cada caso, se haya verificado o no el hecho en qué consistía la condición. Este repudio no aparece ni en el Corán ni en la Sunna, sino que fue creación de las cuatro Escuelas Jurídicas Sunnitas, por lo que las reglas que rigen este repudio no son iguales. Los *Hanafita* y *Malikita*

¹⁰⁶ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la mujer...op. cit. p. 19.

¹⁰⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas islámicas... op. cit. p. 193.

¹⁰⁸ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la mujer... op. cit. pp.19-20.

¹⁰⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia Marroquí (Mudawa) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 10º, núm. 1, 2018, p. 146.

¹¹⁰ COMBALÍA SOLIS, Z. *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares editorial, Granada, 2006, p. 62.

dictaminan que el repudio es eficaz en el preciso instante en que el marido emite su declaración de voluntad. Por el contrario, los *Shafita* y *Hanbalita* consideran que la disolución del vínculo se produce una vez que ha transcurrido el periodo de tiempo que fue impuesto como condición en el acto del repudio. En algunos países este tipo de repudio está prohibido y en otros se permite¹¹¹.

Talaq al-Sunna (revocable)

Esta disolución matrimonial tiene lugar por una declaración de repudiación del marido en un periodo de pureza de la esposa (*Thur*). Este repudio tiene dos modalidades: *Talaq ahsan* y *Talaq hasan*, dependiendo de si el marido ha repudiado a su mujer uno o durante tres periodos de pureza.

Estas modalidades prácticamente no tienen diferencias. Ambas coinciden en que la eficacia disolutora se mantiene en suspenso mientras no transcurra el periodo de continencia de la esposa demoniado *Iddat*. La *Iddat* puede tener tres duraciones diferentes:

- Tres meses para el repudio *Talaq ahsan*.
- Tres ciclos periódicos de pureza si se trata del repudio *Talaq hasan*.
- En caso de mujer embarazadas, el periodo de gestación si la repudiación tuvo lugar durante el mismo¹¹².

Durante estos periodos de tiempo, se suspende los efectos jurídicos del matrimonio, salvo la permanencia de la mujer en el domicilio conyugal y la obligación del marido a velar por el cuidado y subsistencia de la esposa repudiada (*nafaka*), salvo que el repudio obedeciese a justa causa probada.

En el caso de que el repudio hubiera tenido lugar ante de la consumación del matrimonio, la eficacia sería inmediata¹¹³.

A diferencia del repudio irregular, el repudio sunnita es revocable. Pero siempre antes de que los periodos anteriormente expuestos concluyan. El acto de revocación del repudio puede ser expreso, por gestos o palabras, o implícito, cuando los cónyuges mantienen relaciones sexuales antes de que los plazos se disuelvan. La retractación del

¹¹¹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas ... op. cit. p. 195.

¹¹² Ibidem, pp. 196-197.

¹¹³ COMBALÍA SOLÍS, Z. "Estatuto de la mujer... op. cit. p. 20.

repudio por parte del marido no necesita del consentimiento de la mujer ni de la fijación de una nueva dote¹¹⁴.

La otra diferencia principal es que este tipo de repudio produce la disolución simple del matrimonio, por lo que el marido podría volver a contraer nupcias con la mujer repudiada en el pasado. Las excepciones son: en los casos en que el repudio se ha debido al adulterio sufrido por el hombre por parte de la mujer o siempre que el marido invocase nueve pronunciamientos sucesivos de repudio sunnita contra la esposa. En estos supuestos no se podrá volver a contraer nupcias con la mujer repudiada¹¹⁵.

Los efectos del repudio se sujetan tanto a unas condiciones de capacidad del marido como a la fórmula en la que se debe de llevar a cabo el repudio. En general, todas las condiciones de validez son comunes para las ideologías islámicas dominantes.

Requisitos de capacidad del repudio: La declaración unilateral que realiza el marido es un acto positivo, que requiere de unos requisitos de capacidad por parte del varón para poder llevarse a cabo. La forma más sencilla de explicarlo es estableciendo qué varones no tienen capacidad para repudiar:

- Varones impúberes y menores de edad, es decir, menores de 15 años: Se tiene como excepción aquellos varones menores de 15 años que posean suficiente grado de madurez para repudiar. Para esos casos, es necesario el consentimiento expreso de quienes hayan ejercido el poder para casar a un hijo o a un tutelado, se les conoce como *djabr*. Pese a esta regulación las Escuelas Jurídicas sunnitas solo dan validez a los repudios llevados a cabo por varones mayores de edad y en general en la legislación de los Estados islámicos no se reconocen los repudios de menores.
- Varones que sufran de enajenación o enfermedad mental: Se les conoce como *Aqil*.
- Varones que repudien bajo coacción o miedo grave: En tales circunstancias, el repudio es válido si quien lo emitió podía haber adoptado otra solución para evitar los malos con los que había sido amenazado.

¹¹⁴ ORTIZ VIDAL, M.D. “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol 6, núm. 2, 2014, p.212.

¹¹⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas... op. cit. pp. 197-198.

- Varones que padezcan un estado grave de embriaguez o de intoxicación por bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes: No es un requisito recogido en las fuentes primigenias, pero se incorporó gracias a las Escuelas Jurídicas sunnitas¹¹⁶.

A la mujer, una vez repudiada, se le suele atribuir la custodia de los hijos comunes hasta que estos alcancen la pubertad o hasta que cumplan diez años.

Respecto a las compensaciones económicas para las mujeres repudiadas dependen de la consumación del matrimonio disuelto. En caso de que fuera repudiada antes de la consumación tiene derecho a la totalidad de la dote. Si por el contrario fuese repudiada después de la consumación del matrimonio solo tiene derecho a recibir la mitad de la dote. Además de la compensación en forma de dote, el Corán recomienda al marido que ha repudiado unilateral y discrecionalmente que entregue un presente o *Mutta* a la esposa. Este regalo va a depender de la capacidad económica del esposo y puede consistir tanto en pagos pecuniarios periódicos, como en el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes muebles o inmuebles. En la actualidad, la mayoría de Estados islámicos entienden que la mujer repudiada, independientemente de si ha consumado o no el matrimonio, tiene derecho a una compensación económica siempre¹¹⁷.

7.1.2. REPUDIO BILATERAL

Hay dos formas de repudio y bilateral y ambas comparten la característica principal de no depender exclusivamente de la voluntad del marido. Por un lado, está el repudio realizado a petición de los esposos conocido como *Talaq ala mal* o *Khul* y, por otro lado, el acto de repudiación de mutuo acuerdo entre los cónyuges o *Talaq al mubaraha*.

¹¹⁶ Ibidem, pp. 198-199.

¹¹⁷ CERVILLA GARZÓN, M.D. “La aplicabilidad de las normas... op. cit. p. 146.

Talaq ala mal o Khul

Este tipo de repudio está contemplado en el Corán y se fundamenta en la solicitud que la esposa debe realizar al esposo para que le repudie a cambio de un avenimiento a su favor conocido como *Khul*¹¹⁸.

También funciona a la inversa, pudiendo ser el marido el que ofrezca o proponga a la esposa repudiarla a cambio de una compensación, en este caso se denomina *Talaq ala mal*¹¹⁹.

En Marruecos, este tipo de repudio lo puede ejercitar el hombre sin justa causa o motivo, por el contrario, la mujer solo pudiere repudiar si el marido consiente, concediéndole este derecho en el contrato matrimonial¹²⁰.

El problema reside en qué ocurre cuando el otro cónyuge no acepta la proposición de repudio. Tanto el Corán como las escuelas ofrecen soluciones diferentes. Los versículos coránicos recomiendan acudir a dos árbitros islámicos conocidos como *Shikak* con el fin de que solucionen la crisis conyugal. Para los *Hanafita*, *Shafita* y *Hanbalita*, y la doctrina Shiíta, la decisión arbitral de disolución solo produciría efectos si es el marido quien hubiese realizado la propuesta, o bien si ambos cónyuges estuviesen de acuerdo con la separación cuando hubiese sido propuesta por la esposa. La Escuela *Malikita*, por el contrario, considera que si el repudio es solicitado por el varón la decisión arbitral debe recoger la obligación del marido de emitir un repudio unilateral, mientras que, si la propuesta nace de la mujer, el fallo debe aceptar el derecho a repudiarse a sí misma, incluyendo una compensación económica para el marido¹²¹.

La validez de este repudio exige que sea realizado por hombre y mujer con plena capacidad. A la esposa, además, se la exige que ostente plena capacidad de disposición sobre sus bienes. Para las mujeres menores de edad o judicialmente incapacitadas, el acto de repudiación exige la intervención de un albacea o de algún tipo de administrador legal¹²².

¹¹⁸ ORTIZ VIDAL, M.D. “El repudio en el Código... op. cit. p. 215.

¹¹⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas... op. cit. p. 202.

¹²⁰ CERVILLA GARZÓN, M.D. “La aplicabilidad de las normas... op. cit. p. 147.

¹²¹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas... op. cit. p. 203.

¹²² ORTIZ VIDAL, M.D. “El repudio en el Código... op. cit. pp. 215-216.

Formalmente hablando, la declaración de repudio puede realizarse en cualquier momento y en forma escrita u oral. La regla general es que se haga de forma oral durante un período de pureza de la esposa y en presencia de dos testigo o *Adules*.

Este repudio provoca una disolución inmediata e irrevocable (*Talaq ba'in baynuna sughra*), por lo que los cónyuges podrán volver a casarse una vez concluido el período del *Iddat* de la mujer¹²³.

En el caso del *Talaq ala mal*, surge la obligación para la esposa de retribuir económicamente al marido. Para las escuelas *Hanafita* y *Hanbalíta* y la doctrina Shiíta, puede consistir en renunciar a las deudas económicas que el esposo deba satisfacer a la mujer como consecuencia de la disolución, es decir, no debe pagar a la mujer la dote o, si hubiera hijos en común, renunciar a la obligación de alimentos por lo menos durante el periodo de la *iddat*. Sin embargo, para las escuelas *Malikita* y *Shafita*, es una obligación de ambos cónyuges acordar la compensación económica de la mujer para el marido en el mismo momento de celebración del matrimonio¹²⁴.

Si hubiera discusión entre los cónyuges sobre el objeto de la indemnización, el tribunal valorará mediante los criterios de: el importe de la dote, la duración del matrimonio, las razones por las que se pide la disolución del vínculo matrimonial y la situación material de la esposa¹²⁵.

Talaq al mubaraha

También se encuentra recogido en el Corán y gira entorno a la disolución del matrimonio por una declaración de repudiación emitida de mutuo acuerdo entre los cónyuges. Tiene grandes similitudes con el repudio *Talaq ala mal*, comparten los mismo requisitos materiales y formales de validez. Las únicas diferencias entre ellos se encuentran en los efectos jurídicos que produce.

