

REDC 68 (2011) 525-573

NORMATIVA MATRIMONIAL CIVIL ESPAÑOLA. ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS CONSIDERACIÓN LEGAL DE NUEVAS FORMAS MATRIMONIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

RESUMEN

El principio constitucional de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas de mayor relevancia social o de «notorio arraigo» en nuestro país, se formalizó en los acuerdos de cooperación firmados por el Estado con la Santa Sede y los posteriores con musulmanes, judíos y evangélicos. En todos estos acuerdos se reconocen efectos civiles a sus ritos matrimoniales. Posteriormente se ha reconocido ese «notorio arraigo» a otras confesiones religiosas como los testigos de Jehová, mormones, budistas y cristianos ortodoxos. Tal reconocimiento legal es el paso previo a la posibilidad de negociación y firma de un acuerdo de cooperación con el Estado en el que, con toda seguridad, también se reconocerían efectos civiles a sus ritos matrimoniales. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009, en el caso «Muñoz Díaz vs. España», aludía también al hecho religioso en su reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano contraído por la demandante.

Este artículo analiza la aptitud del actual sistema matrimonial español para encuadrar en él a estos nuevos ritos matrimoniales, y los posibles problemas respecto de la poligamia y el reconocimiento civil del matrimonio tradicional gitano.

ABSTRACT

The constitutional principle of cooperation between the State and religious denominations of greater social or «notorio arraigo» in our country, was formalized in the cooperation agreements signed by the State with the Holy See and later muslims, jews and evangelicals. In all these agreements are recognized civil effects to their marriage rites. It was later recognized that «notorio arraigo» to other faiths such as Jehovah's witnesses, mormons, buddhists and orthodox christians. Such recognition is a prelude to the possibility of negotiation and signing of a cooperation agreement with the State in which, surely, also be recognized civil effects to their marriage rites. Similarly, the European Court of Human Rights, December 8, 2009, in the case «Diaz Muñoz vs. Spain»,

made reference to religious fact in its recognition of civil effects of gypsy marriage made by the applicant.

This article examines the suitability of the current Spanish Civil Law to accept this new marriage rites, and possible problems regarding polygamy and the civil recognition of traditional gypsy marriage.

INTRODUCCIÓN

La rápida evolución social que nuestro país ha afrontado en la últimas décadas ha hecho que también debiera adecuarse a tales transformaciones nuestro sistema matrimonial. Así, partiendo de un sistema basado únicamente en el matrimonio civil y el canónico, se pasó a reconocer civilmente otras formas matrimoniales confesionales como la evangélica, la judía o la musulmana. Posteriormente, otros factores como la inmigración, el arraigo de nuevas confesiones religiosas en España, la regulación de las parejas de hecho o la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, han supuesto un nuevo cambio de escenario en el sistema de relaciones sociales y también en el campo del Derecho.

Con este trabajo me propongo realizar un modesto ejercicio de prospectiva sobre el futuro de nuestro sistema legal en cuanto a las nuevas formas matrimoniales que pudieran ser reconocidas civilmente. Para ello, y tras realizar una síntesis general del sistema de cooperación entre el Estado y las principales confesiones religiosas en España, he focalizado este estudio en cuatro bloques principales referentes a la actual regulación de los efectos civiles de los matrimonios de confesiones minoritarias (musulmanes, judíos y evangélicos), en la aptitud de este mismo sistema para encuadrar en él a los nuevos ritos matrimoniales que pudieran ser reconocidos por el Estado (testigos de Jehová, mormones, budistas y cristianos ortodoxos), en el problema que plantea la posibilidad del reconocimiento de la poligamia y sus efectos en España, reivindicada recientemente desde algunos sectores islámicos, y, por último, el matrimonio tradicional gitano y la situación creada tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009, en el caso «Muñoz Díaz vs. España».

1. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS CIVILES MATRIMONIALES CONFESIONALES

1.a) *El principio de cooperación*

El artículo 16.3 de la vigente Constitución¹ prevé el principio de cooperación como uno de los pilares del sistema de relación entre el Estado español y la Iglesia Católica y restantes confesiones religiosas presentes en España. En base a tal principio, inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución, el Estado español firmó ya varios Acuerdos Internacionales con la Santa Sede², entre ellos el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, que recogía la confirmación del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico³.

Posteriormente, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR)⁴ concretaba este mandato constitucional en su artículo 7.1 recogiendo la posibilidad de establecer Acuerdos o Convenios de cooperación entre el Estado y las distintas confesiones religiosas, estableciéndose que, en principio, los requisitos que han de cumplir éstas para este efecto se reducen al su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (artículo 5 LOLR) y contar con «notorio arraigo» en España atendiendo al ámbito, extensión de la confesión y su número de creyentes; y siempre que estos acuerdos sean aprobados posteriormente como leyes por las Cortes Generales, tal y como dispone el artículo 7.1 de la LOLR⁵, el Estado quien decide el reconocimiento del «notorio arraigo» según su incoercible voluntad y la valoración de las condiciones necesarias para ello corresponde al mismo Estado, sin que ninguna entidad pueda forzarle a suscribir ningún acuerdo, ni siquiera a iniciar los trámites pertinentes para ello, tal y como reafirmó la entonces

1 Art.16.3 de la Constitución Española: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.»

2 El 3 de Enero de 1979 se firmaron Acuerdos sobre: Asuntos Jurídicos; Enseñanza y Asuntos Culturales; Asuntos Económicos y sobre la Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos. Fueron todos ellos publicados en el BOE núm.300, de 15 de diciembre.

3 Art. VI.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de Enero de 1979: «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.»

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.»

4 BOE núm. 177, de 24 de julio.

5 Art. 7.1 de la LOLR: «El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.»

Dirección General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia en su Resolución de 24 de febrero de 1994.

Por otra parte, la exigencia del requisito formal de la necesidad de la aprobación de estos acuerdos de cooperación por las Cortes Generales, confiere a los mismos la naturaleza de ley ordinaria que recoge un «Convenio de Derecho Público», que es la naturaleza jurídica que les atribuyó el Dictamen del Consejo de Estado, de 31 de enero de 1991. Mientras que los Acuerdos firmados por el Reino de España con la Iglesia católica española, se suscribieron con la Santa Sede, por lo que poseen personalidad jurídica internacional, tal y como ya reafirmaron las Sentencias del Tribunal Constitucional 66/1982, de 12 de noviembre⁶ y 93/1983, de 8 de noviembre⁷ y se debieron elaborar según el procedimiento dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución, relativos a los Tratados Internacionales.

Teniendo en cuenta todo esto, el Estado, con el dictamen de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (creada al amparo del artículo 8 de la LOLR) otorgó el carácter de «notorio arraigo» a evangélicos y judíos el 14 de diciembre de 1984 y a los musulmanes el 14 de julio de 1989; para comenzar después a negociar los respectivos Acuerdos de cooperación el 18 de mayo de 1987. Las negociaciones se prolongaron durante varios años hasta alcanzar tres Acuerdos que, aunque guardan ciertas diferencias, están redactados en términos quasi-idénticos, y que, una vez aprobadas por el Parlamento, fueron promulgados como Leyes ordinarias⁸. En todos estos Acuerdos, en sus respectivos artículos 7, se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado ante sus ministros de culto y según sus ritos.

Cada federación religiosa firmante de estos Acuerdos está formada, a su vez, por multitud de comunidades, Iglesias, Comuniones... etc. a su vez inscritas de forma individual e independiente en el Registro de Entidades Religiosas, pero agrupadas por Confesiones en estas federaciones. Todos los grupos religiosos que se adhieran a estas federaciones, quedan automáticamente amparados por lo dispuesto en estos Acuerdos de cooperación; protección legal que pierden en el momento que las abandonan.

Existen otras confesiones religiosas que aunque no han firmado un Acuerdo con el Estado, han sido reconocidas en los últimos años como de «notorio

⁶ BOE núm. 296, de 10 de diciembre.

⁷ BOE núm. 288, de 2 de diciembre.

⁸ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Todas publicadas en el BOE núm. 272, de 12 de noviembre.

arraigo» en España: Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), Testigos Cristianos de Jehová (2007), Federación de Comunidades Budista de España (2007) y la Iglesia Ortodoxa de España (2010). Esto implica que cualquiera de estas confesiones, en un futuro, puede llegar a firmar un Acuerdo de cooperación con el Estado en el cual, tal y como se hace en los actualmente vigentes, se reconozcan efectos civiles a la celebración del matrimonio según sus ritos propios.

1.b) *El matrimonio en forma religiosa con efectos civiles*

El derecho a celebrar ritos religiosos (entre ellos el matrimonio) se reconoce como una expresión de la libertad religiosa y de culto, tal y como dispone el artículo 2.1.b de la LOLR y todos los Acuerdos de cooperación firmados por el Estado con las distintas confesiones religiosas reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado según las respectivas formas religiosas: católica, evangélica, judía y musulmana⁹, así como en los artículos 49.2 y 59 del Código Civil¹⁰.

Aunque el «*ius connubis*» está considerado como un derecho de la persona en cuanto tal y tiene la calificación de derecho fundamental recogido en el artículo 32.1 de nuestra Constitución, que lo regula como un derecho en plena igualdad jurídica del hombre y la mujer, no se constituye como un derecho absoluto, pues en el párrafo 2º prevé que la «*ley regulará 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 efectos*». Todo ello se encuentra regulado esencialmente en nuestro Código civil, en donde su artículo 59 permite prestar el consentimiento matrimonial «*en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste*», pero, a la vez, se establecen una serie de exigencias mínimas para poder contraer válidamente matrimonio en España, que deben también cumplir los matrimonios realizados en forma religiosa si quieren ser reconocidos por el Estado, ya que el artículo 60 del Código Ci-

9 Vid. los artículos VI.1 del Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979, del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos; así como el artículo 7.1 de las Leyes: 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

10 Art. 49.2 del Código Civil: «*Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 2º En la forma religiosa legalmente prevista*».

Art. 59 del Código Civil: «*El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste*».

vil matiza que: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente», y el 61 vuelve a insistir en que «El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». Esta inscripción meramente declarativa y no constitutiva de los efectos civiles del matrimonio en forma religiosa «se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título». (artículo 63 del Código Civil).

Este sistema matrimonial permanece inalterado, aunque es previsible que, quizás en un medio plazo, las nuevas confesiones religiosas con «notorio arraigo» reconocido con el Estado (Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos Cristianos de Jehová, Federación de Comunidades Budista de España y la Iglesia Ortodoxa de España), puedan llegar a firmar sendos Acuerdos de cooperación en los que se reconocieran efectos civiles a sus ritos matrimoniales. Tal reconocimiento se basaría en la forma y esencia religiosa de tales ritos matrimoniales y estarían amparados como expresión de la libertad religiosa y de culto reconocida en el artículo 16 de la Constitución: Pero también estarían limitados por el orden público, esto es, entre otros factores, por el sometimiento al imperio de la ley, y más concretamente al sistema matrimonial articulado en la legislación civil española y que vamos a analizar a continuación.

2. EL PROCESO FORMAL PARA LA VALIDEZ CIVIL DE UN MATRIMONIO RELIGIOSO NO CANÓNICO

Analizamos ahora el proceso civil aplicable a los matrimonios contraídos según los ritos de las religiones minoritarias que hasta ahora tienen reconocidos efectos civiles, por ser el que lógicamente se aplicaría a estas nuevas formas matrimoniales religiosas en el caso de que se firmaran nuevos Acuerdos de cooperación entre el Estado español y las confesiones que recientemente han sido calificadas de «notorio arraigo».

2.a) *Formalidades previas a la celebración del matrimonio*

Existen una serie de formalidades previas a la celebración de todo matrimonio confesional en España para que pueda tener validez civil, exceptuándose de este estudio los matrimonios canónicos, a los que no se exige ningún requisito de aviso previo al Registro Civil¹¹. Así se requiere la tramitación de un expediente previo al matrimonio ante el Registro civil, para comprobarse que los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos en el Código Civil (arts. 46 y 47) y por las normas de Derecho Internacional privado, tal y como recogen los arts.7.2 de la Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con: FERREDE, FCJE y CIE.