En esta clase de repudio, ambos cónyuges pueden retrotraerse del acuerdo de disolución en cualquier momento posterior a la emisión de la declaración del acto de repudiación. La segunda diferencia, es que, en este tipo de disoluciones, los esposos van

¹²³ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas... op. cit. p. 204-205.

¹²⁴ Ibidem, pp. 205.

¹²⁵ ORTIZ VIDAL, M.D. “El repudio en el Código... op. cit. p. 216.

a entenderse mutuamente compensados de sus respectivas obligaciones derivadas del repudio. No se deben nada entre ellos¹²⁶.

7.1.3. EFECTOS DEL REPUDIO EN ESPAÑA

El artículo 16 de la Constitución española blindada y garantiza la libertad ideológica de los ciudadanos, abarcando el derecho a celebrar ritos matrimoniales de conformidad con la LO 7/1980 de 5 de Julio de Libertad Religiosa, así como el derecho a acudir a los tribunales eclesiásticos siguiendo las pautas de actuación que su ideología personal o conciencia determina¹²⁷. Esta protección supone que los tribunales de cualquier confesión religiosa que posea un sistema jurisdiccional propio pueden legislar, juzgar y regular lo que consideren en materias internas relacionadas con la organización de su culto, sin la intromisión de los poderes públicos¹²⁸.

Las confesiones que institucionalicen la disolución del vínculo matrimonial deben de solicitar al poder judicial un régimen de reconocimiento de eficacia jurídica interna a sus resoluciones disolutoras. Para facilitar este reconocimiento se prevé que, aquellas confesiones con “notorio arraigo” en España, formalicen Acuerdos de Cooperación con el Estado español mediante ley ordinaria en las Cortes Generales. En nuestro caso, el Acuerdo de Cooperación se estableció con la Comunidad Islámica Española (CIE).

En el aspecto matrimonial, los Acuerdos simplemente regulan el régimen jurídico de la concesión de eficacia jurídica a la celebración matrimonial en forma religiosa de los ritos matrimoniales de las diferentes confesiones religiosas en España, aunque no contienen disposiciones respecto a los efectos civiles de las resoluciones emanadas de los tribunales eclesiásticos. Según Pérez Álvarez: “el reconocimiento de eficacia jurídica a este tipo de decisiones (matrimonios llevados a cabo por ritos religiosos) ni forma parte del contenido esencial del derecho de libertad ideológica, ni tampoco es una exigencia derivada del ejercicio por parte de los poderes públicos de la función promocional del contenido de este derecho fundamental”¹²⁹.

¹²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas... op. cit. p. 206.

¹²⁷ LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho...* op. cit. pp. 44-45.

¹²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas ... op. cit. p. 207.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 208-209.

Además de estos Acuerdos, en muchas ocasiones se formalizan convenios de cooperación judicial ente el Estado Español y países islámicos. En España el más importante por su frecuente uso es el Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa del 30 de mayo de 1997 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos. Las resoluciones judiciales firmes de procedimiento de disolución matrimonial se encuentran dentro de su competencia y como tal, las partes pueden solicitar la ejecución en España de las resoluciones judiciales con el procedimiento de *exequatur*¹³⁰.

Exequatur en el repudio islámico

La forma habitual de reconocimiento de decisiones dictadas por autoridades extranjeras en España es el *exequatur*. La realidad es que hay una seria problemática para llevar a cabo el reconocimiento de disoluciones matrimoniales, es decir, el reconocimiento de repudios debido al funcionamiento de la propia institución.

El acto de repudiación, ya sea ordenado por el marido unilateralmente o de mutuo acuerdo por los cónyuges, se legaliza en el momento en que una autoridad extranjera lo ratifica ejerciendo un acto de jurisdicción voluntaria y, por ello, el acto de repudiación es un título ejecutivo a todos los efectos susceptible de sometimiento al proceso de *exequatur*¹³¹.

Esta ratificación por autoridad extranjera se lleva a cabo de diferente manera dependiendo de cada Estado Islámico.

En el caso del repudio unilateral se necesita: un decreto judicial, un acta notarial, una certificación expedida por el juez encargado del Registro Civil o por un acta expedida por los testigos. Depende de cada país es necesario uno u otro documento.

Si se trata del *Talaq ala mal* es necesario un decreto judicial, un documento expedido por un funcionario público fedatario o un acta notarial extendida por dos testigos. En caso de que la repudiación obedezca a una desavenencia entre los cónyuges tramitada vía extrajudicial se necesita un laudo arbitral o un decreto judicial.

¹³⁰ CERVILLA GARZÓN, M.D. “La aplicabilidad de las normas ... op. cit. p. 153.

¹³¹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas ... op. cit. p. 212-213.

Y, por último, para el repudio de mutuo acuerdo, se requiere un libelo judicial o un acta notarial extendida por dos testigos¹³².

En España, la ley que regula el reconocimiento de decisiones dictadas por autoridades judiciales extranjeras es la Ley de Enjuiciamiento Civil del 5 de febrero de 1881 desde el artículo 951 hasta el 958.

El proceso se fundamenta en que el juez español debe comprobar si resulta de aplicación al caso en concreto algún Convenio Internacional sobre cooperación judicial en materia civil o matrimonial. En ausencia del mismo, el propio juez podrá valorar si la resolución extranjera se ajusta al ordenamiento jurídico español con arreglo a una serie de condiciones previstas en el art 954 de la LEC, es decir, tendrá que decidir si se aplica el régimen autónomo de exequatur. Igualmente, el artículo 12.3 del Código Civil español permite que los jueces españoles delimiten el ámbito del orden público, para evitar que se abuse excesivamente de la cláusula¹³³.

Para poder ejecutar el acto de repudio en España, es necesario que el documento que lo homologa esté dictado por un órgano de naturaleza jurisdiccional o por autoridades públicas extranjeras revestidas de *imperium* por el ordenamiento jurídico propio de su Estado. El Tribunal Supremo ha dictaminado que son análogas a sentencias judiciales extranjeras: actas o certificaciones expedidas por una autoridad pública fedataria que está revestida de la competencia para declarar la nulidad o disolución judicial del matrimonio, los actos jurídicos promulgados por autoridades de naturaleza jurídica administrativa como acontece con una autoridad municipal, las actas o certificaciones expedidas por un juez al mando de un Registro Civil o una institución pública de equivalencia y los actos emitidos por un Ministerio Público que actúe en el desempeño de competencias de naturaleza jurídica jurisdiccional¹³⁴.

Estas condiciones que establece la LEC podrían resumirse en:

Primero hay que advertir si los actos de repudio se han dictado al amparo de un Derecho islámico de carácter estatal. El repudio emitido entre los cónyuges sin legalizar con posterioridad con arreglo al Derecho islámico estatal del país de origen no puede ser ejecutable en España. Es necesario contar con un respaldo legal del país de origen ya sea judicial o extrajudicial. La doctrina del Tribunal Supremo enumera una serie de

¹³² Ibidem, p. 213-214.

¹³³ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer... op. cit. p. 291.

¹³⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas ... op. cit. p. 217-218.

países árabes que no deben adquirir eficacia civil en España: los repudios unilaterales de Argelia o Yemen, los repudios bilaterales a petición de un cónyuge con previa compensación económica de la esposa emitidos en Egipto o Jordania y los actos de repudio bilaterales de mutuo acuerdo promulgado en El Líbano. Estos son solo unos pocos ejemplos de los muchos países vetados. En España, los repudios que más eficacia civil consiguen suelen provenir de Marruecos, al facilitar su ejecución por el Convenio de cooperación judicial con el Reino de Marruecos¹³⁵.

Por otro lado, es necesario que el acta de repudiación sea firme en su país de procedencia. Es obligación del juez nacional verificar la firmeza del documento legal extranjero de acuerdo con las normas de Derecho procesal extranjero del ordenamiento del cual emanó la resolución revisada. El juez tendrá que revisar los requisitos de firmeza en la ley extranjera para cerciorarse de que el documento no va a poder ser recurrido en el país de origen. En la práctica, el cónyuge interesado deberá presentar una certificación, adjunta a la resolución que desea ejecutar en España, expedida por el secretario judicial del órgano jurisdiccional que la dictó. De no acreditarse de manera clara e inequívoca que la disolución es definitiva y firme, no podrá ejecutarse en España. Este límite afecta, sobre todo, a aquellos repudios caracterizados por su revocabilidad en el tiempo por voluntad de los cónyuges¹³⁶.

El último límite principal para el otorgamiento del exequatur es el orden público constitucional español. El orden público se define como el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto. El Tribunal Constitucional ha matizado esta definición ya que con la Constitución de 1978 se han incluido una serie de derechos y libertades fundamentales que no pueden ser vulnerados bajo ninguna circunstancia. De tal modo que el orden público abarca no solo los valores más genéricos del Estado, sino una lista tipificada y concreta de derechos y libertades garantizados para ciudadanos españoles, pero también para extranjeros. Las notas características del orden público son: temporalidad debido a que el paso del tiempo puede alterar la percepción de la sociedad sobre la importancia de determinados principios o valores, territorialidad porque se toma como referencia el orden público conformado por los principios nacionales y, por último, la

¹³⁵ ORTIZ VIDAL, M.D. "El repudio en el Código... op. cit. p. 238.

¹³⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas ... op. cit. p. 216-217.

excepcionalidad, ya que la cláusula debe usarse restrictivamente y de forma esporádica¹³⁷.

Para poder denegar el exequatur el juez español debe demostrar la violación de estos derechos, libertades y valores que la resolución extranjera supondría. Conllevaría revisar el contenido material de la sentencia extranjera y comprobar si respeta los principios o condiciones del orden público. Estos principios son:

- Valores comunes a toda la humanidad, es decir, derechos fundamentales, libertades públicas y otros derechos reconocidos constitucionalmente.
- Principios constitucionales que reflejen los valores esenciales de la comunidad, es decir, los valores primarios que informan el Derecho español en la actualidad.

Estos principios constitucionales básicos se reflejan en los art 1.1 y 10.1 de la CE y en el resto de los preceptos de la Constitución que consagran los derechos fundamentales y libertades públicas. La doctrina destaca, entre el resto de los derechos fundamentales: la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo ideológico y cultural, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos y libertades de los demás. Toda resolución extranjera que no respete este listado tampoco respetaría el orden público español¹³⁸.

A un nivel más práctico y referido a las resoluciones de repudio islámico, si analizamos el contenido del repudio unilateral, ninguna resolución de disolución por voluntad exclusiva del marido cumple con el orden público español. El principal derecho fundamental violado sería el de igual libertad de los cónyuges dentro del matrimonio. Ante la supuesta imposibilidad de la ejecución de este tipo de resoluciones, es necesario que el juez español revise cada caso, comprobando si efectivamente la mujer es discriminada por el derecho de su país de origen al ser repudiada por la voluntad discrecional del marido¹³⁹.