El procedimiento de tramitación de este expediente matrimonial se encuentra regulado en el artículo 4 de la Instrucción, de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa¹² (Instrucción que más adelante estudiaremos individualizadamente en sus aspectos más destacados) y una Orden del Ministerio de Justicia, de 21 de enero de 1993¹³, aprobó los modelos de Certificado de Capacidad Matrimonial y de Celebración del Matrimonio a que hacen referencia los artículos séptimos de los tres Acuerdos citados.

Si no hay ningún impedimento legal a la celebración del matrimonio, este expediente previo finaliza con la expedición por el Juez del Registro civil de una Certificación de Capacidad Matrimonial de los contrayentes, en la que se hace constar que este matrimonio en forma religiosa ha de celebrarse antes de 6 meses a contar desde su fecha de emisión.

2.b) *Celebración del matrimonio religioso*

Para la válida celebración del matrimonio se necesita el intercambio personal del libre y pleno consentimiento matrimonial entre los contrayentes como elemento esencial y constitutivo de todo matrimonio, tal y como reconocen los artículos 45 y 73 del Código Civil. Ese consentimiento manifestado de forma libre, personal y recíproca se emitirá en presencia de, al menos, dos testigos mayores de edad y el ministro de culto de la confesión religiosa autorizada,

11 Art. 1 de la Circular, de 15 de febrero de 1980, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos (BOE n. 47, de 23 de febrero).

12 BOE n. 47, de 24 de febrero.

13 BOE n. 29, de 3 de febrero.

esto es: un imán o dirigente musulmán de la CIE, un pastor o ministro cristiano de la FEREDE o un rabino judío habilitado por la FCJE.

El rito religioso en el cual se enmarca este intercambio de consentimientos es una cuestión interna de cada tradición religiosa, pero lo que resulta obligado es que el ministro de culto asistente al matrimonio añada a la Certificación de Capacidad Matrimonial de los contrayentes una Diligencia expresiva de la celebración religiosa del matrimonio con su firma, la de los contrayentes y la de los dos testigos.

2.c) *Inscripción del matrimonio religioso en el Registro Civil*

Cabe destacar que estos matrimonios celebrados en forma religiosa tienen eficacia civil desde su celebración, ya que los contrayentes cumplen los requisitos de capacidad establecidos en el Código civil, tal y como atestigua la Certificación de Capacidad Matrimonial que les ha sido entregada por el Registro Civil. Pero, a pesar de todo ello, estos matrimonios necesitan ser inscritos en el Registro Civil para el pleno reconocimiento de tales efectos civiles, pero sin que tal inscripción tenga efectos constitutivos del matrimonio¹⁴.

La obligación de promover esta inscripción recae sobre el ministro de culto que asistió al matrimonio o sobre los contrayentes en el caso del matrimonio judío o cristiano protestante. En el caso del matrimonio musulmán se entiende que tal obligación recae sobre el representante de la comunidad islámica que asistió al enlace, esencialmente para evitar ilegalidades o fraudes tales como la autorización de matrimonios islámicos poligámicos, que están permitidos por esta religión, pero son delitos para el Estado¹⁵. Además, en matrimonios celebrados en la forma religiosa islámica, si excepcionalmente los interesados prescinden bajo su responsabilidad del trámite previo de expedición del certificado de capacidad matrimonial, la calificación, con vistas a su inscripción, de la certificación del matrimonio celebrado habrá de abarcar no

14 Tal y como reconocen los artículos 60 y 61 del Código Civil, Art. 7.1 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con: FEREDE, FCIE y CIE, así como el artículo 70 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n.151, de 10 de junio).

15 Así lo tipifica el artículo 217 del Código Penal: «*El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*» Que se completa con el artículo 219: «*El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años.*».

sólo los requisitos formales de esta certificación sino también la concurrencia de todos los requisitos de fondo exigidos para la validez civil del matrimonio¹⁶.

No existe un plazo para promover la inscripción del matrimonio celebrado en estas formas religiosas pudiéndose realizar en cualquier tiempo, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. La inscripción se promueve mediante la remisión al Registro de una copia de la Certificación de Capacidad Matrimonial con la Diligencia expresiva de la celebración religiosa del matrimonio debidamente cumplimentada¹⁷.

La inscripción del matrimonio celebrado antes de que transcurran 6 meses desde la expedición del certificado de capacidad matrimonial, sólo requerirá que el Encargado del Registro califique los requisitos formales de celebración exigidos por los Acuerdos con la FEREDE, CIE y FCJE¹⁸.

El contenido de la inscripción de matrimonio se recoge en el artículo 258 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil¹⁹ y hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, lugar y hora en que se contrae²⁰. Cabe además la posibilidad de indicar, al margen de la inscripción del matrimonio, de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal²¹.

Por su parte se podrá denegar la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio

16 Art.6 de la Instrucción, de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (BOE n. 47, de 24 de febrero). Recordemos la polémica que suscitó esta Instrucción, ya que, aunque el matrimonio islámico según el art. 7 del Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España, no exige ningún expediente previo a su celebración, el art. 7.2 hace referencia a la necesidad de *«acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente»*.

17 Arts. 60, 61, 63 y 329 del Código Civil; Art.7, párrafos n. 5 y 6 de las Leyes 24 y 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con: FEREDE y FCIE; Art.7, párrafos 4 y 5 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; Orden, de 21 de enero de 1993, dictada a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso (BOE n.29, de 3 de febrero).

18 Art.5 de la Instrucción, de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (BOE n. 47, de 24 de febrero).

19 BOE n. 296, de 11 de diciembre.

20 Art. 69 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n.151, de 10 de junio).

21 Vid.: Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998; Art. 77 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n.151, de 10 de junio) y el Art.266 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE n. 296, de 11 de diciembre).

no reúne los requisitos que para su validez se exigen en la legislación civil (artículo 63 *in fine* del Código Civil). En este caso, si un matrimonio no puede ser inscrito por no reunir o no haber acreditado debidamente los requisitos legalmente exigidos, no se inscribe, tan solo se realiza una anotación, con valor simplemente informativo sin que constituyan la prueba que proporciona la inscripción²².

Una vez realizada la inscripción del matrimonio, el Registro Civil hace entrega a los esposos del Libro de Familia, el que constará, con valor de certificación, la realidad del mismo²³.

2.d) *Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de febrero de 1993*

Una vez estudiado de forma general en procedimiento civil para que un matrimonio religioso pueda tener efectos civiles, hemos de hacer referencia a ciertas especialidades de esta regulación y cuestiones que debieron matizarse en su momento a través de la ya citada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de febrero de 1993, emitida para clarificar la inscripción de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y motivada por la entrada en vigor de las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas/Judías de España (FCIE o FCJE) y con la Comisión Islámica de España (CIE):

- *Carácter irretroactivo del nuevo sistema*: por aplicación del principio general del artículo 2.3 del Código Civil, de modo, que el nuevo régimen sólo alcanzaba a regular los matrimonios previstos en los respectivos Acuerdos que se celebraran a partir de la entrada en vigor de las citadas leyes.
- *Ámbito territorial*: los respectivos artículos séptimos de estos Acuerdos tienen limitado su campo de aplicación a los matrimonios en esas formas religiosas que se celebren en España a partir de la entrada en vigor de las leyes mencionadas. Queda, pues, fuera de las previsiones legales la inscripción de los matrimonios según estos ritos que se celebren fuera de territorio español. Ha de observarse, sin embargo, que estos matrimonios, si afectasen a algún ciudadano español (cfr. arts. 15

22 Art. 271 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE n. 296, de 11 de diciembre).

23 Art. 75 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n.151, de 10 de junio).

Ley del Registro Civil y 66 de su Reglamento), podrán inscribirse en el Registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración y si se comprueba que han concurrido los requisitos legales exigidos (cfr. art. 65 Código Civil), por medio de alguno de los procedimientos que señalan los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil.

- *Ámbito personal*: se refiere a que esta nueva regulación es aplicable a los matrimonios en esas formas religiosas celebrados en España cuando uno o ambos contrayentes tienen la nacionalidad española. Sin embargo, si ambos contrayentes son extranjeros, el artículo 50 del Código Civil concede una opción a los extranjeros para celebrar el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. De esta forma, los contrayentes extranjeros pueden, como ya antes ocurría, celebrar su matrimonio en España en la forma religiosa admitida por la ley personal de alguno de ellos (caso en el que la inscripción en el Registro Civil requerirá la comprobación de los requisitos sustantivos exigidos por el artículo 65 del Código, a través de los medios que señalan los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil) o bien, aunque esa forma religiosa no esté permitida por la ley personal de ninguno de los contrayentes, podrán acogerse al sistema, permitido para los españoles, de los artículos séptimos de los respectivos Acuerdos con el Estado español.
- *Especialidad del expediente previo*: ya que no termina con la autorización del matrimonio, sino (igual que en el caso similar contemplado por el artículo 252 del Reglamento de Registro Civil) con la expedición por duplicado de la Certificación acreditativa de la capacidad matrimonial, en uno de cuyos ejemplares se hará constar a continuación la Diligencia expresiva de la celebración del matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio y cuando se presenten al Registro competente las dos certificaciones referidas, según el modelo aprobado por la Orden de 21 de enero de 1993, la labor calificadora del encargado quedará notablemente facilitada porque, acreditada ya de antemano la capacidad de los contrayentes, habrá de limitarse a comprobar que no han transcurrido más de seis meses entre la expedición del certificado de capacidad y la celebración del matrimonio y que se han cumplido los demás requisitos formales exigidos por los Acuerdos.
- *Régimen de inscripción en el Registro Civil*: corresponde al lugar de la celebración (arts. 16.1 Ley del registro Civil y 68 de su Reglamento) requiere, con la única excepción que luego se indicará, que por el encargado o Juez de Paz competente por razón del domicilio de alguno

de los contrayentes (art. 238 del Reglamento del Registro civil) se instruya el Expediente previo a la celebración del matrimonio con sujeción a las normas actualmente vigentes contenidas en los artículos 240 y siguientes del Reglamento de Registro Civil. En este expediente habrá de cerciorarse el instructor de que ambos solicitantes pueden contraer matrimonio entre sí por reunir los requisitos de libertad y capacidad exigidos por el Código Civil (art. 56.1 del Código Civil). Conviene a estos efectos precisar que si uno o ambos contrayentes son extranjeros, su capacidad matrimonial se rige, en principio, por la respectiva ley nacional (art. 9.1 del Código Civil), teniendo en cuenta, en su caso, la ley que rija el divorcio (arts. 9.2. II, y 107.1 del Código Civil), de acuerdo con las normas de nuestro Derecho Internacional Privado. No puede tampoco olvidarse la posible incidencia de la excepción de orden público (art. 12.3 del Código Civil), que podrá ya excluir la aplicación de un impedimento establecido por una ley extranjera cuando se oponga manifiestamente al orden público español, ya imponer la aplicación de un impedimento establecido por la ley española aún cuando, en oposición manifiesta a nuestro orden público, no sea conceptuado como tal impedimento para la ley extranjera en principio aplicable.

3. LAS NUEVAS CONFESIONES CON NOTARORIO ARRAIGO Y SUS RITOS MATRIMONIALES

Una vez hemos analizado detenidamente el procedimiento legal exigido para conceder efectos civiles a los matrimonios contraídos según los ritos de las religiones minoritarias con Acuerdo de cooperación firmado con el Estado, nos proponemos analizar, muy sumariamente, si este procedimiento podría ser también aplicable a las confesiones que ya han obtenido el reconocimiento por parte del Estado de «notorio arraigo» (Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos Cristianos de Jehová, Federación de Comunidades Budista de España y la Iglesia Ortodoxa de España) y que en un futuro quizá no muy lejano pueden llegar a firmar nuevos Acuerdos de cooperación con el Estado español por medio de los cuales se reconozca la posibilidad de conceder efectos civiles a sus matrimonios.