El problema es que si se aplica de forma estricta este límite y ninguna resolución de repudio despliega efectos en España, ¿qué ocurre cuando es la mujer la que desea que despliegue efectos pese a las características discriminatorias de la disolución? ¿Qué ocurre si la mujer quiere contraer matrimonio de nuevo en España y no puede porque su

¹³⁷ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer... op. cit. p. 290-291.

¹³⁸ Ibidem, p. 290.

¹³⁹ ORTIZ VIDAL, M.D. “El repudio en el Código... op. cit. pp. 240-241.

anterior matrimonio no se considera disuelto en España? Autores como Pérez Álvarez son de la opinión que supone una mayor vulneración de los derechos y libertades de la mujer el hecho de no reconocer eficacia al repudio unilateral que el hacerlo. Establece en la misma línea Pérez Álvarez que: “la denegación del exequatur por razones de orden público podría ser igualmente lesiva del derecho de la esposa a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución”¹⁴⁰, es decir, contra el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido comprende el derecho de todos a acceder a un órgano jurisdiccional para que valore sus pretensiones a través de un procedimiento de naturaleza jurídica y obteniendo una respuesta fundada en Derecho y respetuosa con las reglas del proceso justo.

En la práctica, los repudios unilaterales, al violar el orden público español por no respetar el principio de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges, no tienen validez ni despliegan efectos en territorio nacional. Sin embargo, apunta Pérez Álvarez y, respaldado por el Tribunal Supremo, que cuando es la mujer repudiada quien solicita el exequatur, se considerará ejecutable la resolución de repudio porque, de lo contrario, se sitúa a la mujer en una posición de inseguridad jurídica más dañina que el hecho de otorgar eficacia a la disolución de matrimonio, pese a que la institución del repudio unilateral contradiga el orden público español. Dice el Tribunal Supremo: “lo contrario (a reconocer el exequatur solicitado por una mujer repudiada) significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convertido en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequatur se recibiría la sentencia con ese mismo sentido”¹⁴¹.

En el repudio bilateral la problemática es mucho menor ya que ambas formas de repudio bilareral, *Talaq ala mal* y *Talaq al mubaraha*, se consideran ajustados al orden público español y ambos tendrán eficacia jurídica. La razón es que, en este tipo de repudios, tanto el hombre como la mujer gozan de la misma libertad para finalizar el vínculo matrimonial¹⁴².

¹⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas... op. cit. p.220.

¹⁴¹ Ibidem, pp. 220-221.

¹⁴² CERVILLA GARZÓN, M.D. “La aplicabilidad de las normas... op. cit. pp.158-159.

7.2. POLIGAMIA

Desde un acercamiento etimológico, poligamia significa “pluralidad de cónyuges” y pueden encontrarse dos subtipos de poligamia: la poliginia en la cual un varón tiene más de una esposa o la poliandria donde es la mujer quien tiene pluralidad de maridos. La poligamia de los matrimonios islámicos es siempre la poliginia, ya que la mujer tiene prohibido estar unida por vínculo matrimonial, simultáneamente, con más de un varón. Comúnmente la palabra poligamia es siempre usada como sinónimo de la poliginia¹⁴³.

En el Derecho islámico, la poligamia encuentra respaldo en el Corán que establece el límite de cuatro esposas. Depende de las diferentes interpretaciones progresistas o conservadoras se entiende que el Corán simplemente permite la posibilidad de contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres diferentes simultáneamente o bien, que la poligamia es una realidad imposible de cumplir ya que la ley sagrada exige que todas las esposas sean tratadas de la misma manera y, en caso de no ser posible, entonces se deberá practicar la monogamia. Aunque corrientes más progresistas defienden la segunda opción, la realidad es que es una práctica habitual y cuenta con validez legal en prácticamente todos los Estados islámicos.

Combalía Solís precisa: “Con independencia de la existencia de posiciones más o menos abiertas en cuanto a la admisión de la poligamia en el derecho islámico, lo cierto es que el único país que la ha prohibido legalmente en Túnez. Los demás Códigos de Estatuto Personal de los países musulmanes mantienen la validez del matrimonio polígamo, dentro de los límites autorizados en cuanto al número de esposas y al compromiso de un trato equitativo entre ellas”¹⁴⁴. Se trata de una práctica exclusivamente permitida para los varones y el único instrumento del que gozan las mujeres para impedir verse envueltas en matrimonios polígamos son los pactos prematrimoniales. En estos pactos la mujer establece al marido la prohibición de que se le impongan más esposas y, en caso de incumplimiento, la esposa podrá exigir al marido el derecho a solicitar la anulación del matrimonio¹⁴⁵.

El problema con los matrimonios polígamos es su desconocimiento en Europa y en general, en Occidente. El matrimonio tradicional europeo es una institución con un

¹⁴³ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer... op. cit. p. 304.

¹⁴⁴ COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la mujer... op. cit. p. 16.

¹⁴⁵ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama...* op. cit. p. 279.

contenido básicamente monógamo. Es decir, a lo largo de la historia la poligamia no ha estado permitida, llegando a ser tipificada como delito y en la actualidad la unión matrimonial se basa en una concepción monógama de la relación conyugal.

La poligamia es una práctica controvertida, ya que enfrenta, en teoría, derechos fundamentales. La poligamia de los matrimonios islámicos se ha pretendido amparar con el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto del artículo 16 de la CE, además de tratarla como una manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar recogida en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley orgánica asegura que los extranjeros disfruten de los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución y que, además, el ejercicio de estos derechos debe ratificarse en las mismas condiciones que los españoles. Pero, puntualiza que el ejercicio de los mismos debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en su art 3.2 establece: *“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 contrarias a la misma.”*

Pero la pregunta que debemos hacernos es si la poligamia respeta los derechos fundamentales. La realidad es que la poligamia no respeta ni el derecho de igualdad de los cónyuges en el matrimonio recogido en el art 32 de la CE, y en general, el principio de igualdad del artículo 14. Y teniendo en cuenta las características del matrimonio español, la poligamia choca directamente contra el principio de monogamia, no recogido en el texto constitucional, pero que según algunos autores, como Juárez Pérez: *“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 poligámico”*¹⁴⁶.

Los derechos en conflicto, por tanto, son: derecho a libertad religiosa y a la vida familiar, el derecho a la igualdad y el principio de monogamia matrimonial.

Desde el ámbito internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecen que el reconocimiento de efectos a este tipo de matrimonios corresponde a la voluntad de cada Estado. Los Estados pueden tanto reconocer la poligamia y protegerla, como prohibirla, aunque hay una

¹⁴⁶ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, pp. 8-9

clara tendencia a su prohibición por parte de los organismos europeos. Por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo “sobre inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea” insta a los Estados a prohibir tanto los matrimonios forzados y la mutilación genital femenina como la poligamia¹⁴⁷. Así como la recomendación general nº21 sobre la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirma que la poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad y las consecuencias emocionales y económicas pueden ser gravísimas tanto para las mujeres como para sus familias¹⁴⁸.

En España, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en su artículo 3.1, establece un límite principal para el ejercicio de este derecho y es el de la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad y moral pública¹⁴⁹.

En el Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Islámica de España y el Estado se solicitó una petición para legalizar la poligamia en el territorio español. La propuesta fue denegada rotundamente, pero en el momento actual, con los cambios que la institución matrimonial ya ha vivido desde la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio, el Consejo General del Poder Judicial ha reconocido la posibilidad de un cambio en la ley que ampare esta práctica. La dispuesta parece girar en torno a que, si bien el Derecho es cambiante y evoluciona por las demandas de la sociedad, se considera que se debería proteger el contenido mínimo que compone el matrimonio. ¿Es la monogamia parte de ese contenido mínimo identitario del matrimonio español?¹⁵⁰

Una posible legalización futura de la poligamia en España se enfrenta, sin embargo, con un impedimento de grandes dimensiones: la poligamia tiene un profundo carácter discriminatorio. Permitir en España una práctica que solo pudiese ser ejercida por el varón choca con todo el sistema democrático y constitucional construido durante los últimos 50 años. El principio de igualdad es una base sustancial del ordenamiento

¹⁴⁷ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer ... op. cit. p. 306.

¹⁴⁸ TORRES KUMBRÍAN, R.D. “Tradiciones nocivas basadas... op. cit. p.18

¹⁴⁹ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia... op. cit. pp. 9-10.

¹⁵⁰ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer... op, cit. p. 307.

jurídico español. Y los defensores de la poligamia no pretenden una práctica igualitaria de la misma.

La realidad es que, la propia institución del matrimonio monógamo islámico es discriminatorio para la mujer y aun así tiene validez en España, por lo que el problema quizás no reside tanto en el principio de igualdad y en la protección de las mujeres, sino en el marcado carácter monógamo que tiene el matrimonio español. La monogamia se constituye, dentro del ordenamiento jurídico matrimonial español, como un elemento esencial del mismo y cualquier acto que a él se oponga, supondrá la nulidad de pleno derecho del matrimonio¹⁵¹. El ejemplo claro de la monogamia propia del matrimonio español es el impedimento de ligamen y la visión occidental de que al compartir el vínculo matrimonial con más de una persona simultáneamente se provoca una situación de injusticia¹⁵².

Desde un punto de vista económico y fiscal, las autoridades españolas tampoco defienden la poligamia. El gasto estatal en ayudas a familias, el incremento en educación y sanidad, la multiplicación de las pensiones de viudedad, son incentivos suficientes para oponerse a la legalización de la poligamia¹⁵³.

Pese a que el legislador español tiende a ignorar los matrimonios que practican la poligamia, el juez español no puede disfrutar de la misma actitud, y más de un orden jurisdiccional se ha visto obligado a pronunciarse, legislativamente a ciegas, sobre estas uniones.

La primera jurisdicción afectada por esta práctica es la civil. Analizándolo desde el punto de vista de los nacionales se niega a todo español la posibilidad de contraer matrimonio con un extranjero casado. Y desde la perspectiva de los extranjeros nacionalizados españoles que hubieran contraído matrimonio polígamo válido bajo su ley personal se rechaza su inscripción en el Registro Civil. Se opta por prohibir su celebración en España o por denegar su inscripción en España del matrimonio celebrado en el extranjero. El primer supuesto se fundamenta en el impedimento de ligamen o

¹⁵¹ LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama...* op. cit. p. 139.

¹⁵² LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. “Los impedimentos” en *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 133-134.

¹⁵³ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia...” op. cit. pp. 13.

vínculo y el segundo supuesto en que para inscribir un matrimonio en España es necesario que dicho matrimonio sea válido de cara a la ley española¹⁵⁴.

Por el choque que supondría con multitud de derechos fundamentales, celebrar un matrimonio polígamo ante una autoridad española está absolutamente prohibido. Gracias al impedimento de ligamen recogido en el artículo 46.2 del Código Civil¹⁵⁵. Es indiferente que la ley del país de origen de los contrayentes lo permita (art 9.1 CC¹⁵⁶) al entrar en juego la excepción de orden público.