Tal y como hasta ahora hemos analizado, los tres elementos que definen a un matrimonio válido son: primero la capacidad de los contrayentes y la ausencia de impedimentos matrimoniales, que, esencialmente, se encuentran regulados por el Estado en los artículos 46 y 47 del Código civil. En segundo lugar el intercambio de consentimientos matrimoniales, como elemento esencial y constitutivo de todo matrimonio que también regula el Código civil (artículos 45 y 73 del Código Civil) y que siempre deberá ser libre, personal y

recíproco. Finalmente se requiere una forma matrimonial legítima, que podrá ser civil o religiosa al poderse intercambiar el consentimiento matrimonial ante un ministro de culto de una confesión con Acuerdo firmado con el Estado y dos testigos hábiles mayores de edad.

Es por tanto en el requisito de la forma religiosa del matrimonio donde centraremos ahora nuestro análisis, especialmente en la existencia de un rito matrimonial religioso que contenga un intercambio de consentimientos matrimoniales y la existencia definida de un ministro de culto que dirija tal rito, ante el cual se realice ese intercambio de consentimientos y que lo pueda certificar legalmente a través de la Diligencia expresiva de la celebración religiosa del matrimonio de la Certificación de Capacidad Matrimonial de los contrayentes y que, eventualmente pueda después promover la inscripción de ese matrimonio en el Registro Civil.

3.a) *El matrimonio en la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días*

En el caso del matrimonio en la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (conocidos como «mormones»), está considerado una de las ordenanzas sagradas de esta confesión (que vienen a ser análogos a los Sacramentos de la tradición Cristiana Católica) y se concibe como un contrato bendecido o sellado por Dios, por lo que es denominado «sellamiento». Esta naturaleza contractual hace que exista un rito estructurado que requiere un intercambio de consentimientos o «convenios matrimoniales» de los contrayentes ante un Ministro de culto de esta confesión con poder para sellar esa unión y al menos dos testigos especiales y que se realiza obligatoriamente dentro del Templo, lo cual facilita su posible inclusión dentro de los mismos requisitos legales que actualmente se exigen a los matrimonios de las confesiones minoritarias. Estos enlaces así celebrados se tienen como «matrimonios celestiales o del templo», es decir, que pueden unirse no sólo de por vida, sino por toda la eternidad, siempre que la pareja persevere en el cumplimiento de las enseñanzas de esta Iglesia y si Dios confirma ese «sellamiento» por medio del Espíritu Santo en una revelación divina directamente a las personas de ese matrimonio en esta vida o en la venidera²⁴. En los casos en los que asisten al enlace miembros de la familia cercana de los novios que no son miembros de la Iglesia mormona, dado que no pueden entrar en el templo, suelen esperar fuera del templo en un centro anexo para visitantes en los que, tras el sellamiento y de forma op-

²⁴ *The Doctrine and Covenants of the Church of Jesus Christ of Latter-days Saints*, 132: 19.

cional, los contrayentes escenifican una «ceremonia del anillo» en la que se intercambian alianzas matrimoniales.

Esta Iglesia, aparte del matrimonio celestial, admite como matrimonios meramente válidos en el orden temporal y sólo por esta vida, a los demás matrimonios contraídos fuera del templo mormón. Además, no existen matrimonios religiosos mixtos entre los mormones, ya que en estos casos sólo se permite el matrimonio civil, al que esta confesión no otorga validez religiosa. Los miembros de esta confesión no casados en un templo mormón y los nuevos miembros ya casados por otro rito, pueden «sellar» su unión por esta Iglesia si se les considera dignos y cumplen con las condiciones del «sellamiento», esto es, que ambos contrayentes hayan cumplido con el diezmo y hayan sido miembros activos de su comunidad por lo menos durante un año²⁵.

Sin embargo esta confesión presenta una problemática propia en su versión no oficial y más fundamentalista pues la práctica de la poligamia o «matrimonios plurales» en esta confesión fue, en un principio, declarada públicamente válida por una conferencia especial de esta Iglesia, celebrada en Salt Lake City el 28 de agosto de 1852, por su profeta Joseph Smith. Sin embargo, posteriormente y dado que varias leyes federales de los EE.UU. prohibieron la poligamia en todo el país (*Morrill Act* y *Edmunds Anti-Polygamy Law*, de 1882 y la *Edmunds-Tucker Act*, de 3 de marzo de 1887), el 24 de septiembre de 1890, el Presidente de los mormones Woodruff, emitió el «*Manifiesto*», un documento oficial de la Iglesia mormona anunciando que esta Iglesia no sancionaría más matrimonios plurales para cumplir la legislación norteamericana. Sin embargo una pequeña parte del Mormonismo desafía esta prohibición oficial y aún celebra matrimonios plurales, cuestión que después analizaremos más específicamente en nuestro estudio sobre la poligamia.

3.b) *El matrimonio en los Testigos Cristianos de Jehová*

Los Testigos de Jehová reconocen únicamente a Dios como auténtica fuente del matrimonio, aunque oficialmente reconocen como válido al matrimonio celebrado válidamente según las normas civiles de cada Estado. Esta confesión considera que el matrimonio así celebrado es válido y honorable²⁶.

²⁵ Vid. Supra: 132: 15-18.

²⁶ *Watchtower* 06 15/10 p. 19: «*Bodas honorables a la vista de Dios y los hombres. Un matrimonio honorable es un matrimonio legal. Aunque fue Jehová quien originó el matrimonio, es apropiado que los gobiernos humanos ejerzan cierto control sobre la manera en que se lleva a cabo. (...) En la mayoría de los países, el César—es decir, la autoridad civil— determina quiénes cumplen los requisitos para contraer matrimonio. Por lo tanto, cuando dos cristianos que están bíblicamente libres para casarse de-*

Sin embargo y a pesar de no haber una ceremonia matrimonial específica en esta confesión, sí es cierto que el mismo día en que los novios contraen matrimonio civil (normalmente por la mañana), más tarde en ese mismo día (generalmente ya por la tarde) se realiza una reunión religiosa en el «Salón del Reino» o lugar de culto en el que un anciano de la asamblea designado por los esposos, les imparte una conferencia sobre el matrimonio según su religión en presencia de la Asamblea y de sus familiares y allegados. Después ese mismo anciano, presenta al matrimonio al resto de la Asamblea y el acto se acompaña con plegarias, oraciones y cánticos.

Queda clara la sumisión de los miembros de esta confesión a las normas matrimoniales civiles y su ausencia de un verdadero ritual matrimonial propio entre los Testigos de Jehová. Sin embargo, excepcionalmente también existen en esta confesión uniones de carácter únicamente religioso que se autorizan a través de las denominadas «declaraciones de fidelidad», pero que sólo se autorizan si resultara imposible divorciarse civilmente de un primer matrimonio²⁷. Por ello, si esta confesión deseara en un futuro acordar con el Estado el reconocimiento a efectos civiles de un matrimonio propio, debería estructurar una ceremonia matrimonial que podría basarse en la celebración realizada en el Salón del Reino de un intercambio de consentimientos matrimoniales ante el anciano de la asamblea que oficiara como ministro de culto y dos testigos mayores de edad y en la que se cumplieran con las formalidades hasta ahora prescritas para otorgar efectos civiles a los matrimonios judíos, musulmanes y evangélicos.

3.c) *El matrimonio en el Budismo*

En lo que respecta al matrimonio budista, cabe señalar que, como principio general, se acepta el matrimonio civil, ya que no existe un rito predeterminado para officiar un matrimonio según la confesión budista, aunque los

ciden dar ese paso, cumplen al pie de la letra las leyes locales. Cuando dos cristianos se casan de una manera legal y reconocida en la comunidad, esa unión queda sellada a los ojos de Dios. Si la pareja ya se ha unido en una boda civil, él dejará claro que los novios ya están casados según las leyes del César.»

²⁷ Watchtower 77 15/8 p. 502 párrs. 24-25 «Manteniendo en honra el matrimonio ante Dios y los hombres: Pudiera suceder que un hombre hubiera dejado a su esposa debido a la infidelidad de ella y después hubiera formado una unión con otra consorte, por quien basta pudiera tener una familia. Entonces pudiera haber aprendido la verdad de la Palabra de Dios y, en obediencia a esa Palabra, deseado bautizarse como discípulo del Hijo de Dios. Debido a que la ley nacional no estaría de acuerdo con la ley de Dios tocante a divorcio y contraer segundas nupcias, no podría obtener un divorcio y legalizar su unión del momento. ¿Qué pudiera hacer? [...] debe hacer una declaración escrita a la congregación local prometiendo fidelidad a su cónyuge actual y declarando que concuerda en obtener un certificado de matrimonio legal si la esposa legal alejada muere o si otras circunstancias surgieran y le biceran posible obtener tal registro».

contrayentes, según su tradición budista del lugar, suelen acudir a un templo para pedir la bendición de un monje budista o de un maestro espiritual.

El ceremonial varía mucho de una tradición budista a otra, pero es común que los monjes a los que se ha pedido su bendición previamente hayan elaborado e interpretado las cartas astrales de los novios, después los mismos monjes cantan una salmodia e invocan lo que se conoce como 'las tres Joyas' o 'los tres tesoros', esto es, los considerados como más preciados valores que existen el Budismo: el *Buda* o la posibilidad de la Iluminación, el *Dharma* o la enseñanza que lleva a la Iluminación y la *Sangha* o comunidad espiritual de Hombres y Mujeres que aspiran a Iluminarse. La invocación se realiza para que las tres Joyas bendigan y presidan el futuro de la unión. Posteriormente los contrayentes se colocan uno al lado del otro, en una postura de total respeto, conocida como «*wai*», para así recibir la bendición del monje budista. Normalmente se realiza después una ofrenda al Buda y a los monjes, que es correspondida por el maestro o monje que ha dirigido la ceremonia ungiendo a la pareja con agua sagrada, polen... etc.

Como podemos observar no existe un verdadero ritual matrimonial budista, aunque sí se podría llegar a estructurar en un futuro el reconocimiento a efectos civiles de un matrimonio en esta confesión si se acompañara a esta ceremonia de bendición de la pareja de un previo intercambio de consentimientos matrimoniales ante el monje o maestro espiritual (que ostentaría la condición legal de ministro de culto de esta religión) y, al menos dos testigos mayores de edad, tal y como exigen las formalidades hasta ahora prescritas para otorgar efectos civiles a los matrimonios de confesiones minoritarias en España.

3.d) *El matrimonio en la Iglesia Ortodoxa*

Dada la estructura autocefálica de las Iglesias Ortodoxas, en las que cada una de ellas se une inseparablemente a la tradición histórica de su propio país, la liturgia matrimonial no es completamente idéntica en todos los Patriarcados ortodoxos, muy influenciados por la cultura y tradiciones locales, aunque sí existe una estructura común dividida en tres partes principales y que se inician con el llamado «*oficio de esponsales*» en el que los futuros esposos se acercan a la puerta de la iglesia y son interrogados por el celebrante acerca de su deseo libre de unirse en matrimonio al que sigue el «*oficio de bodas*» durante el cual los contrayentes intercambian ante el sacerdote su consentimiento matrimonial. La ceremonia termina con el «*rito de coronación*» por el que el sacerdote pone una corona en la cabeza de cada esposo y la lectura de diversos textos bíblicos sobre el matrimonio y el canto del Kyrie.

La Iglesia Ortodoxa requiere también que el matrimonio que se va a celebrar canónicamente no contravenga ninguna ley estatal y pueda celebrarse según la legislación civil. Aunque un bautizado ortodoxo que haya contraído únicamente matrimonio civil y no lo haya bendecido por la Iglesia Ortodoxa, no se encuentra en buen estado con su Iglesia, por lo que no podría recibir los Sacramentos de la Iglesia, incluyendo la Santa Comunión, o ser padrino de un Matrimonio Ortodoxo, Bautismo o Crismación.