La posibilidad de inscribir el matrimonio polígamo en el Registro Civil está también prohibida. Cuando una persona se nacionaliza en España, su matrimonio anterior celebrado en el extranjero debe inscribirse en el Registro Civil. Para realizar esta inscripción se necesita el título documental oportuno o expediente y que la unión sea válida para el ordenamiento español. Aquí reside la principal barrera para la inscripción de matrimonios polígamos, ya que no se van a considerar válidos frente a la ley nacional. Gracias a la excepción de orden público se permite descartar la aplicación de la ley personal del contrayente que otorga validez a la unión polígama¹⁵⁷.

La jurisprudencia civil se muestra bastante consensuada al considerar que no es posible admitir la inscripción de un matrimonio polígamo en el Registro Civil español basándose en dos ideas básicas: el inscribir el matrimonio supondría un ataque contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio. Es indiferente que el primer vínculo matrimonial se disuelva y así se pueda inscribir el segundo matrimonio porque la realidad es que el segundo matrimonio, de cara al ordenamiento español, ni siquiera existió. No llegó a nacer por el impedimento de ligamen al estar ya el cónyuge unido en matrimonio con otra mujer.

La solución por la que optan las personas que pretenden inscribir un matrimonio polígamo en el Registro es reiterar su petición una vez haya desaparecido el obstáculo que motivó su denegación. Es decir, si hay hechos nuevos que no pudieron haber sido tenidos en cuenta en el pasado y si esos hechos cambian la situación como tal. En la práctica, para poder inscribir estos matrimonios, es necesario que se haya disuelto el

¹⁵⁴ Ibidem, pp. 13-14.

¹⁵⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *El sistema matrimonial...* op. cit. pp. 80-81.

¹⁵⁶ “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.”

¹⁵⁷ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia... op. cit. pp. 15-16.

primero y que el segundo matrimonio se contraiga de forma válida, es decir, una vez que el impedimento de ligamen haya desaparecido y se considere que el varón se encuentra liberado de su relación matrimonial anterior. En esos casos, una vez celebrado el segundo matrimonio de forma válida sí es pertinente su inscripción en el Registro Civil¹⁵⁸.

Aunque el orden civil sea rotundo y firme al no permitir ni la celebración ni la inscripción en el Registro de este tipo de uniones, la realidad es que sí se les reconoce ciertos efectos jurídicos.

Los efectos nacidos de los vínculos matrimoniales, Juárez Pérez los clasifica en dos categorías: efectos jurídicos nucleares y efectos jurídicos periféricos. Establece este autor: “Los primeros (efectos jurídicos nucleares) engloban los efectos constitutivos del matrimonio y son los que el sistema español rechaza de forma rotunda. Los segundos (efectos jurídicos periféricos) 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 hijos”¹⁵⁹.

Estos efectos periféricos se rigen por su propia ley aplicable según lo dispuesto por las normas de conflicto y, habitualmente, conlleva aplicar un ordenamiento que otorgue consecuencias jurídicas pero que no suponga reconocer efectos nucleares al matrimonio polígamo¹⁶⁰.

El siguiente orden que debe resolver cuestiones sobre uniones polígamas es el penal. De cara a la jurisdicción penal, la poligamia está tipificada como delito dentro de la rúbrica “De los matrimonios ilegales”.

Poco a poco, a través de modificaciones legislativas, el delito se ha acabado considerando de ejecución únicamente dolosa y está castigado con una pena bastante escasa, de seis meses a un año de prisión y suele quedar en suspenso dada la escasa peligrosidad criminal del sujeto.

¹⁵⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *El sistema matrimonial...* op. cit. pp. 81-82.

¹⁵⁹ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia...” op. cit. p. 20.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 20-21.

La bigamia consiste en contraer segundo o ulterior matrimonio bajo una forma legal que otorgue apariencia de licitud, aunque el matrimonio será nulo. Los elementos básicos del tipo es que el sujeto se encuentre ya unido en un vínculo matrimonial previo y que esa unión subsista¹⁶¹.

El bien jurídico protegido no es otro que la institución matrimonial monógama, así como el resto de las instituciones jurídicas que acompañan al matrimonio (como son las obligaciones relacionadas con la filiación, derecho y obligaciones personas entre los cónyuges, derechos y expectativas sucesorias etc)¹⁶².

Para cumplir el tipo penal, además, se requiere dolo directo. El sujeto cumplidor del tipo debe ser consciente de que está haciendo algo prohibido. Es decir, debe conocer de la existencia del primer matrimonio y, aun así, contrae el segundo. El error o imprudencia están exentas del tipo. Y se da por cometido el tipo penal en el momento en que se contraiga segundo matrimonio estando vigente el primero, independientemente de la inscripción del segundo en el Registro Civil¹⁶³.

La forma más habitual de defensa por el acusado de este delito es alegar un error de tipo. Los errores de tipo se caracterizan por el desconocimiento de la existencia de alguno de los elementos que integran el tipo de injusto, ya sean de naturaleza descriptiva como normativa (artículo 14 CP)¹⁶⁴. Al ser un delito doloso, la concurrencia del error de tipo es fundamental a la hora de condenar al sujeto y el juez tendrá que comprobar si efectivamente existió dolo o se está ante un error de tipo. Si el tribunal duda sobre si el sujeto actuó dolosamente o no, por el principio de *in dubio pro reo*, deberá inclinarse por la existencia de un error de tipo.

La otra defensa alegada en ocasiones ante acusaciones de bigamia es el error de prohibición. La diferencia con el error de tipo es que en el error de prohibición lo que se ignora es que la conducta realizada está proscrita. Por las características de la institución del matrimonio es muy poco creíble pensar que un sujeto no conozca el carácter monógamo que le fundamenta, especialmente en caso de personas españolas. El error de prohibición lo suelen esgrimir acusados que practiquen la religión islámica y se excusen

¹⁶¹ TRAPERO BARREALES, M.A. *Matrimonios ilegales y derecho...* op. cit. pp. 28-30.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 30-31.

¹⁶³ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia...” op. cit. p. 23

¹⁶⁴ MÚÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. “Error de tipo” en *Derecho Penal: Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 259-260.

en la habitualidad y permisividad de la poligamia en esta fe. Pero es un argumento rechazado en la mayoría de los casos por los tribunales¹⁶⁵.

El orden contencioso-administrativo también ha tenido que pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la práctica de la poligamia en España. Estos tribunales se han visto obligados a pronunciarse de tres aspectos relacionados directamente con los matrimonios polígamos: la concesión de la nacionalidad española a los varones polígamos, la posibilidad de que puedan reagrupar a sus esposas y el otorgamiento del derecho de asilo a las mujeres que se declaran víctimas de la poligamia¹⁶⁶.

El primer aspecto se refiere al enorme obstáculo que supone practicar la poligamia a la hora de obtener la nacionalidad en España. Una de las vías para la adquisición de la nacionalidad española es mediante la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición y la aportación de una acreditación por el peticionario de “buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española” conforme al procedimiento de los artículos 220 a 224 del Reglamento del Registro Civil.¹⁶⁷ La respuesta judicial es bastante unánime y es que todo aquel que se encuentre unido a más de un matrimonio de forma simultánea se le deniega la nacionalidad española. El motivo para ello también es común: los varones polígamos no pueden integrarse en la sociedad española por el hecho de practicar la poligamia. Uno de los requisitos a la hora de optar a la nacionalidad es que se acredite: “*una buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española*”¹⁶⁸ y el Reglamento sobre el Registro Civil exige: “*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*”¹⁶⁹ El problema del artículo del Código Civil es que utiliza un concepto jurídico indeterminado, “suficiente grado de integración”, y eso supone un problema a la hora de interpretarlo. Para suplir este problema el Reglamento del Registro Civil exige el examen individualizado de cada

¹⁶⁵ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia... op. cit. p. 25-26.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 26.

¹⁶⁷ VIDAL GALLARDO, M. “La necesaria integración en la sociedad española para la adquisición de la nacionalidad por residencia” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm 58, 2021, p.4.

¹⁶⁸ Código Civil, artículo 22.4.

¹⁶⁹ Reglamento del Registro Civil, artículo 221.

solicitud mediante entrevistas personales. Aunque en la práctica se vuelve a pecar de imprecisión porque se usa el término de “grado de adaptación a la cultura y estilo de vida española” sin delimitar lo suficiente el contenido de esa adaptación exigida¹⁷⁰.

Es la Dirección General de los Registros y el Notariado, con su artículo 220, apartado 5º del Reglamento del Registro Civil, quien ofrece una verdadera solución a esta indeterminación jurídica al establecer que “el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida española” se justifica en el hecho de que el solicitante hable castellano u otra lengua oficial española, así como su participación en cualquier actividad que refleje una adaptación a la cultura o modo de vida españoles, como el grado de estudios, actividades benéficas o sociales y las demás que estime convenientes¹⁷¹.

La jurisprudencia, sin embargo, considera que el grado de conocimiento del idioma o conocimiento culturales no son suficientes para poder entender que el sujeto va a integrarse correctamente en la sociedad española. Los jueces exigen una armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales. Y los polígamos no cumplen ni con los principios ni con los valores sociales nacionales¹⁷². De igual manera, el Tribunal Supremo considera que una falta de dominio del idioma, siempre que no sea absoluta, tampoco supone una denegación rotunda de la nacionalidad, ya que, con un control suficiente a la hora de entender y hacerse entender sería suficiente para dar por satisfecho este requisito¹⁷³.

El segundo aspecto respecto a la concesión de la reagrupación familiar a familias polígamas. La normativa actual acepta reconocer la existencia de familias polígamas y permite reagrupar a cualquiera de los cónyuges, pero solamente a uno de ellos.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social otorga a los residentes en España el derecho a reagrupar a sus familiares. La propia ley en su artículo 17 establece cuales son los familiares reagrupables, siendo el cónyuge del residente, no separado de hecho o de derecho, el que encabeza la lista. Sin embargo, seguidamente, la ley establece la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, aunque la ley de origen del residente lo permita. La esposa reagrupada no tiene necesariamente que ser la primera, la elección

¹⁷⁰ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer... op. cit. p. 308.

¹⁷¹ VIDAL GALLARDO, M. “La necesaria integración... op. cit. p.7.

¹⁷² JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia... op. cit. pp. 27-29.

¹⁷³ VIDAL GALLARDO, M. “La necesaria integración... op. cit. p.7.

es libre del residente. Esto es un problema porque, de cara al ordenamiento jurídico español, solamente la primera esposa es la que tiene la condición de esposa legal. El resto de las esposas, en caso de que una de ellas sea reagrupada, quedarán en un limbo legal en España¹⁷⁴.

El tercer y último aspecto es la obtención de asilo para mujeres que alegan haberse visto forzadas a contraer matrimonios polígamos. La opinión de los tribunales contenciosos es unánime, apoyándose en el Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero: la poligamia, por sí misma, no supone una situación que justifique el otorgamiento de asilo o refugio a quien la padece, incluso cuando se alegue ausencia de consentimiento matrimonial. La poligamia no es una causa legal de reconocimiento del derecho de asilo y estatuto de refugiado. El hecho de estar presionada para contraer matrimonio polígamo no supone una concreta persecución personalizada y particularizada sufrida por la mujer. Además, España exige que previamente se debe de solicitar protección a las autoridades del país de origen, siempre que en él se prohíban los matrimonios forzados y la poligamia, donde las mujeres se están viendo forzadas a esta práctica¹⁷⁵.

El derecho al asilo es una protección territorial que proporciona un Estado en su territorio a personas que se encuentran bajo su jurisdicción por motivos relacionadas con la protección de Derechos Humanos, como personas con riesgo de ser perseguidas por razón de raza, religión nacionalidad, grupo social u opiniones políticas o personas víctimas de violencia generalizada debido a conflictos armados¹⁷⁶. Los jueces consideran que las mujeres que practican matrimonios polígamos, aunque sea en contra de su voluntad, no cumplen con estos preceptos.

La última jurisdicción y la más permisiva que ha resuelto sobre esta materia es la jurisdicción del orden social. Es la primera y prácticamente la única que reconoce ciertos efectos a la poligamia y la que menos rechaza esta institución.

Su primer posicionamiento a favor es respecto a las viudas polígamas. Al carecer de una regulación expresa, la respuesta de los tribunales es variada. Los hechos, en mayor o menor medida, son comunes: trabajador extranjero fallecido en España dejando a dos esposas, válidas estas uniones según la ley personal, reclaman judicialmente la

¹⁷⁴ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer... op. cit. p.309.

¹⁷⁵ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia... op. cit. p. 27-29.

¹⁷⁶ MORGADES GIL, S. *De refugiados a rechazados, el Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 27.

pensión de viudedad. Toda la regulación existente en España sobre las pensiones de viudedad es aplicable exclusivamente a matrimonios monógamos. El artículo 219 de la Ley General de la Seguridad Social establece claramente que quien tiene derecho a la pensión de viudedad es el “cónyuge superviviente”¹⁷⁷.

La respuesta judicial se puede diferenciar en dos opiniones opuestas: por un lado, quienes apuestan por aplicar de forma atenuada la excepción del artículo 12.3 del CC permitiendo reconocer el derecho a la pensión de viudedad a todas las esposas y, por el contrario, denegar radicalmente la concesión de la pensión a todas las esposas que no sean la primera, al no ser consideradas esposas legales en España.

La primera opinión a su vez ofrece dos soluciones: dividir la pensión de viudedad por partes iguales entre las esposas o repartirla proporcionalmente al tiempo de duración del matrimonio.

La segunda opinión denegatoria de reconocer derecho a la pensión a más de la primera esposa se respalda en que, el orden público impide reconocer y otorgar efectos jurídicos a una institución que colisiona con principios básicos y que, por tanto, es nula¹⁷⁸.

Al igual que en el ámbito de reagrupación familiar solamente se permite reagrupar a una esposa, en la concesión de pensiones de viudedad se considera un derecho exclusivo de una de las esposas, en concreto de la primera. Esa es la única diferencia ya que, en la reagrupación, es el varón quien libremente escoge entre todas las posibles esposas que puede reagrupar sin necesidad de que sea la primera¹⁷⁹.

El resultado de esta dualidad de respuestas y posiciones, en mi opinión, es una inseguridad jurídica enorme para las esposas supervivientes, que pone en manifiesto la necesidad de que, como mínimo, el Tribunal Supremo se posicione a favor de una u otra postura.

Después de este estudio jurisdiccional las actitudes de cada orden se pueden resumir en: el orden civil decide ignorar la poligamia, el orden penal la condena, el orden contencioso la rechaza rotundamente y el orden social la tolera de forma intermitente. Lo único que está claro es la necesidad de una legislación que ofrezca

¹⁷⁷ NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer ... op. cit. p. 309.

¹⁷⁸ JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia... op. cit. pp. 37-39.

¹⁷⁹ Ibidem p. 38.

respuesta a estas situaciones y que todas las lagunas legislativas dejen de suplirse con respuestas jurisprudenciales.

8. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

8.1. MATRIMONIO FORZADO

8.1.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 27 de mayo de 2021¹⁸⁰

Antecedentes de hecho

Una mujer, de nacionalidad rumana, por decisión judicial pasó a ser en 2017 guardadora de hecho de sus dos hermanas menores, ambas agredidas sexualmente por su padre biológico. Las dos hermanas empezaron a residir en el domicilio de la hermana mayor, junto con la pareja sentimental de ésta. Sin embargo, meses después tanto la hermana mayor como su pareja deciden concertar matrimonios para sendas hermanas con familias de su misma etnia, rumanos. Los matrimonios fueron concertados a cambio de recibir determinadas cantidades de dinero por la entrega de las menores.

En 2018, la hermana mediana fue entregada por su hermana mayor a la familia rumana del que sería su esposo (menor de edad) y en concreto, a los padres de éste. Por la entrega de la menor pagaron a la hermana mayor 8.000 euros.

Ese mismo año, la hermana menor pasó a residir con su futuro esposo y con los padres de éste, entregando a cambio de la novia 8.000 euros a la hermana mayor y su pareja. Ambas jóvenes quedaron embarazadas al poco tiempo.

Fundamentos jurídicos y fallo

Los hechos narrados suponen: dos delitos de trata de seres humanos con la finalidad de matrimonio forzado (artículo 177 bis 1º e) y apartado 4º b) del Código Penal) así como un delito de abuso sexual a una menor de 16 años (artículo 183.1º del Código Penal, artículo 57. 1º y 2º y 48. 2º y 3º del Código Penal) ya que la pareja sentimental de la hermana mayor fue acusada de abusar sexualmente de una de las hermanas menores con anterioridad de la entrega de la misma a la familia de su futuro esposo¹⁸¹.

Las partes objeto de la denuncia se conformaron.

¹⁸⁰ SAP Zamora (Penal, Sección 1ª) de 27 de mayo de 2021, (rec. 283/2021).

¹⁸¹ Ibidem, FJ. 2º.

Por ello, el tribunal condenó a la hermana mayor y a su pareja sentimental como autores de dos delitos de trata de seres humanos con fines de matrimonio forzado con una pena de prisión de 1 año por cada uno de los delitos, así como inhabilitación especial para el derecho a sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Condenó a los padres de los maridos como autores responsables de un delito de trata de seres humanos con la finalidad de matrimonio forzado con una pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el derecho a sufragio pasivo durante la duración de la condena.

El tribunal condenó a la pareja sentimental de la hermana mayor por un delito de abuso sexual a una menor de 16 años a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con inhabilitación para ejercer el sufragio pasivo durante la condena y una prohibición de acercamiento y comunicación con la hermana agredida por un periodo de 2 años a una distancia no inferior de 300 metros.

Al haber una conformación de los denunciados con la acusación, el Tribunal prescinde de una argumentación jurídica sobre si efectivamente considera o no cumplidos los tipos penales objeto de la acusación.

En la jurisprudencia en materia de matrimonio forzado hay una gran escasez de casos. A nivel español es un delito bastante reciente (2015), pero personalmente considero que esta carencia de resoluciones judiciales se debe al peligro y miedo que sienten las víctimas de denunciar, además de que es un delito cometido en una esfera totalmente privada: la familiar. Por lo tanto, hay dos grandes impedimentos: por un lado, la reticencia a denunciar por parte de las víctimas y la dificultad a la hora de detectar este delito para el Estado.

8.2. REPUDIO

8.2.1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 27 de enero de 1998¹⁸²

Antecedentes de hecho

Una mujer presenta demanda de exequatur homologada por el Juez Notarial del Juzgado de Primera Instancia de Casablanca-Anfa, Marruecos, mediante la que se

¹⁸² STS (Sala 1ª), de 27 de enero de 1998, (rec.1360/1997).

decretó el divorcio de su marido. El matrimonio se había celebrado en Casablanca, Marruecos y fue inscrito en el Registro Civil español. El marido era marroquí y la mujer española, ambos residían en Casablanca. El Ministerio Fiscal hizo un informe negativo en cuanto a la posibilidad de reconocimiento del exequatur ya que se consideraba que el divorcio se había llevado a cabo a través de un procedimiento de repudio legal en Marruecos, pero contrario al orden público español, y como tal no podía desplegar efectos la resolución en territorio nacional.

Fundamentos jurídicos y fallo

De cara a conceder eficacia en España a la resolución de repudio que ponía fin a la unión, el Tribunal Supremo consideró que los requisitos exigidos en el artículo 954 de la LEC para el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras se cumplían: se acreditó suficientemente la firmeza de la resolución homologada por el Juez Notario ante el Juzgado de Primera Instancia de Casablanca conforme a la legislación del Estado de origen, así como también está acreditado el carácter personal de la acción ejercitada tendente a obtener la disolución del vínculo matrimonial y el respeto a las garantías procesales en el procedimiento seguido en el extranjero, ya que ambos esposos participaron activamente.

El Tribunal también corrigió la opinión de la fiscalía en cuanto a la violación del orden público español, al considerar que no se produce ya que, aunque la expresión acuñada fuese “repudio” haciendo referencia a lo que en Occidente se conoce como “divorcio”, la realidad es que en este caso estaban las partes en igualdad de condiciones debido a que la modalidad de repudio que se escogió, conocida como “*khol*”, es la propia mujer la que solicita al varón la disolución del vínculo. No considera la Sala, por tanto, violado el orden público español¹⁸³.

De tal manera que la Sala otorgó el exequatur a la resolución de repudio/divorcio homologada por el Juez Notarial del Juzgado de Primera Instancia de Casablanca-Anfa, Reino de Marruecos.

¹⁸³ Ibidem, FJ. 2º.

8.2.2. Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2004¹⁸⁴

Antecedentes de hecho

Solicitud de exequatur sobre una sentencia de divorcio de mutuo acuerdo decretada por el Tribunal de Paz de Hama en Siria. El matrimonio había tenido lugar en Hama, Siria en 2001 y estaba inscrito en el Registro Civil español. La mujer era española y el varón sirio y ambos residían en España, en el momento de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción seria, la esposa residía en Siria y cuando acudió a los tribunales españoles residía en España.

Fundamentos jurídicos y fallo

No existía tratado con Siria ni norma internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resultase aplicable al caso, teniendo que acudir al régimen general del artículo 954 de la LEC¹⁸⁵. Los requisitos para el reconocimiento del exequatur establecidos por la LEC son:

- La firmeza de la resolución que se pretende reconocer en España¹⁸⁶.
- Probarse que el solicitante de exequatur fuese demandado en el juicio de origen.
- La conformidad de la resolución con el orden público español.
- Por último, la autenticidad de la resolución.