Todo ello nos lleva a pensar que no existirían grandes problemas al incluir los matrimonios ortodoxos en el procedimiento actualmente arbitrado para otorgar efectos civiles a los matrimonios minoritarios en España y celebrarlos ante el sacerdote ortodoxo, como ministro de culto de esta confesión, con la presencia obligatoria de dos testigos mayores de edad.

4. POLIGAMIA

Aunque asumimos con normalidad el concepto de «poligamia» como el de un varón unido en un matrimonio simultáneo con varias mujeres, esto es propiamente denominado «poliginia»; mientras que la unión simultánea de una mujer con varios esposos sería denominado «poliandria». Sin embargo usaremos en este análisis el término de «poligamia» en su acepción poligínica por ser, en la práctica, el caso casi único de pervivencia simultánea de varios vínculos matrimoniales.

4.a) *Consideración canónica de la poligamia*

El Catecismo de la Iglesia Católica, admite que la conciencia moral relativa a la unidad e indisolubilidad del matrimonio se desarrolló bajo la pedagogía de la Ley antigua y que *«la poligamia de los patriarcas y de los reyes no es todavía criticada de una manera explícita»*. (num. 1610), pero que se prohíbe en la actualidad, tal y como señala el 1645: *«La unidad del matrimonio aparece ampliamente confirmada por la igual dignidad personal que hay que reconocer a la mujer y el varón en el mutuo y pleno amor (GS 49,2). La poligamia es contraria a esta igual dignidad de uno y otro y al amor conyugal que es único y exclusivo»*. De hecho, el propio Catecismo incluye la poligamia dentro del desarrollo del sexto mandamiento y en la consideración de *«ofensa grave a la dignidad del matrimonio»*²⁸.

²⁸ Catecismo de la Iglesia Católica: Tercera parte *«La vida en Cristo»*, Segunda sección *«Los diez Mandamientos»*, Capítulo segundo *«Amarás a tu prójimo como a ti mismo»*, artículo 6 *«El sexto Mandamiento»*, 2387 y 2400.

En el mismo sentido, la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, de 22 de noviembre de 1981, analizaba explícitamente la poligamia y la señalaba como negación directa de «*la comunión conyugal y el designio de Dios tal como es revelado desde los orígenes, porque es contraria a la igual dignidad personal del hombre y de la mujer, que en el matrimonio se dan con un amor total y por lo mismo único y exclusivo. Así lo dice el Concilio Vaticano II: La unidad matrimonial confirmada por el Señor aparece de modo claro incluso por la igual dignidad personal del hombre y de la mujer, que debe ser reconocida en el mutuo y pleno amor (FC 19; cf GS 47, 2)*».

El Código de Derecho Canónico define el matrimonio canónico en el c.1055.1 como «*1.La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro señor a la dignidad de sacramento entre bautizados*», para, a continuación, en el c.1056, destacar la unidad como propiedad esencial del matrimonio canónico: «*Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento*».. Queda pues clara la proscripción de cualquier tipo de poligamia dentro del matrimonio canónico, que se ve reforzada cuando el c.1134 nos describe un «*vínculo exclusivo por su misma naturaleza*» entre de los cónyuges cristianos²⁹, y el c.1135 señala la igual obligación y derecho en lo conyugal para los esposos³⁰. Además, se regula el previo matrimonio como un impedimento en el c.1085, que regula el impedimento de ligamen o de vínculo³¹.

En la misma línea de rechazo, pero desde la óptica del polígamo que se convierte al Catolicismo, el c.1148 regula el llamado «Privilegio petrino»³², re-

29 CIC 83, can. 1134: «*Del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo perpetuo y exclusivo por su misma naturaleza; además, en el matrimonio cristiano los cónyuges son fortalecidos y quedan como consagrados por un sacramento peculiar para los deberes y la dignidad de su estado*».

30 CIC 83, can. 1135: «*Ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal*».

31 CIC 83, can. 1085: «*1. Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado*».

2. *Aún cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no es por eso lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente*».

32 CIC 83, can. 1148: «*1. Al recibir el bautismo en la Iglesia católica un no bautizado que tenga simultáneamente varias mujeres tampoco bautizadas, si le resulta duro permanecer con la primera de ellas, puede quedarse con una de las otras, apartando de sí a las demás. Lo mismo vale para la mujer no bautizada que tenga simultáneamente varios maridos no bautizados*».

2. *En los casos que se trata en el 1, el matrimonio se ha de contraer según la forma legítima, una vez recibido el bautismo, observando también, si es el caso, las prescripciones sobre los matrimonios mixtos y las demás disposiciones del derecho*.

3. *Teniendo en cuenta la condición moral, social y económica de los lugares y de las personas, el Ordinario del lugar ha de cuidar de que, según las normas de la justicia, de la caridad cristiana y de la*

cogiendo lo prescrito en el Catecismo de la Iglesia Católica, 2387, en el sentido de que cualquier cristiano que haya sido previamente polígamo está gravemente obligado en justicia a cumplir los deberes contraídos respecto a sus antiguas mujeres y sus hijos.

Ya en su relación con el Derecho civil español, la peculiar estructura del sistema de reconocimiento a efectos civiles del matrimonio canónico, en la que no se requiere ninguna notificación, ni certificación previa del Registro Civil previa a la celebración del matrimonio canónico, realizándose tal notificación al Registro *ex post*, una vez ya se ha contraído. Sin embargo el matrimonio canónico tendrá efectos civiles desde su celebración (artículos 60 y 61 Cc). Por todo ello podemos encontrarnos con casos en los que se celebra un matrimonio canónico, que, por tanto produce efectos civiles, pero que no se inscribe en el Registro civil, con lo que el Estado desconoce tal matrimonio al que, sin embargo, otorga validez. Pues bien hay casos en los que después uno de los cónyuges contrae matrimonio civil ya que al registro no le consta su primer matrimonio y nos encontramos ante un caso de bigamia civil³³. Canónicamente no plantearía problemas al existir la obligación de doble anotación del matrimonio canónico en el registro matrimonial³⁴ y en los registros de bautismos de los cónyuges³⁵. Si se intentara un nuevo matrimonio canónico, uno de los documentos que ineludiblemente se le van a solicitar a los futuros contrayentes es la partida de bautismo donde constará ya el primer matrimonio y por lo tanto la evidencia de estar ante un impedimento de vínculo del c. 1085.

4.b) *La poligamia en otras confesiones*

- La poligamia es también rechazada por el Protestantismo y ninguna de las Iglesias incluidas en la FEREDÉ ampara o admite este tipo de comportamientos, adhiriéndose al principio de que una de las más esenciales características del matrimonio cristiano es su unidad.

equidad natural, se provea suficientemente a las necesidades de la primera mujer y de las demás que hayan sido apartadas».

³³ Tal y como se analiza en la sentencia núm. 738/2003, de 26 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

³⁴ CIC 83, can. 1121.1: «Después de celebrarse el matrimonio, el párroco del lugar donde se celebró o quien hace sus veces, aunque ninguno de ellos hubiera asistido al matrimonio, debe anotar cuanto antes en el registro matrimonial los nombres de los cónyuges, del asistente y de los testigos, y el lugar y día de la celebración, según el modo prescrito por la Conferencia Episcopal o por el Obispo diocesano».

³⁵ CIC 83, can. 1122: «1. El matrimonio ha de anotarse también en los registros de bautismos en los que está inscrito el bautismo de los cónyuges.

2. Si un cónyuge no ha contraído matrimonio en la parroquia en la que fue bautizado, el párroco del lugar en el que se celebró debe enviar cuanto antes notificación del matrimonio contraído al párroco del lugar donde se administró el bautismo».

- Aunque actualmente se encuentra prohibida en el Estado de Israel y se rechaza en el judaísmo moderno, ante la ausencia de una prohibición expresa en la *Torah*, la poligamia (entendida como poliginia) se practicó entre algunos judíos (siempre que la ley del lugar donde residían no se lo prohibiera) en el período talmúdico y hasta, aproximadamente, el siglo X, permitiéndose a partir de entonces sólo si el hombre disponía de suficientes medios económicos para mantener a sus esposas y a condición de que debía conceder el divorcio a la primera esposa si ésta así se lo pedía. En el siglo X, a partir de un decreto religioso o *Herem* el rabino Gershom Ben Yehudá (965-1028), llamado «luz de la diáspora», el marido sólo podía contraer posteriores nupcias si así lo permitía expresamente el contrato matrimonial (*ketubah*), lo cual limitó mucho esta práctica, hasta que, finalmente, en el siglo XVIII se impuso formalmente la monogamia entre los judíos de ascendencia ashkenazi (centroeuropeos)³⁶, y fue introduciéndose con lentitud en el mundo sefardita (ibéricos) aunque algunas comunidades judías orientales (la de Yemen y la de Irán, por ejemplo) aceptaron con más dificultad este decreto, y amparados en las costumbres orientales, continuaron desposándose con más de una mujer al mismo tiempo³⁷.
- El matrimonio plural de los Mormones fundamentalistas: Esta práctica de la poligamia fue, en un principio, declarada públicamente válida por una conferencia especial de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, celebrada en Salt Lake City el 28 de agosto de 1852, por su profeta Joseph Smith, aunque ya se había practicado de forma privada desde 1830 y desde que las comunidades mormonas llegaron al territorio de Utah.
- El 8 de julio de 1862 la ley federal denominada *Morrill Act*, prohibió la poligamia en los territorios de los EE.UU., prohibición que sería reforzada con otra Ley posterior el 22 de marzo de 1882: la *Edmunds Anti-Polygamy Law*, que reforzaba la ilegalidad de esta práctica tras la sentencia del caso *United States v. Reynolds* (1878) en el que el Tribunal Supremo confirmaba la condena por un delito de poligamia a un ciudadano mormón, en base a que la práctica de la poligamia no po-

36 M. A. Félix Ballesta, «El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias», in: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* XVI, 2000, 152-53.

37 De hecho parecen existir pequeñas comunidades marginales donde se pueden dar algunos casos como el de los denominados «Hebreos Negros»: una pequeña comunidad afroamericana que llegó a Dimona (al sur de Israel) en 1969 procedentes de Chicago (EE.UU.) y que se autoconsideran judíos descendientes de una de las 10 tribus perdidas, tras la diáspora. El matrimonio polígamo fue autorizado por el Consejo Espiritual de esta comunidad cuando llegaron a Israel. Hasta los años 80, este cambio fue causa de graves problemas familiares que acabaron en divorcios y huidas de mujeres.

día justificarse en el cumplimiento de ciertas creencias religiosas y que su prohibición no violaba la cláusula constitucional de libertad religiosa, al estar las creencias religiosas del individuo supeditadas al cumplimiento de la legalidad del país³⁸. La última Ley federal contra la poligamia fue emitida por el Congreso de los EE.UU. el 3 de marzo de 1887: la *Edmunds-Tucker Act*. Todo este esfuerzo legislativo federal y la necesidad de aceptar esta legislación para ser admitido como nuevo Estado dentro de la Unión, pesaron grandemente en el ánimo de los mormones, hasta que el 24 de septiembre de 1890, el Presidente de los mormones Woodruff, emitió el «Manifiesto», un documento oficial de la Iglesia mormona anunciando que esta Iglesia no sancionaría más matrimonios plurales para cumplir la legislación norteamericana. Este «Manifiesto» fue aceptado unánimemente en la Conferencia General de la Iglesia de los Santos de los Últimos Días el 6 de octubre del mismo año. Finalmente, el 4 de enero de 1896, Utah fue admitido en la Unión como Estado de pleno derecho y el art. 3 de su Constitución establece que: «*Ningún habitante de este Estado podrá ser molestado en su persona o propiedades en cuanto a su modo de ejercer su culto; pero el matrimonio poligámico o plural está prohibido para siempre*».

- El 6 de abril de 1904, se establece la pena de excomunión de esta Iglesia a todos aquellos que cometieran poligamia, pero en 1906 una parte de la Iglesia mormona desafía esta prohibición y comienza a contraer matrimonios plurales al considerarlos ligados a la esencia primigenia del mormonismo, lo cual se considera una de las raíces del movimiento fundamentalista mormón. Esta escisión mantiene aún hoy grupos que fundan colonias polígamas en el oeste de los EE.UU. (Utah, Idaho y Arizona, principalmente) y rincones remotos de Canadá y Méjico y están oficialmente excomulgados por la Iglesia mormona.
- En España el reconocimiento de «notorio arraigo» por parte de la Dirección General de Relaciones con las Confesiones, del Ministerio de Justicia se realiza a favor de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, que oficialmente rechaza y excomulga a sus miembros polígamos, por lo que, si en el medio plazo, se opta por otorgar efectos civiles al matrimonio oficiado según este rito, no cabría ningún problema al ser un matrimonio monógamo. No hay constancia de la presencia de mormones polígamos en España, pertenecientes a algu-

38 «*To permit [plural marriage] would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and in effect to permit every citizen to become a law unto himself.* . [98 U.S. 145, 166-67 (1878)].

na de las ramas fundamentalistas de esta religión, pero su situación matrimonial polígama en nuestro país sería claramente ilegal y delictiva.

- La poligamia musulmana: El matrimonio islámico (*yehir*) se encuentra regulado esencialmente en el Corán, aunque también tiene normas recogidas en la Sunna y en los usos tradicionales de cada zona. El Corán permite expresamente la poligamia, en la que el varón puede contraer legítimamente hasta cuatro esposas, siempre que pueda mantenerlas a todas ellas y las trate con equidad, sin favorecer a ninguna de ellas: «*Si teméis no ser equitativos respecto de los huérfanos, casaos entre las mujeres que os gusten, con dos, tres o cuatro de ellas. Si teméis no ser equitativos, casaos con una o con una esclava*». (Corán, 4,3).

Sin embargo a la mujer musulmana se le impone la monogamia, dado que se le considera sometida al esposo³⁹ aunque la esposa puede prevenir esta situación de poligamia incluyendo en su contrato matrimonial la prohibición de que su marido se vuelva a casar sin previamente haberla repudiado y compensado económicamente por el perjuicio que le pudiera ocasionar.

Dentro de los derechos de la esposa musulmana, se encuentra la *nafaka*, esto es su derecho a ser mantenida económicamente por su marido, lo cual es una obligación del marido hacia todas y cada una de sus esposas para intentar tratarlas con equidad, sin hacer distinciones ni en el plano económico ni en el afectivo⁴⁰. Así pues, el hombre que tiene varias esposas debe intentar la concordia entre todas ellas y no debe dejarse arrastrar de su amor por una hasta el punto de desatender a las demás; y son estos motivos económicos los principales frenos a la generalización de la poligamia en el mundo musulmán, además de las reticencias expresadas por las propias mujeres a compartir su marido.

A pesar de todo, la aceptación de la poligamia no es unánime en los Estados musulmanes ya que en Túnez, el artículo 18 del Código del Estatuto Personal (CSP), promulgado el 13 de agosto de 1956, tras la independencia del país, prohíbe la poligamia y la condena con un año de prisión. También en Turquía, donde tras la derrota en la I Guerra Mundial (1918) y la revolución lai-

39 Corán 4,38: «*Los hombres son superiores a las mujeres, a causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado a éstos por encima de aquéllas y porque los hombres emplean sus bienes en dotar a las mujeres. Las mujeres virtuosas son obedientes y sumisas: conservan cuidadosamente, durante la ausencia de sus maridos, lo que Dios ha ordenado que conserven intacto. Reprenderéis a aquella cuya desobediencia temáis; las relegaréis en lechos aparte, las azotareis; pero tan pronto como ellas os obedezcan, no busqueis procedimiento para maltratarlas. Dios es elevado y grande*».

40 Corán 4, 3: «*Si teméis no ser equitativos...*» y 4, 128: «*No podréis ser equitativos con vuestras mujeres aunque queráis. No os inclinéis por completo hacia la favorita y las abandonéis a las demás en suspenso. Si estableceis la concordia y sois piadosos, Dios lo tendrá en cuenta, pues Dios es indulgente y misericordioso*».

cista de Atatürk, se adoptó en el país el Código civil suizo, por lo que, en correspondencia a los artículos 113 y ss. del Código civil suizo, se eliminaron las antiguas costumbres que permitían la poligamia, al establecerse la monogamia y reconocerse únicamente la validez del matrimonio civil, quedando después a la voluntad de los cónyuges el contraer o no un matrimonio religioso, pero con prohibición para el ministro del culto de celebrarlo si no se presenta un certificado que acredite la realización del matrimonio civil (artículos 105 y ss. del Código civil turco), e incluso con sanciones penales (artículo 237 del Código penal turco), para las parejas que celebren las ceremonias religiosas sin haber cumplido previamente con las formalidades del matrimonio civil.

Otros países musulmanes, como Marruecos y Argelia, aunque aún aceptan hoy en día la poligamia, han adoptado severas medidas legislativas para dificultarla. Así, Argelia introdujo ciertas modificaciones en el Código de Familia a través de la Ley nº 84-11L de 9 de junio de 1984, como la sumisión de la poligamia al consentimiento previo de la esposa y de la futura esposa, así como la autorización del presidente de un Tribunal, que deberá verificar el consentimiento así como los motivos y la aptitud del esposo para asegurar la equidad y las condiciones necesarias para la vida conyugal, ya que la poligamia en Argelia es una poligamia «con causa» y sólo es posible por la existencia de un motivo justificado, tal como la esterilidad o una enfermedad grave de la primera esposa.

Por su parte, Marruecos reformó el Código de Familia (*Al-Mudawwana*) el 10 de octubre de 2003, por la que también se contempla la posibilidad de someter a la previa autorización del juez el que el marido pueda contraer matrimonio polígamo y se imponen condiciones legales que la dificultan. También se reconoce el derecho de la mujer a establecer condiciones en su contrato matrimonial que prevengan la poligamia (artículos 30 y 31).

En Senegal, otro de los países tradicionalmente emisor de inmigrantes hacia España, también se permite la poligamia al varón musulmán, pero antes de contraerse el primer matrimonio, éste debe realizar una opción entre la monogamia o poligamia en presencia de su prometida y ante una autoridad estatal que levanta acta pública de su opción.

En España, según asegura Mansur Escudero⁴¹, Presidente de Junta Islámica y Secretario General de la Comisión Islámica de España, durante la negociación previa a la firma del Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Islámica de España y el Estado, en 1992, se discutió el artículo referente a la regulación del matrimonio islámico y la posibilidad de legalizar el matrimonio polígami-

⁴¹ Declaraciones públicas realizadas en una entrevista concedida a WebIslam, el 4 de febrero de 2005.

co. Sin embargo, la parte estatal, representada por D. Dionisio Llamazares, entonces Director General de Asuntos Religiosos (siendo entonces ministro de Justicia, D. Tomás de la Quadra Salcedo), se negó en rotundo a entrar siquiera en su consideración, calificándolo, en palabras suyas un tema «tabú» y que la poligamia sería regulada «*cuando hubiera un clamor social y situaciones de hecho y cuando la sociedad estuviera preparada para asumirla*». Sin embargo, el Sr. Escudero observaba ya «*cambios importantes en la sociedad española. Muestra de ello es la intención del Gobierno de legalizar el matrimonio de los homosexuales. (...) No parece muy congruente, desde el punto de vista jurídico o de la moral pública, mantener ilegal la poligamia en una sociedad que tolera la prostitución y las amantes, y que hace legal el matrimonio entre homosexuales*». Así pues, se aprovechaba la reforma del Código Civil realizada en junio de 2005 para permitir el matrimonio civil a homosexuales (entre otras reformas), para presionar al Gobierno para que se regulara la «opción matrimonial» de la poligamia.

Posteriormente, varios líderes musulmanes españoles opinaron públicamente sobre la cuestión y, por ejemplo, el presidente de la Junta Islámica de Cataluña, Abdennur Prado, confirmaba la existencia de matrimonios polígamos en Cataluña, en los que sólo se inscribe el primer matrimonio en el Registro Civil y no los posteriores. Según declaró «*No son tantos, porque la poligamia en el Islam es minoritaria, ya que el 95% de los musulmanes son monógamos*»⁴². Sin embargo, el presidente de la Unión de Comunidades Islámicas, Riay Tatory, afirma que «*la poligamia en España ya no existe desde que entró en vigor la Ley de Extranjería en 2001 que permite la reagrupación familiar de forma organizada. Antes de la ley, los trabajadores musulmanes no podían traerse a sus mujeres y tampoco podían tener relaciones sexuales fuera del matrimonio porque es un pecado en el Islam. Por eso, se casaban en segundas nupcias con mujeres residentes aquí, sobre todo viudas y divorciadas*». Tatory únicamente reconocía que algún caso se ha dado recientemente entre musulmanes conversos. El portavoz de la mezquita de la M-30 de Madrid, Mohamed El Afifi, aseguraba que «*los musulmanes están dentro de la legalidad de este país*», negaba la existencia de estos matrimonios en España e insistía en que para casarse en la mezquita madrileña se exige un certificado de soltería a ambas partes.

4.c) Consideración legal de la poligamia en España

Según el artículo 7.1 de la Ley 26/1992: «*Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica,*

⁴² ABC, Sociedad 19-5-2008. En el año 2010 parecía confirmarse la existencia de estos matrimonios, al menos en Cataluña, ya que el imán de la principal mezquita de Lérida era denunciado por una de sus «esposas» por poligamia y malos tratos (Libertad Digital, Sociedad, 12-3-2010).

desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil». Como vemos se atribuyen efectos civiles a los matrimonios musulmanes pero condicionados a que los contrayentes sean hábiles a la luz del ordenamiento del Estado, que en el artículo 46.2 del Código Civil asevera que «No pueden contraer matrimonio: 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial». a mayor abundamiento, el artículo 73.2 del mismo Código señala que «Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 2º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48» y los supuestos de dispensa del artículo 48 únicamente se refieren al impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior, del grado tercero ente colaterales y de edad a partir de los 14 años.

Otras disposiciones del Código Civil también chocan frontalmente contra la aprobación del matrimonio poligámico, pues el artículo 66 se refiere a la igualdad de los cónyuges «en derechos y deberes» y el artículo 68 les obliga a guardarse fidelidad mutuamente; preceptos que serían todos ellos conculcados de realizarse un matrimonio poligámico.

Respecto a la imposibilidad de convalidar en España un matrimonio poligámico contraído válidamente en el extranjero (básicamente en un país de mayoría musulmana, a excepción de Túnez y Turquía), se refiere el artículo 12.3 del Código Civil que preceptúa cómo en nuestro país «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». y es evidente que estos matrimonios son contrarios al orden público español ya que incluso están contemplados como delito en el artículo 217 del Código Penal: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año». Que se completa con el artículo 219: «El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años».

Además, la Dirección General de Registros y del Notariado, se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de rechazar la inscripción de un matrimonio poligámico en nuestro país⁴³ señalando en todas sus Resoluciones al respecto que aunque un contrayente extranjero, según su estatuto personal, puede ser libre según su derecho nacional para contraer otro matrimonio subsistiendo un primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras

43 Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de fechas: 11 de mayo de 1994; de 27 de octubre de 1992; de 3 de diciembre de 1996, de 14 de mayo de 2001... etc.

normas de conflicto, ha de ser excluida en virtud de la excepción de orden público internacional del artículo 12.3 del Código civil, ya que no se puede admitir la inscripción de un matrimonio polígamo en España sin atentar contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la persona (en este caso de la mujer).