El primer requisito se entendió por cumplido habida cuenta de la naturaleza personal de la acción de divorcio¹⁸⁷, en cuanto al segundo de los requisitos se tuvo por probado que la solicitante fue demandada en el juicio de origen por lo que las garantías procesales fueron respetadas¹⁸⁸. Respecto a la conformidad con el orden público, el tribunal lo consideró plenamente concorde con éste gracias al artículo 85 del Código Civil estableciendo la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del mismo, en este caso el tribunal se encontraba ante “un repudio menor”, tras el cual solamente sería lícito volver a contraer matrimonio la celebración

¹⁸⁴ ATS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2004.

¹⁸⁵ Ibidem, FJ. 1º.

¹⁸⁶ Ibidem, FJ. 2º.

¹⁸⁷ Ibidem, FJ. 3º.

¹⁸⁸ Ibidem, FJ. 4º.

de un nuevo Acta Matrimonial. Para finalizar, la autenticidad se dio por garantizada por la legalización con la que se ha diligenciado según obra en los autos¹⁸⁹.

Así pues, el tribunal acordó otorgar al exequatur a la sentencia dictada por el Tribunal de Paz de Hama decretando el divorcio efectivo en España.

8.2.3. Auto Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Málaga de 29 de enero de 2015¹⁹⁰

Antecedentes de hecho

El Juzgado de Primera Instancia nº3 de Marbella dictó en noviembre de 2013 auto reconocimiento la eficacia civil de la sentencia dictada con fecha de 30 de mayo de 2012 por el Tribunal Islámico Sunita de Beirut (Líbano) por el que se declaró disuelto por divorcio la unión matrimonial de las partes celebrado en 2001 en Beirut. Contra este auto se interpuso recurso de apelación por la esposa repudiada, llegando el caso a la Audiencia Provincial de Málaga.

Fundamentos jurídicos y fallo

El varón pretendía reconocer eficacia en España de la sentencia de divorcio extranjera dictada por el Tribunal Islámico Sunita de la ciudad de Beirut en Líbano. Ante ese mismo tribunal se celebró en 2001 el matrimonio que el marido disolvió mediante repudio o “divorcio menor”. Al mismo tiempo, se comprometió a abonar una paga mensual para sus hijos de 2.500 dólares americanos. El Tribunal Islámico acordó lo siguiente: se aceptó el divorcio de la pareja, así como el hecho de que la esposa quedaba divorciada y como tal no podrá volver a unirse a ella salvo con un nuevo matrimonio y dote y la esposa debía respetar el periodo de “iddat” (periodo de espera obligatoria previo a cualquier nuevo casamiento)¹⁹¹.

El procedimiento de exequatur recogido en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene la finalidad de homologar los efectos que se pueden deducir de una resolución judicial extranjera y como tal, es una mera declaración del reconocimiento y ejecución de la misma. Y como tal, el juez del país donde se solicita el exequatur no puede entrar a la revisión del fondo del asunto de la resolución, más

¹⁸⁹ Ibidem, FJ. 5º.

¹⁹⁰ AAP Málaga (Civil, Sección 6ª), de 29 de enero de 2015.

¹⁹¹ Ibidem, FJ. 1º.

que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales del ordenamiento español que forman el orden público.

Respecto al orden público, el Tribunal Supremo ha indicado que supone un obstáculo infranqueable para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Así, el artículo 24 de la Constitución establece: “de manera que las autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente”¹⁹².

La Audiencia apuntaba que los sistemas jurídicos de los Estados islámicos se caracterizaban por la no separación de lo religioso de lo civil o estatal. En estos sistemas, además se la existencia de supuestos de nulidad absoluta y relativa del matrimonio y de la disolución por fallecimiento de alguno de los cónyuges, el matrimonio islámico se finaliza por repudio del hombre hacia la mujer¹⁹³. El varón compareció ante el tribunal religioso manifestando su deseo de repudiar a su esposa en la forma de repudio irrevocable menor. Desde el momento de la comparecencia, el tribunal religioso expidió certificación e informó a la esposa del periodo de “*Iddat*”.

La orden dada por el tribunal religioso no constituyó una sentencia o resolución con la que se concluyó un juicio en la que el juzgador definió los derechos y obligaciones de las partes contendientes, sino que era una orden dictada con la única finalidad de dar el alta y certificar el repudio de la esposa realizado por el marido, además, la orden no provenía de un tribunal de un país extranjera que ostentase soberanía jurisdiccional sobre un territorio determinado para decidir los litigios suscitados en él con arreglo a las normas uniformes o autónomas que determinen la extensión y los límites de la jurisdicción¹⁹⁴. Estrictamente hablando, ni siquiera debió de admitirse a trámite la solicitud formulada por el marido. Por tanto, no es una resolución susceptible de ser reconocida y ejecutada a través del procedimiento de exequatur.

Aunque con este razonamiento el Tribunal consideró suficientemente fundada la denegación, el Tribunal rechazó también el reconocimiento y revocó la ejecución

¹⁹² Ibidem, FJ. 2º.

¹⁹³ Ibidem, FJ. 3º.

¹⁹⁴ Ibidem, FJ. 4º.

de la orden por el hecho de que el repudio supone una institución de desigualdad entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio, teniendo el varón una situación de supremacía sobre la mujer y como tal supondría una vulneración del artículo 14 de la Constitución española¹⁹⁵.

Por tanto, debido a que el documento, la orden religiosa, no era una resolución procedente de autoridad extranjera, sino simplemente una forma de comunicar la repudiación sufrida por la esposa y por motivos de orden público español, la Audiencia ordenó la revocación de la ejecución de la orden y estima con ello el recurso de apelación interpuesto por Purificación.

8.2.4. Sentencia Audiencia Provincial, Sección 12ª, de Barcelona de 17 de noviembre de 2009¹⁹⁶

Antecedentes de hecho

El Juzgado de Primera Instancia núm 4 de Vic disolvió el matrimonio de la demandante con su expareja, pero desestimó el establecimiento de una compensación económica solicitada por la exesposa. Por ese motivo, decide apelar la sentencia de primera instancia fundándose en la petición de que se le conceda la indemnización denominada “la muta” que en teoría corresponde al producirse un divorcio conyugal en virtud del Código de Familia Marroquí.

Fundamentos jurídicos y fallo

El artículo 84 del Código de Familia Marroquí establece: “los derechos debidos a la mujer incluyen el dore diferido, en caso de existir, los gastos de la *idda* y la indemnización que se debe a la mujer divorciada *muta* para la cual se tendrá en cuenta el periodo del matrimonio, la situación económica del marido, los motivos de divorcio y el grado de arbitrariedad en el ejercicio del derecho del marido el repudio.” y el artículo 97 del mismo texto legal dispone: “en caso de que sea imposible la conciliación y que continúe el desacuerdo, el Tribunal levantará acta, y dictará el divorcio y los derechos derivados de acuerdo con los artículos 83,84 y 85, teniendo en cuenta las responsabilidades de cada uno de los cónyuges en la causa de divorcio, a fin de evaluar los daños causando al cónyuge perjudicado.”

¹⁹⁵ Ibidem, FJ. 5º.

¹⁹⁶ SAP Barcelona (Civil, Sección 12ª), de 17 de noviembre de 2009.

Esta indemnización es relativa a la figura jurídica del repudio, institución contraria al orden público español al ir en contra del artículo 14 de la CE y del principio de igualdad. Sin embargo, es una indemnización también reconocida para el divorcio judicial y como tal, en este caso, la demandante, teóricamente hablando, sí tendría derecho a una indemnización. Para el cálculo de la cantidad, el tribunal español estableció:

- Respecto a los motivos que impulsaron el divorcio al no ser el sistema español culpabilista, sino que responde a las causas objetivas, este criterio no puede usarse.
- En cuanto a la duración del matrimonio, fue breve.
- Y respecto a la capacidad económica del varón percibía un sueldo de entre 1040 euros y 1240 euros pero tuvo que hacerse cargo de los gastos de la boda y de la dote viéndose obligado a pedir un préstamo a la empresa para la que trabajaba y pagar una hipoteca por su domicilio en España, en cambio la demandante no constaba que trabajase y como tal ostenta una posición de superioridad económica del hombre.

Por lo tanto, se reconoció el pago de 100 euros mensuales durante 3 años en concepto de “muta” por parte de exmarido a la demandante, aunque para el establecimiento de la cantidad se siguió el sistema de determinación de la pensión compensatoria del Código de Familia y del Código de Civil español¹⁹⁷.

8.3. POLIGAMIA

8.3.1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de diciembre de 2005¹⁹⁸

Antecedentes de hecho

Esta sentencia resuelve sobre un recurso de suplicación interpuesto por el INSS frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declara el derecho de la parte actora a recibir la pensión de viudedad del causante, de manera proporcional al tiempo de convivencia del matrimonio.

¹⁹⁷ Ibidem, FJ. 1º.

¹⁹⁸ STSJ CV (Social, Sección 1ª), de 6 de junio de 2005, (rec. 3739/2015).

El causante contrajo matrimonio con la demandante en 1958 en México, pero al trasladarse a España no inscribió el matrimonio en el Registro Civil. Pese a esto, los hijos de ambos sí que fueron inscritos en el Registro Civil de Alicante. De la misma manera, el matrimonio también aparece en las escrituras públicas de compraventa y de otorgamiento de poderes realizados en el periodo que duró la convivencia.

El causante durante todo este tiempo se encontraba ya casado con otra mujer, sin que existiese separación, divorcio o nulidad del primer matrimonio.

Fundamentos jurídicos y fallo

Aunque para el ordenamiento mexicano el segundo matrimonio podía ser válido, la ley extranjera aplicable según nuestras normas de conflicto ha de quedar excluida en virtud de la excepción de orden público según el artículo 12.3 del Código Civil.

El Tribunal sostuvo que la prohibición de la poligamia en la legislación española se evidencia en múltiples aspectos: su consideración como delito penal, la ley 8/2000 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social respecto a la reagrupación familiar ya que en su artículo 16.2 estableció que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a determinados familiares, señalando en su artículo 17 que tal derecho de reagrupamiento lo tiene su cónyuge. De hecho, el precepto recalcó que en ningún caso podría reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial.

La Sala señaló la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que deniega sistemáticamente la celebración del segundo matrimonio sin previamente haberse disuelto el primero.

Por tanto, aunque el contrayente marroquí de acuerdo con su propio estatuto personal fuese libre para contraer otro matrimonio subsistiendo el primero, esta norma extranjera queda excluida de nuestra legislación por la excepción de Orden Público (art 12.3 del Código Civil).

Según el TSJ y a efectos de la ley española, el segundo matrimonio es nulo y por tanto no se le reconoce como esposa a la actora. Como el matrimonio es polígamo, el TSJ estima el recurso interpuesto por el INSS y deniega el derecho de pensión de viudedad que fue reconocida a la actora en primera instancia¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Ibidem, FJ. único.

Como tal, el tribunal falló a favor del recurso de suplicación y se revocó la ejecución de la sentencia de la primera instancia.

8.3.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003²⁰⁰

Antecedentes de hecho

El causante residía con sus dos esposas e hijos en Cataluña. Los dos matrimonios habían sido celebrados en Gambia y de cara a la ley personal de los tres eran matrimonios válidos. Todos tenían nacionalidad gambiana²⁰¹.

La primera esposa interpone un recurso de suplicación contra la sentencia de primera instancia, siendo los recurridos el INSS y la segunda esposa, debido a que el juez de lo social de la primera instancia reconocía que el INSS debía de abonar una pensión de viudedad compartida entre la primera y segunda esposa. Pero la primera esposa no estaba de acuerdo con el reparto entre ambas (50% para cada una de las mujeres)²⁰².

Fundamentos jurídicos y fallo

El TSJ revocó la sentencia de primera instancia al reconocer a la primera esposa el derecho exclusivo de recibir la pensión de viudedad íntegra, ya que, según el Ordenamiento español el segundo matrimonio es nulo. Los motivos que alegó:

- El modelo de familia amparado por la Constitución determina la existencia de esta institución como monógama, igual que en el resto de países de la Unión Europea.
- El artículo 46.2 del Código Civil prohíbe contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial de la misma manera que los artículos 42, 46 y 73 del Código Civil conforman un conjunto de principios y valores derivados de la Constitución y Convenios de Derechos Humanos ratificados por España que deben ser respetados para que puedan reconocérseles efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa, entre ellos debe mencionar el de que los contrayentes

²⁰⁰ STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 30 de julio de 2003, (rec. 2864/2002).

²⁰¹ Juzgado de lo Social núm 6 de Barcelona, sentencia de 10 de octubre de 2010, FJ: 2º c).

²⁰² Ibidem, FJ. 1º.

no deban estar sujetos al impedimento de ligamen en los términos señalados en el artículo 44 del Código Civil.

- Pese al Acuerdo de Cooperación del 20 de febrero de 1992 entre el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España, que supone en la práctica la aplicación del derecho musulmán para regular la forma coránica de la celebración del matrimonio y en que todo lo no regulado por ello se aplica la legislación civil española, si tales normas fueran contrarias a la Constitución a las leyes de desarrollo no serían de aplicación. La condición de creyente en la fe musulmana no es una excusa para eludir el cumplimiento de los requisitos civiles impuestos por su condición, también, de ciudadano español.
- Por último, la práctica de la poligamia se contempla como delito en el artículo 217 del Código Penal²⁰³.

Por otro lado, respecto a los tres aspectos básicos que señala el Tribunal fundamentando que la poligamia es contraria al orden público nacional: prohibición de la reagrupación familiar polígama, delito de bigamia y por la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado que deniega la celebración del segundo matrimonio cuando no se ha disuelto con carácter previo la unión contraída con anterioridad²⁰⁴.

Por estos motivos, basándose en la ley española, solamente se consideraría cónyuge a la primera esposa del causante, y como tal, ella es la única con derecho a recibir íntegramente la pensión de viudedad. El Tribunal no tiene en cuenta si en el país de origen está permitida la poligamia legalmente, se limitó a recalcar que en España la poligamia es contraria al orden público y por ello, únicamente goza del concepto de cónyuge la primera esposa.

Se emite un voto particular contrario a la posición del resto de la sala al considerar que los vínculos matrimoniales del causante fueron legítimamente contraídos según la legislación extranjera. El Ordenamiento Jurídico español no recoge un tratamiento específico para el matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio nacional, laguna que se intenta solventar aplicando el

²⁰³ Ibidem, FJ. 3º.

²⁰⁴ Ibidem, FJ. 4º.

artículo 49.2 del Código Civil, de tal manera que el matrimonio puede ser reconocido si se ha llevado a cabo conforme al Ordenamiento donde tuvo lugar la celebración²⁰⁵.

8.3.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002²⁰⁶

Antecedentes de hecho

La sentencia resuelve sobre un recurso de suplicación interpuesto por la segunda esposa de un matrimonio polígamo contra la sentencia de primera instancia del Juzgado de lo Social de Madrid. Un varón marroquí contrajo segundo matrimonio en Marruecos pese a seguir vigente su primer matrimonio. Después, decide divorciarse de su segunda esposa. El Juzgado de lo Social en la primera instancia estimó la demanda interpuesta por la primera esposa contra la segunda esposa y el INSS, reconociéndole su derecho exclusivo a recibir la pensión de viudedad.

Fundamentos jurídicos y fallo

La postura del TSJ partió de lo establecido en el Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, en concreto en su 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”. Pero, el artículo 17 dispone: “La institución competente de cada Parte Contratante determinará el importe de la prestación, según las disposiciones de la legislación que ella aplique, teniendo en cuenta solamente los periodos de seguro cumplidos bajo esta legislación”.

La interpretación general de tales preceptos concluiría que el principio general en lo referente a la legislación aplicable es que cada Estado contratante determina, según su propia normativa interna, si el interesado reúne o no las condiciones requeridas para tener derecho a la prestación cuestionada y, conforme a esa misma legislación interna, se calcule igualmente el importe o cuantía definitiva de la prestación. La Sala estableció: “La excepción que, respecto al anterior principio general, se deriva del artículo 23 del Convenio para la prestación de viudedad no puede entenderse como una remisión general de la legislación española por la legislación marroquí en materia de

²⁰⁵ Ibidem, Voto Particular.

²⁰⁶ STSJ Mad (Sala de lo Social), de 29 de julio de 2002, (rec.3180/2002).

reconocimiento, adquisición y cuantía de la misma, sino que, como establecen los recurrentes, por su propia excepcionalidad, debe ser interpretada de forma restrictiva, entendiéndose que la expresión *conforme a la legislación marroquí* alude solamente a la posible situación de poligamia del causante, sobre todo si la lógica 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 como la poligamia que, siendo legal en Marruecos, en España solo es contemplada por el derecho penal como delito de bigamia”²⁰⁷.

Por tanto, la remisión al artículo 23 solo reconocía la situación de matrimonio polígamo del causante y por esta razón, el TSJ aplicó el artículo 174.2 de la LGSS previa a la reforma 2015, que establece que, en caso de concurrir más de una beneficiaria a la pensión de viudedad, se repartiría en proporción a la duración de convivencia de los esposos.

De tal manera que se reconoció una pensión de viudedad a la segunda esposa del 14,75% y a la primera esposa del 85,25%, por la simple razón de que convivió más tiempo con el causante²⁰⁸.

8.3.4. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de junio de 2015²⁰⁹

Antecedentes de hecho

El causante, de origen marroquí, se casa por segunda vez por el rito musulmán en 1996. En ese momento ya se encontraba unido en matrimonio con una mujer española. Esta primera esposa muere en 2005. La segunda esposa y el causante quisieron inscribir su matrimonio en el Registro Civil, pero la petición les fue denegada al considerar su unión contraria al orden público español. Cuando el causante fallece en 2012, la segunda esposa solicitó al INSS su pensión de viudedad y al no ser reconocida, decidió demandarle frente al Juzgado de lo Social de Melilla. El recurso, sin embargo, fue desestimado²¹⁰.

²⁰⁷ Ibidem, FJ. 2º.

²⁰⁸ Ibidem, FJ. 3º.

²⁰⁹ STSJ Andalucía (Sala de lo Social) de 18 de junio de 2015, (rec.591/2015).

²¹⁰ Ibidem, FJ. 1º.

Fundamentos jurídicos y fallo

El TSJ aclaró la validez del matrimonio en cuanto:

- Artículo 9.1 del Código Civil: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte.
- Artículo 9.2 del Código Civil: “Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.” La ley personal de ambos es la de Marruecos.
- La Ley de 10 de noviembre de 1992 atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado con arreglo a la forma religiosa establecida en la Ley Islámica desde el momento de su celebración si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil y expresamente, el artículo 61: “El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración.”

La cuestión que se planteó era que si la nula inscripción en el Registro Civil Español constituye un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente un requisito ad solemnitatem o ad provationem. La Sala consideró que se trató de un defecto de forma que no podía privar de validez y eficacia.

De la misma manera estableció que aunque el matrimonio con la segunda esposa era nulo para la legislación española y como tal se deniegue su acceso al Registro Civil, ello no significa que no haya existiendo y siendo uno de los requisitos exigidos por la legislación española para poder acceder a la pensión de viudedad el haber contraído matrimonio legítimo con el o la causante y cumpliendo tal exigencia el matrimonio bígamo válidamente celebrado conforme a la ley personal de los contrayentes (artículo 9 del Código Civil) a la segunda esposa debió reconocérsele la prestación de viudedad que peticionaba.

El Estado español reconoce efectos al matrimonio bígamo al suscribir el Convenio bilateral con Marruecos en materia de Seguridad Social que en su artículo 23 establece: “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuido, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarios de dicha prestación.”

Por tanto, se reconoció la pensión de viudedad a la segunda esposa en la misma cuantía que a la primera²¹¹.

9. CONCLUSIONES

Los matrimonios forzados, el repudio o la poligamia son prácticas culturales perjudiciales discriminatorias y peligrosas, no solo para las mujeres, sino también para la infancia. Aunque en Occidente erróneamente se asocien estas prácticas con costumbres religiosas o culturales ajenas a los países occidentales, la realidad es que han estado presentes siempre en todas las sociedades, pero denominándose de forma diferente.

Aunque en la actualidad, culturalmente hablando, no son prácticas arraigadas en culturas como la española, francesa o británica, debido a la globalización y al fenómeno migratorio aumentan exponencialmente estas costumbres misóginas y contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres en lugares que parecían inmunes, pero que en la práctica no lo son.

Ni los matrimonios forzados, ni el repudio, ni tampoco la poligamia pueden evitar su regulación y represión por el respeto a culturas diferentes, ya que ningún derecho consuetudinario puede amparar y promocionar prácticas que sean contrarias a derechos fundamentales, y que, en este caso, vulneren los derechos de las mujeres y niñas. Pese a la idea de que estas costumbres pertenecen a la esfera privada de cada familia, es una obligación de los Estados regular y sancionar estas prácticas, porque afectan a la igualdad social y económica de las mujeres, y como tal es un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, no solamente a los contrayentes o cónyuges.

En cuanto a los matrimonios forzados, los Estados de la Unión Europea, a la hora de regular el consentimiento matrimonial, deberían tener más en cuenta la perspectiva de género y las desigualdades que afectan a las mujeres en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. España, en concreto, ofrece una solución principalmente penal en el momento en que se tipificó como delito esta práctica y, a mayores, desde la vía civil se puede ejercitar la acción de nulidad o el divorcio en el plazo de un año desde que la mujer dio el consentimiento de forma forzada. Por lo que la protección que ofrece

²¹¹ Ibidem, FJ. 2º.

el Estado se centra, sobre todo, en el momento de finalizar el matrimonio, pero no hay cauces de protección reales para evitarlo, que realmente es lo que la mujer, víctima de esta práctica, necesita.