Varias sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y relativas todas ellas a la obtención de la nacionalidad española por parte de personas que están casadas poligámicamente⁴⁴, reiteran cómo, a la hora de adquirir la nacionalidad española, el solicitante, además de cumplir con unos requisitos objetivos de tiempo mínimo de residencia legal en España, también debe justificar ante el juez del Registro Civil su buena conducta cívica (careciendo, por ejemplo de antecedentes penales) y «*un suficiente grado de integración en la sociedad española*» (artículo 22.4 del Código Civil); pues bien, esta integración social se expresa en cuestiones como el buen conocimiento del idioma español, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar.

En estas sentencias se rechaza la concesión de la nacionalidad española a personas casadas en regímenes matrimoniales polígamos al suponer la evidencia de un insuficiente grado de integración en la sociedad española, ya que «*en nuestro país, la configuración legal del matrimonio y de mayoritario implante sociológico, es la monógama y el hecho de mantener diversas esposas (poliginia) o varios maridos (poliandria) de modo simultáneo, es un dato relevante a la hora de determinar el grado de adaptación e integración a la sociedad española y sin que con ello se pueda entender realizada ninguna consideración negativa sobre los preceptos morales y religiosos que admiten esta costumbre en otros ámbitos geográficos y culturales, por lo que no se puede considerar que exista factor de discriminación alguno al denegar la nacionalidad a personas que ponen en práctica esta forma plural de relación marital, sino que al valorar este elemento, se está realizando una simple toma en consideración de un requisito legal como es el de la adaptación a las costumbres españolas como muestra de la integración que exige el artículo 22.4 del Código Civil y cuya aceptación y mantenimiento, dentro o fuera de nuestras fronteras, por alguien que pretende tener una especial vinculación con España por vía de la nacionalidad, repugna a nuestro estándar convivencial*»⁴⁵.

Así, la sentencia de 10 de junio de 2008 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estima un recurso inter-

⁴⁴ Como por ejemplo las de fecha: 11 de junio de 2002, 27 de enero de 2005, 11 de marzo de 2008, 10 de junio de 2008, 7 de abril de 2009, 4 de junio de 2009, 17 de diciembre de 2009...etc.

⁴⁵ Fundamento Jurídico 3 de la sentencia de 17 de diciembre de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

puesto por una senegalesa a la que se le había denegado la nacionalidad española al haberse casado en su país de origen según una normativa que, formalmente, permitía a su marido la poligamia, lo que, presumiblemente, demostraba su falta de integración en nuestro país, según la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En esta sentencia, la Audiencia Nacional anula dicha resolución denegatoria ya que considera a la solicitante totalmente integrada en nuestra sociedad, además de que se ha manifestado en contra de la poligamia, de hecho ha forzado a su marido a mantenerse monógamo, aunque formalmente éste podía haberse casado más veces según el régimen matrimonial polígamo que ella formalmente aceptó al tiempo de contraer matrimonio en su país de origen, muy probablemente, como señala la sentencia, «condicionada por presiones familiares, religiosas o sociales», pero que, una vez trasladada a España ha consolidado efectivamente un matrimonio en régimen de monogamia y ha rechazado la poligamia.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 26 de febrero de 2010, reafirma una consolidada jurisprudencia a este respecto⁴⁶: «*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español [...] Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello, sencillamente, porque la poligamia presupone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP)*». (FJ 4).

4.d) Reconocimiento de derechos sociales a matrimonios polígamos en España

Sin embargo no todas las puertas están tan claramente cerradas a la concesión de efectos legales a los matrimonios polígamos en España, de hecho existe un cierto reconocimiento de algunos derechos sociales en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre⁴⁷ y en Sentencias de las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia de CC.AA. sobre pensiones de viudedad⁴⁸.

⁴⁶ En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009.

⁴⁷ BOE núm. 307, de 23 de diciembre.

⁴⁸ Existió también el caso anecdótico de la Ley de 19 de abril de 1961, sobre el régimen jurídico en la Provincia de Sahara, que ha sido el único texto legal que ha reconocido eficacia civil plena en

— Reagrupamiento familiar: la Ley Orgánica 4 /2000, reconoce en su artículo 16.2, el derecho a la intimidad y al reagrupamiento, señalándose en el artículo 17.1.a) entre los familiares reagrupables a *«El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes»*. En estos casos de reagrupación de cónyuge, el solicitante-reagrupante deberá realizar una declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge⁴⁹. Este sistema no deje de ser una incongruencia con el resto del sistema matrimonial español, dado que se debiera de haber permitido el reagrupamiento familiar únicamente al cónyuge del primer matrimonio, que es el válido en España, y no dejar al libre arbitrio del esposo polígamo a cual de sus esposas reagrupa.

Respecto de los hijos del reagrupante y del cónyuge, señala el artículo 17.1.b) que son siempre reagrupables, incluidos los adoptados, y siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requiere además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. Los hijos también pueden, a su vez, tener una autorización de residencia temporal independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar, o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante 5 años⁵⁰. Además, estas reagrupaciones tienen un efecto multiplicador, ya que, el artículo art. 17.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000, permite a los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, el que,

territorio español a los matrimonios polígamos, ya que establecía que se respetaba el estatuto personal islámico de los naturales de los territorios de Ifni y del Sáhara español, admitiéndose así sus matrimonios polígamos, mientras se prohibían a los naturales de la metrópoli.

⁴⁹ Vid. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005), que en su art. 42.2.f), regula el procedimiento para la reagrupación familiar.

⁵⁰ Vid. art.41.4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

a su vez, puedan ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo propias.

Si el residente extranjero reagrupa a su cónyuge y después, estando ya en España, rompe ese vínculo matrimonial, su ex-cónyuge conservaría el permiso de residencia en España siempre y cuando hubieran tenido un tiempo previo de convivencia acreditado de dos años en nuestro país⁵¹.

- Pensiones de viudedad: es este otro de los campos en los que la poligamia ha recibido un reconocimiento y un parcial efecto legal en España en lo que respecta al reconocimiento de pensiones de viudedad a favor de varias esposas polígamas de un mismo causante. Bien es cierto que en ningún caso se ha reconocido el 100% de la cuantía de la pensión de viudedad para cada una de las esposas de un matrimonio polígamo como debiera hacerse si se reconociera la validez en España de este tipo de matrimonios, pues esto equivaldría a reconocer «*in integrum*» su status de «viuda». No prevista ni considerada legalmente viable la generación de una pensión de viudedad íntegra y propia para cada cónyuge superstite, no hay un tratamiento unívoco por parte de la jurisprudencia española respecto a la proporción o porcentaje en el que se reparte entre las diversas esposas la cuantía de la pensión de viudedad, de hecho, hasta el día de hoy, los Tribunales Superiores de Justicia de nuestras CC.AA. han establecido tres criterios distintos para repartir la pensión del hombre polígamo: que la prestación se reparta entre las mujeres en proporción al tiempo que estuvieron casadas con el fallecido, que se divida a partes iguales entre todas las esposas y que se entregue por entero a la primera esposa del varón.

Así existe jurisprudencia que realiza a los casos de poligamia una aplicación analógica del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)^{52, 53}, para cuando ha mediado una separación judicial o

51 Vid. art.16.3 de la Ley Orgánica 4 /2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre y el art. 41.2.a) del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

52 Art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE núm. 154, de 29 de junio): «1. *Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, (...) el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización que reglamentariamente se determine.*

2. *En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.*

un divorcio del causante, reconoce que debe repartirse la cuantía de la pensión de viudedad en proporción al período de convivencia matrimonial del causante con cada una de las esposas. Así, siendo el tiempo de convivencia el que determina el reparto prestacional, se establece que la segunda esposa cobrará la cuantía correspondiente al 50% del período concurrente de convivencia matrimonial con el causante y la primera esposa el otro 50% correspondiente a ese período polígamo más el 100% del correspondiente al tiempo en el que fue la única esposa⁵⁴.

Una solución distinta la aporta la sentencia de 2 de abril de 2002, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que aunque reconoce que sería factible la aplicación de la proporcionalidad al tiempo de convivencia con el causante antes mencionada, adopta el criterio de distribución de la pensión a partes iguales entre todas las esposas.

Entre tal división de opiniones, no falta la jurisprudencia que, acertadamente en mi opinión, afirma que a los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la esposa que deriva del primer matrimonio, por lo que los posteriores matrimonios son nulos y aplicándose el principio de que «*quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*», reconoce el importe íntegro del 100% de la pensión de viudedad a la primera esposa y deniega cualquier derecho a cobrar a las posteriores cónyuges⁵⁵, a las que se califica erróneamente como «uniones de hecho», ya que todas las leyes autonómicas que regulan las uniones de hecho reconocen este status como incompatible con el de casada.

Cabe decir que, en todo caso, sí se reconocen íntegramente las pensiones de orfandad a todos los hijos resultantes de estos matrimonios en aplicación directa del artículo 39.2 de la Constitución que estable-

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

53 De acuerdo con la jurisprudencia que sobre determinación del porcentaje de pensión de viudedad del cónyuge viudo y del divorciado, establecieron en su día las sentencias de de Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999 y de 17 de julio de 2000.

54 Tal y como afirman las sentencias núm. 456/2002, de 29 de julio; núm. 738/2003, de 26 de diciembre y núm. 342/2005, de 31 de mayo, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

55 En este sentido: Sentencia núm. 5255/2003, de 30 de julio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y sentencia núm 1821/2005, de 6 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

ce que los poderes públicos asegurarán «*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*».

Queda por resolver una última cuestión: ¿qué sucedería si el esposo polígamo sobreviviera a sus cónyuges y éstas hubieran sido trabajadoras, cumpliendo todos los requisitos exigidos al causante por el artículo 174.1 LGSS para generar derecho a la pensión? ¿Tendría el esposo tantas pensiones como esposas fallecidas? Según lo dispuesto en el artículo 122 LGSS las pensiones serían incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario y «*en caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas*».

5. MATRIMONIO GITANO

Dado que es más que discutible su calificación como un «matrimonio» de carácter religioso o de base confesional, sino, más bien y en mi opinión, una unión de tipo tradicional o, en todo caso de raíz étnica; he planteado separadamente el estudio de las uniones o matrimonios gitanos y su posible reconocimiento de efectos civiles, cuestión especialmente interesante desde la publicación de la Sentencia de la Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Muñoz Díaz vs. España, de 8 de diciembre de 2009.

5.a) *Ceremonial del matrimonio gitano*

Según la tradición gitana, al realizarse un «matrimonio gitano» según los ritos tradicionales de esta etnia, los novios debieran mantenerse sexualmente puros hasta el momento del matrimonio, especialmente la mujer, pues el varón tiene libertad en este sentido, según su propia elección personal, dado que, en la cultura gitana tradicional, la pureza de una novia es una virtud tradicionalmente muy valorada; de tal modo que la pública demostración de la virginidad de la novia es el elemento esencial de este rito.

En este punto surge la figura de la conocida como «ajuntaora», que suele ser una mujer de edad con un status elevado dentro del clan gitano, que el día de la boda somete a la novia a una prueba de virginidad (La prueba del pañuelo o de las tres rosas), para lo cual la novia entra en una habitación acompañada de la «ajuntaora» y varias mujeres de ambas familias que actúan como testigos. La «ajuntaora» introduce un pañuelo blanco por la vagina de la novia hasta que rasga el himen. Si el pañuelo sale manchado de sangre (las tres rosas), significa que la novia es virgen y se puede casar. De lo contrario, si el pa-

ñuelo no sale manchado, la chica no es virgen y el ceremonial gitano no puede celebrarse. Cuando las mujeres salen de la habitación y exhiben el pañuelo manchado de sangre a los demás invitados, demostrando la legitimidad del matrimonio gitano, es el momento de la *alboreá*, un cante místico de gozo y alegría por la boda.

El aprecio por el mantenimiento de fuertes lazos familiares y la juventud de muchos de los contrayentes, hace que en estas uniones no sea extraña la presencia de impedimentos matrimoniales como el de edad o el de parentesco.

5.b) Consideración legal del matrimonio gitano en España

- Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano de 9 de junio de 2000, de las Cortes de Aragón⁵⁶: La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 9 de junio de 2000, calificó la Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en las Cortes aragonesas, para su remisión a la Mesa del Congreso de los Diputados tras su debate y votación en las Cortes de Aragón. Este ha sido el primer intento normativo en España para impulsar la concesión de efectos civiles al matrimonio gitano.

En la exposición de motivos de esta proposición se afirmaba que *«La constante aspiración a la progresiva integración social del pueblo gitano puede experimentar un buen avance con el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado según la forma o rito gitano, con todas las garantías que imponen las normas civiles españolas»*. Así como se señalaba que con esa ley se venía a saldar una *«deuda histórica»* con los miembros del pueblo gitano en España, y que el reconocimiento civil de la validez del matrimonio gitano, obviamente, se haría salvaguardando *«la normativa civil, sustantiva y registral, que regula el matrimonio en España como emanación de un ordenamiento al que el pueblo gitano está sujeto en igualdad con el resto de los españoles»* para lo cual se ideaba el siguiente sistema:

«Artículo 1.—Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta Ley y previa su inscripción en el Registro Civil correspondiente.»

⁵⁶ BOCA núm. 60, de 14 junio.

Art. 2.-1. Los gitanos que hayan contraído matrimonio conforme a su propio rito, podrán solicitar su reconocimiento mediante la inscripción en el Registro Civil del lugar de su celebración, que habrán de promover en un plazo no superior a los tres meses siguientes a la misma.

2. Para ello, presentarán una declaración firmada por ambos contrayentes, la Adjuntadora y los dos testigos o padrinos ante quienes se haya prestado el consentimiento, en la que todos ellos, y bajo pena de falsedad en documento público, harán constar el hecho de haberse celebrado el matrimonio conforme al rito gitano, con expresión del lugar y fecha del mismo.

3. Con dicho escrito se acompañarán los documentos acreditativos de la capacidad matrimonial de los contrayentes o, en su caso, solicitud de dispensa conforme a la vigente normativa civil en la materia.

art. 3.-1. Si el Juez Encargado del Registro Civil no advierte causa legal que limite la capacidad para contraer matrimonio de los solicitantes, en el plazo máximo de diez días dictará auto convalidando el matrimonio celebrado y procederá a su inmediata inscripción.

2. Si advierte la existencia de impedimento dispensable, en el mismo plazo de diez días practicará las pruebas que al respecto considere oportunas, y en otros diez días dictará auto motivado en el que confirme o deniegue la válida celebración del matrimonio. En el primer caso procederá a su inmediata inscripción en el Registro.

Disposición transitoria.-1. Los gitanos que hayan celebrado su matrimonio exclusivamente bajo rito gitano con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, podrán solicitar su reconocimiento civil e inscripción en el Registro Civil correspondiente presentado los documentos determinados en el artículo 2 de la Ley, en un plazo no superior a los dos años siguientes a la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado.

2. En caso de no poder recabar todas las firmas exigidas, las mismas podrán suplirse mediante acta notarial de notoriedad.

En noviembre de ese año, el Grupo Parlamentario Popular formuló enmiendas de supresión a todos los artículos de esta Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano. Mientras que el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), formuló varias enmiendas de modificación a los diversos artículos de la Proposición de Ley, entre las que se encontraba una referente a la sustitución de «*Los gitanos (...)*», por: «*Las personas (...)*», ya que «*Cualquier persona (sea o no gitana) tie-*

ne libertad para contraer matrimonio por este rito». Es curioso que, ante la dificultad de dictar una norma cuyo ámbito personal de aplicación es el de la pertenencia a una raza concreta, esto es, una ley que sería puramente racista, la proposición de ley, en un giro propio de la más exquisita corrección política, opta por la surrealista solución de hacer del rito gitano un segundo tipo de matrimonio civil abierto a cualquier ciudadano. También resulta llamativo que, a pesar de que el matrimonio gitano no es una unión de carácter religioso, sino étnica, se articula un sistema de reconocimiento civil de este matrimonio análogo al dispuesto actualmente para las confesiones religiosas minoritarias (evangélica, musulmana y judía), pero en el que es la llamada «*Adjuntadora*» quien realiza las labores reservadas al ministro de culto.

- La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007 y la negación de la discriminación por indiferenciación: En este caso se juzga el caso de María Luisa Muñoz Díaz, ciudadana española, que contrajo «matrimonio» según el rito gitano en el año 1971. Habiendo fallecido su marido y siendo madre de 6 hijos, solicita en 2001 una pensión de viudedad que le es denegada por Resolución de la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 9 de mayo de 2001, al no considerarla cónyuge del fallecido y la ausencia de cualquier imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con quien decía ser su marido antes de su fallecimiento. Cabe señalar que a pesar de todo y sorprendentemente, en 1983 el Registro Civil les había entregado un Libro de Familia en el que estaban inscritos la pareja y sus hijos; que en 1986 habían obtenido el título administrativo de familia numerosa, para el que se requería la condición de «cónyuge» y que la mujer figuraba como beneficiaria en la cartilla de la Seguridad Social de su compañero, aunque no está claro si en la casilla de parentesco figuraba como esposa o no.

María Luisa recurre esta decisión administrativa ante el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, que dicta sentencia el 30 de mayo de 2002, estimando su recurso en base al argumento de que no reconocer como legalmente válido el «matrimonio gitano» supone un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al art. 14 de la CE. Sin embargo, por sentencia de 7 de noviembre de 2002, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso del INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, negando la existencia de cualquier trato discriminatorio y reiterando que el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano no se encuentra entre los supuestos legales aceptados por la ley española para contraer matrimonio.

Finalmente María Luisa Muñoz recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional y en su demanda, la recurrente aduce, entre otros argumentos, que se ha vulnerado su derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminada por motivos de raza y condición social (art. 14 de la Constitución) en base a dos fundamentos:

Primero al equiparar su situación jurídica a la de una pareja de hecho, a pesar de estar «casada» por el rito gitano, reconocerse casada, con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación española.

En segundo término, que habiendo contraído matrimonio gitano en noviembre de 1971, no fue entonces libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad al no haberse regulado civilmente la validez del consentimiento matrimonial a través del rito gitano. De haber sido ambos católicos, en 1971, hubieran podido contraer matrimonio canónico sin ninguna objeción legal; aunque cabe destacar que también hubieran podido contraer matrimonio civil haciendo una previa declaración de acatolicidad.

Por último alega discriminación al no haberse hecho aplicación analógica a la de los matrimonios nulos que le hubiera permitido acceder a la prestación de viudedad.

El INSS solicitó la denegación del amparo al considerar que no se había cometido discriminación alguna al no reconocer validez al matrimonio celebrado por el rito gitano, en tanto su ineficacia se deriva del incumplimiento de la forma legal de celebración y no de la raza de los contrayentes, ni tampoco por no haberse equiparado su tratamiento a los matrimonios nulos, en tanto que no es un término idóneo de comparación.

El 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional dicta sentencia (que contó con un voto particular disidente) denegando el amparo solicitado en base a que «*La unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, por lo que no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado la prestación de viudedad a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente*» (FJ 4 *ab initio*).

La alegada «discriminación por indiferenciación» realizada al igualar el matrimonio gitano con las meras uniones *more uxorio* al considerar la recurrente que existían diferencias relevantes con ellas como la tradi-

ción y la base étnica, es rechazada por el Tribunal Constitucional, que reitera que *«resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la «discriminación por indiferenciación», al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2). Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos...[...] Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14CE»*. (FJ 4). Lo cual viene a ser la negación de la existencia del derecho al acceso a privilegios legales desproporcionados o que no obedezcan a una finalidad constitucional como incompatibles con la propia noción de igualdad en un sistema democrático.

Por otro lado el Tribunal reprocha a la recurrente el que en ningún momento formalizara su unión contrayendo matrimonio civil, dado que *«el Ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial sino que, incluso en los casos en los que ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana»*. (FJ 4). Por lo que no se acepta una supuesta discriminación étnica al no darse efectos civiles al matrimonio gitano y sí a algunas formas matrimoniales religiosas, ya que etnia y religión son cuestiones completamente diferentes *«Siendo evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas»*. (FJ 4).

Finalmente el Tribunal indica que el legislador pudiera en algún momento *«desarrollar una regulación legal, en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales»* (FJ 4 *in fine*). Esto puede darse siempre y cuando, tal y como asevera el Tribunal, se respetaran principios constitucionales en el rito gitano tales como obviar la demostración de la virginidad de la novia con un atentado a su intimidad y libertad sexual como es el rito de «las

3 rosas o pañuelo», que es contrario al principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona⁵⁷ y puede ser calificado como un trato degradante y atentatorio contra la integridad física y moral de la novia gitana⁵⁸ y claramente discriminatoria en razón de sexo⁵⁹.

5.c) *La Sentencia de la Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Muñoz Díaz vs. España, de 8 de diciembre de 2009*

El 29 de octubre de 2007, María Luisa Muñoz presentó una demanda contra el Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación del artículo 14 del Convenio⁶⁰ por conculcarse el principio de igualdad, en combinación con el art. 1 del Protocolo número 1 del Convenio⁶¹, que se invocó como pertinente en materia de prestaciones sociales, dado que se discutía un interés patrimonial como es el de la concesión de una prestación por viudedad. La Unión Romaní se personó también en este juicio como parte demandante.

Las bases de la demanda coincidían esencialmente con los argumentos ya expuestos ante el Tribunal Constitucional español, matizándose en la demanda que otros casos equivalentes sí habían recibido pensiones de viudedad y que «*ni su buena fe, ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana fueron tomadas en cuenta*» (FJ 51 *in fine*). Por lo que la cuestión a resolver se centra rápidamente en saber si la denegación de la prestación por viudedad refleja o no un trato discriminatorio basado en la pertenencia a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia españolas tratan situaciones análogas, estando los interesados convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido (FJ 54).

57 Art. 10.1 CE: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*»

58 Art. 15 CE: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*»

59 Art. 14 CE: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*»

60 Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el [...] Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*»

61 Art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional...*».

- En su sentencia, y en primer lugar, el Tribunal Europeo acaba por identificar a lo gitano no sólo como una etnia, sino como una religión: Al contrario de lo que había hecho nuestro Tribunal Constitucional separando nociones como religión y etnia, bien pronto comienza la sentencia del Tribunal Europeo a mezclar o confundir ambas cuestiones cuando señala que *«Para el Tribunal, conviene subrayar la importancia de las creencias que la demandante arrastra por su pertenencia a la comunidad gitana, etnia que posee sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española»*. (FJ 56). Para después acabar de identificar directamente a lo gitano con una creencia religiosa y equiparar al matrimonio gitano con un matrimonio religioso: *«El Tribunal considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico, en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano»*. (FJ 57). Esta confusión conceptual lleva al Tribunal a equiparar este caso con otro resuelto por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 199/2004, de 15 de noviembre⁶², en el que se analizaba el derecho a la pensión de viudedad derivado de un matrimonio canónico que no cumplía las condiciones formales previstas al no haber sido inscrito en el Registro Civil voluntariamente. En este caso el Tribunal sí reconoció el derecho del viudo a percibir la pensión de viudedad, pero es que el matrimonio canónico, aún el no inscrito, es válido desde su celebración (artículos 60 y 61 del Código Civil), por lo que la inscripción en el Registro Civil no es constitutiva del matrimonio. Instalado en esta confusión y dotando al matrimonio gitano de identidad religiosa, el Tribunal Europeo considera que existió en el caso del matrimonio gitano existió *«una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (art. 174 de la LGSS), o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 199/2004, de 15 de noviembre, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico»*. (FJ 65). En base a todo ello el Tribunal reconoce una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe. Confuso razonamiento donde pareciera incluso que el Tribunal mezcla la noción jurídica de buena fe con las creencias religiosas de la demandante.