Tanto la regulación europea como la nacional carecen de medidas reales de prevención y no debe focalizar la cuestión únicamente en políticas migratorias, porque el problema no es exclusivo de las comunidades migrantes residentes en Europa.

Por otro lado, debería ser una obligación de los Estados promocionar y advertir los peligros de estas prácticas con campañas de sensibilización y a través de la educación en los colegios. Muchas de las mujeres y niñas que siguen estas costumbres, ignoran otras realidades posibles que no sean el sometimiento a la voluntad familiar, ya sea paterna o conyugal y, a través de medios de comunicación y proyectos informativos sobre igualdad entre el hombre y mujer, pueden encontrar salidas y evitar verse sometidas a estas situaciones.

En mi opinión y, en cuanto al tratamiento penal de los matrimonios forzados, debería tenerse en cuenta la violencia sexual entre los cónyuges, valorándose los demás delitos conexos que pueden darse con esta práctica, principalmente violaciones y agresiones sexuales dentro del matrimonio. Además de un endurecimiento del tipo, aumentándose las penas para conseguir disuadir eficazmente a los que realizan este tipo de conductas.

Tanto a nivel europeo como nacional, considero que deberían existir registros que contabilicen realmente el porcentaje de mujeres que sufren estas prácticas para evitar que sea un problema invisibilizado y aparentemente inexistente, al fin y al cabo, lo que no se ve parece que no existe.

La dificultad que supone para las mujeres y niñas denunciar estas prácticas es inmensa, pues supone, en la mayoría de los casos, la separación del núcleo familiar y un enfrentamiento directo con los parientes más cercanos, al ser ellos los que orquestan estas prácticas y, como, tal la denuncia y las consecuencias judiciales se dirigen contra ellos. Por esa razón, los Estados deberían promover centros de acogida de mujeres que se ven repudiadas por sus familiares por no someterse a su voluntad y querer denunciar estas prácticas vejatorias.

Respecto al repudio y la poligamia, la situación es también compleja porque son instituciones sin cabida en los Ordenamientos Jurídicos occidentales y como tal de cara al Derecho español y de los países europeos no se reconocen, ya que en el caso del

repudio supone un acto nulo de pleno derecho y la poligamia incluso se tipifica como una conducta sancionada por el delito de bigamia. Sin embargo, el nulo reconocimiento y eficacia de estas prácticas no supone que mujeres y niñas no las sufran en Occidente. En España los procedimientos de exequatur en cuanto al reconocimiento de repudio en el extranjero son miles y los tribunales ni siquiera tienen una postura común, desde una posición más permisiva a otra estricta y rotunda en cuanto a la denegación del reconocimiento de esta institución por violar el orden público.

Similar tratamiento judicial recibe la poligamia, habiendo posturas contradictorias con tesis diferentes en cuanto al reconocimiento de efectos jurídicos a matrimonios polígamos en España. En estas materias, lo que parece más alarmante es la falta de acuerdo entre los órganos judiciales en cuanto al tratamiento judicial de estas prácticas pues, aunque ambas se condenen, la realidad es que ocurren y como tal ignorarlas tampoco parece la solución más adecuada.

10. BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

BERNÁRDEZ CANTÓN, A. *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Biblioteca universitaria de editorial Tecnos, Madrid, 1986.

BLASCO GASCÓ, F de P. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

COMBALÍA SOLIS, Z. *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares editorial, Granada, 2006.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. *El proceso de secularización del matrimonio*, Edigrafos, Madrid, España, 2004.

LABACA ZABALA, M.L. *La familia polígama islámica en la legislación española*, Delta, San Sebastián, 2005.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*. Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ PASTOR, J.M. *Nupcialidad y cambio social en España*, CIS, Madrid, 2009.

MORGADES GIL, S. *De refugiados a rechazados, el Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

RAMÓN RIBAS, E. *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2008.

TRAPERO BARREALES, M.A. *Matrimonios ilegales y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

UREÑA MARTÍNEZ, M. *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de familia*. Tecnos, Madrid, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. *Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013.

CAPÍTULOS DE LIBRO

DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M y RODRÍGUEZ CALVO, M.S. “Características sociodemográficas” en *Estudio Empírico sobre la Violencia de Género*, coordinadores: María Sol Rodríguez Calvo y Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DOMÍNGUEZ, R. “El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho Islámico” en *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coordinador:

Agustín Motilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.

LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. “El sistema matrimonial español” en *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

LÓPEZ ALARCÓN, M y NAVARRO-VALLS, R. “Los impedimentos” en *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

LORENZO, P. “El matrimonio islámico. Elementos formales” en *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, coordinador: Agustín Motilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Constitución, familia y uniones de hecho” en *Las uniones de hecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MÚÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. “Error de tipo” en *Derecho Penal: Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ARTÍCULOS DE REVISTA

ABAD ARENAS, E. “Matrimonio concertados, matrimonios forzosos, matrimonios precoces: nulidad por falta de consentimiento”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord., Cuenca Casas, M., et alt. Madrid, 2013.

ALCÁZAR ESCRIBANO, A. “El matrimonio forzado: violencia de género más allá del libre consentimiento” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 25-02, 2023.

BRIONES MARTÍNEZ, I.M. “Los matrimonios forzados en Europa, especial referencia a Francia, Dinamarca, Reino Unido, Alemania y Noruega.” *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2009.

CERVILLA GARZÓN, M.D. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia Marroquí (Mudawa) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.10, núm. 1, 2018.

COMBALÍA SOLÍS, Z. “Estatuto de la Mujer en Derecho Matrimonial Islámico” en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, núm.6, 2001.

ELVIRA BENAYAS, M.J. “Matrimonios forzosos”. *Revista Anuario español del Derecho Internacional Privado*, núm. 10, Madrid, 2010.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. “Debates sobre la autonomía y el consentimiento de los matrimonios forzados”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 47, 2013.

JUÁREZ PÉREZ, P. “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, 2012.

NIETO CRUZ, A. “Discriminación de la mujer en el Derecho de Familia Islámico y orden público” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm.1, 2020.

ORTIZ VIDAL, M.D. “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014.

PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 13, 2008.

TORRES KUMBRÍAN, R.D. “Tradiciones nocivas basadas en interpretaciones derivadas del Islam como formas de violencia de género” en *GT 12 Sociología de Género*, 2013.

VIDAL GALLADO, M. “Ilegalidad del Matrimonio forzado como manifestación de una forma de violencia de género (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).” *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 40, 2016.

VIDAL GALLARDO, M. “La necesaria integración en la sociedad española para la adquisición de la nacionalidad por residencia” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 58, 2021.

VIDAL GALLARDO, M. “La protección integral a la infancia y la adolescente frente a la violencia que representa el matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVIII, 2022.

PUBLICACIONES DE INTERNET

COMISIÓN EUROPEA. “Investigación y acción sobre la violencia de género en las mujeres migrantes” *IRIS*. Barcelona, 2011.

DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES / DIVISIÓN PARA EL ADELANTO DE LA MUJER. “Suplemento del manual de legislación sobre la violencia contra la mujer”, *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*, 2012.

Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres y la lucha contra todas las formas de discriminación contra ellas.

https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/Pymes/docs/Introduccion/02_De_finicion_de_violencia_de_genero.pdf [9/05/23]

ONU, Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las mujeres.

<https://www.endvawnow.org/es/articles/587-elementos-clave-de-la-legislacion-sobre-practicas-nocivas.html> [9/05/23]
<https://www.endvawnow.org/es/articles/618-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-la-trata-de-personas.html?next=619> [9/05/2023]
<https://www.endvawnow.org/es/articles/620-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-esclavitud-esclavitud-sexual-trabajo-forzado-y-servidumbre-por-deudas.html?next=621> [9/05/2023]
<https://www.endvawnow.org/es/articles/621-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-herencia-de-la-esposa-levirato-y-sororato-.html?next=622>
<https://www.endvawnow.org/es/articles/622-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-rapto-de-novias.html?next=623> [9/05/2023]
<https://www.endvawnow.org/es/articles/623-definicion-de-otras-formas-de-matrimonio-forzado-utilizacion-de-cazarrecompensas.html?next=624> [9/05/2023]

ORDÓÑEZ GODINO, A. “*Un análisis sobre los matrimonios forzados: De la tradición a la ilegalidad*”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.

UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Matrimonios prematuros*, 2001.

https://elpais.com/internacional/2022-05-23/asesinadas-en-pakistan-dos-mujeres-que-vivian-en-espana-por-rechazar-un-matrimonio-concertado.html?event_log=oklogin
[9/05/2023]

<https://elpais.com/espana/catalunya/2023-02-26/los-asesinos-de-las-hermanas-de-terrasa-quedan-libres-en-pakistan-mientras-la-justicia-persigue-al-padre-en-espana.html>. [9/05/2023]

<https://elcomercio.pe/mundo/asia/aneesa-abbas-y-arooj-abbas-dos-hermanas-pakistanies-residentes-en-espana-son-torturadas-y-asesinadas-en-pakistan-al-rechazar-el-matrimonio-concertado-con-sus-primos-narracion-historias-ec-noticia/?ref=ecr>.
[9/05/2023]

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STS (Sala 1ª), de 27 de enero de 1998, (rec.1360/1997).

STSJ Mad (Sala de lo Social), de 29 de julio de 2002, (rec.3180/2002).

STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 30 de julio de 2003, (rec. 2864/2002).

STSJ CV (Social, Sección 1ª), de 6 de junio de 2005, (rec. 3739/2015).

STSJ Andalucía (Sala de lo Social) de 18 de junio de 2015, (rec.591/2015).

SAP Barcelona (Civil, Sección 12ª), de 17 de noviembre de 2009.

SAP Zamora (Penal, Sección 1ª) de 27 de mayo de 2021, (rec. 283/2021).

Sentencia Juzgado de lo Social núm 6 de Barcelona, de 10 de octubre de 2010.

ATS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2004.

AAP Málaga (Civil, Sección 6ª), de 29 de enero de 2015.

Yo, Doña CRISTINA VEGA ORTEGA, alumna del Grado en Derecho en la Universidad de Valladolid, asumo la responsabilidad sobre la veracidad de los datos e informaciones recogidos en el presente Trabajo de Fin de Grado que lleva por Título “*Libertad matrimonial y violencia de género*”, realizado bajo la tutela de la Prof. Dra. Dña. MERCEDES VIDAL GALLARDO.

Asimismo, declaro y manifiesto que soy consciente de las consecuencias académicas que pueden derivarse de la falsificación de cualquiera de los datos y/o informaciones anteriormente referidas.

En Valladolid, a ... de de.....