⁶² BOE núm. 306, de 21 de diciembre.

Lo más sorprendente de todo es que la demandante en ningún momento menciona en su demanda una vulneración de sus creencias religiosas o de su libertad de conciencia y no invoca el artículo 9 del Convenio que protege la libertad religiosa y de culto. Es más, la propia demandante señala que el matrimonio gitano «*se trata de un consentimiento matrimonial ni civil ni religioso*» sino que lo caracteriza como una «*costumbre*» (FJ 76). La sentencia tampoco menciona tal artículo del Convenio, pero resuelve, en gran medida, identificando una cuestión de «*costumbre étnica*» como un caso de vulneración de creencias.

- El Tribunal no considera discriminatorio el sistema matrimonial español en lo que respecta a la regulación del matrimonio civil, al estar abierto a todos desde 1981 y no requerirse «*ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro*» (FJ 79). Una vez más el tribunal reincide en la confusión entre etnia y creencias, ya que en España nunca se ha pedido una declaración previa al matrimonio alusiva a la raza de los contrayentes, sino que se pedía una declaración de acatolicidad, esto es, una declaración sobre las creencias del individuo, no sobre su pertenencia a tal o cual raza o etnia.

Sin embargo, respecto a la supuesta discriminación del matrimonio gitano al no tener efectos civiles y sí tenerlos otros matrimonios por su naturaleza religiosa, el Tribunal «*constata que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable en el caso de la comunidad gitana*». (FJ 80). Muy cautelosamente, el Tribunal no llega a reconocer ni a pedir la eficacia civil general para todos los matrimonios gitanos y considera que el hecho de que las «*uniones gitanas*» no tengan efectos civiles no supone una discriminación ilegal considerando el artículo 14» (FJ 81).

- El Tribunal considera también desproporcionado que el Estado español les emitiera un Libro de Familia, les reconociera como familia numerosa y les proporcionara asistencia sanitaria como beneficiarios del compañero de María Luisa, pero que no les reconozca ahora a los efectos de percibir la pensión de viudedad después de haber cotizado casi 20 años (FJ 69), lo cual frustra sus legítimas expectativas patrimoniales y «*no tiene en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. A este respecto, el Tribunal recuerda que conforma al Convenio marco para la Protección de las Minorías Nacionales, los Estados parte de dicha Convención están obligados a tener en cuenta, debidamente, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales*». (FJ 64).

Esta sentencia cuenta con una opinión disidente del Juez Egbert Myjer claramente declara, respecto de sus compañeros de Tribunal, que con esta sentencia *«tengo la (incomoda) impresión de que han buscado llamar la atención de las autoridades españolas»* sobre esta problemática social de las pensiones de viudedad. Además expone que el art. 12 del Convenio garantiza el derecho a contraer matrimonio, pero dejando claramente las modalidades de ejercicio de este derecho a los Estados y, en consonancia con la sentencia del Tribunal Constitucional español, recrimina a la demandante el hecho de que hubiera podido contraer matrimonio civil en cualquier momento, incluso finaliza su voto particular preguntándose *«¿realmente se puede decir que «no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano»? No sabemos nada de la obediencia religiosa de la demandante, si es que la tenía. Además, el Convenio (y concretamente su artículo 9, que garantiza la libertad religiosa) no estaba todavía vigente en España en 1971. En cualquier caso, se trata de un obiter dictum muy audaz»*. Por fin se cita expresamente en el texto la libertad religiosa y el artículo 9 del Convenio, pero ¡al final de una opinión disidente!, cuando ha estado sobrevolando toda la sentencia sin ser mencionado nunca, pero sí ser considerado la causa primigenia de la buena fe de la demandante al creerse legítimamente casada.

Podemos concluir que se reconoce el derecho a la pensión de María Luisa en base a las actuaciones precedentes del Estado español que ya le había reconocido un cierto status conyugal al otorgarle diversos documentos administrativos (Libro de Familia, Título de Familia Numerosa, Cartilla de la Seguridad Social...) y al convencimiento de buena fe de la demandante de que su unión gitana implicaba todos los efectos propios de la institución matrimonial. Esto sumado a las obligaciones contraídas por España en el Convenio marco para la Protección de las Minorías Nacionales, hacen que el Tribunal reconozca la existencia de un trato discriminatorio y condenen al Reino de España. Pero en ningún caso esta sentencia supone un reconocimiento general de la eficacia civil del matrimonio gitano, sino un reconocimiento particular a una situación personal.

De todos modos, esta sentencia, de facto, ya no resolvía nada pues ya se le había concedido a María Luisa Muñoz una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que «pareja de hecho» de su difunto compañero, en aplicación de la Disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre medidas relativas a la Seguridad So-

cial⁶³, por la que se modificó el artículo 174 de la Ley General de Seguridad Social, y que reformó el régimen de las pensiones de viudedad⁶⁴.

El Gobierno español declinó recurrir esta sentencia ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos quizá por motivos de oportunidad política, ya que se hizo pública unos días antes del inicio del semestre español de Presidencia de la Unión Europea (enero-junio de 2010), en el que nuestro país presentaba entre sus objetivos el de favorecer la integración de la población gitana y la celebración de la II Cumbre Europea sobre la Población Gitana, que se celebró en Córdoba en abril de ese año.

En contra de lo que se afirmó días después de publicada la sentencia, por parte de la prensa y de algunas asociaciones gitanas, esta sentencia no reconoce la eficacia civil del «matrimonio gitano»; precisamente lo que sostiene es que la no atribución de efectos civiles a esa unión no es contraria ni al artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a casarse) ni al 14 (prohibición de discriminación) y no supone más que la aplicación del principio de no discriminación a un caso particular que reviste unas circuns-

63 BOE núm. 291, de 5 de diciembre.

64 El nuevo artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por el que se establecían los requisitos para que las parejas de hecho pudieran recibir una pensión de viudedad, quedó así redactado:

«3. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por 100 en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

tancias extraordinarias, pero en modo alguno implica que todas las personas que hayan celebrado un «matrimonio gitano» deban ser consideradas a todos los efectos como una unión con las mismas consecuencias legales que las formas de matrimonio dotadas de efectos civiles.

CONCLUSIONES

Concesión de efectos civiles a nuevos ritos matrimoniales confesionales

El sistema civil español de reconocimiento de efectos civiles de matrimonios celebrados en forma religiosa permanece inalterado desde la firma de los Acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones musulmana, judía y evangélica en 1992. Sin embargo, es previsible que, quizás en un medio plazo, las nuevas confesiones religiosas con «notorio arraigo» reconocido con el Estado (Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos Cristianos de Jehová, Federación de Comunidades Budista de España y la Iglesia Ortodoxa de España), puedan llegar a firmar sendos Acuerdos de cooperación en los que se reconocieran efectos civiles a sus ritos matrimoniales.

Si tal reconocimiento de efectos civiles llegara a producirse, se basaría en la forma y esencia religiosa de tales ritos matrimoniales y estarían amparados como expresión de la libertad religiosa y de culto y del principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas más socialmente significativas, principios reconocidos en el artículo 16 de la Constitución y limitados por el orden público, esto es, por el sometimiento al imperio de la ley, y más concretamente al sistema legal articulado en el Código Civil, que es donde, principalmente, se regula el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta, además, que las principales cuestiones que tienen que ver con el matrimonio se consideran cuestiones de orden público: el artículo 32.2 de la Constitución señala entre ellas «*las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges ...*», por lo que se encuentran fuera de la disponibilidad de las partes y son reguladas por la Ley estatal⁶⁵.

La futura inclusión de estos nuevos matrimonios en forma religiosa en nuestro sistema matrimonial no parecería exigir nuevas reformas significativas de la legislación civil y se les podría encuadrar en el sistema ya existente de reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios judíos, musulmanes y evangélicos y que se estructura en tres momentos fundamentales como son:

65 J. A. Rodríguez García, «Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer», in: *Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, San Sebastián 2000, 752; M. L. Labaca Zabalá, «El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el derecho español», in: *Revista Jurídica de Castilla y León* 18, 2009, 325.

- Las formalidades previas ante el Registro Civil para obtener una Certificación de Capacidad Matrimonial de los contrayentes.
- La celebración del rito matrimonial religioso, respetando siempre lo dispuesto sobre consentimiento matrimonial en la norma civil.
- La inscripción del matrimonio en el Registro Civil si se han cumplido todas las prescripciones legales.

Únicamente, desde el punto de vista interno-religioso, algunas confesiones como los Testigos Cristianos de Jehová y los budistas debieran articular ceremonias matrimoniales que incluyeran un legítimo intercambio de consentimientos matrimoniales entre los contrayentes. Y, desde un punto de vista civil, debiera establecerse claramente en sus Acuerdos de cooperación con el Estado la definición de quienes son los ministros de culto en estas confesiones (quizá los «ancianos» en el caso de los Testigos Cristianos de Jehová y los «monjes» en el caso de los budistas) que dirigirían el rito matrimonial, ante los cuales se realizaría el intercambio de consentimientos, que lo certificarían legalmente y que, eventualmente, pudieran también promover la inscripción de ese matrimonio en el Registro Civil.

Poligamia

- No puede ampararse la poligamia en el respeto a la libertad religiosa por no ser esta libertad algo absoluto, sino, como todos los derechos fundamentales, también sujeto a ciertos límites:

Cabe recordar que si bien el artículo 16 de nuestra Constitución reconoce y ampara la libertad religiosa del individuo, también impone como única limitación al «*mantenimiento del orden público protegido por la ley*». Es más, en su desarrollo posterior a través de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, se desarrolla este límite en su art. 3.1: «*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*».

Y es que la libertad religiosa está limitada por el orden público y las leyes en sus manifestaciones externas, tal y como ordena el artículo 16.1 de la Constitución y como también señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo⁶⁶, cuando establece que el contenido del derecho de libertad religiosa de cada ciudadano tiene una

⁶⁶ BOE núm. 156, de 30 de junio.

doble dimensión subjetiva que se desdobra en un aspecto interno (dimensión subjetiva en su perfil interno) que se garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias personales, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, y que es personal e inviolable. Sin embargo, cuando se abandona la esfera de las creencias personales y se efectúan actos externos en base a esas creencias (dimensión subjetiva en su perfil externo), señala el Tribunal que, en lo que se refiere a estas manifestaciones externas y al poder tener repercusiones sobre terceros, la libertad religiosa está limitada por el concepto de orden público. También señala el Tribunal Constitucional, clara y reiteradamente, que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución, es un componente esencial del orden público⁶⁷.

No me cabe la menor duda de que la autorización del matrimonio poligámico en España conculcaría gravemente varios principios constitucionales esenciales tales como el principio de igualdad del hombre y la mujer (artículo 14 de la Constitución española), por lo que también atentaría contra el principio de dignidad constitucional de la persona (artículo 10 de la Constitución española), en este caso, de la mujer. También resultaría contrario al principio de igualdad y derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (artículo 32.1 de la Constitución española), e incluso al propio principio de libertad religiosa y de conciencia, al vulnerarse su limitación por medio del mantenimiento del orden público protegido por la ley (artículo 16.1 de la Constitución española).

La doctrina también se decanta por el no reconocimiento de efectos a estos matrimonios en nuestro ordenamiento y Espinar Vicente afirma que ya la misma jerarquización familiar musulmana con preeminencia del esposo, dificulta el reconocimiento de los matrimonios polígamos pues, a través de él, se están vulnerando nuestros principios constitucionales como es la igualdad entre los cónyuges, la dignidad y libertad de la esposa, así como la proscripción de cualquier tipo de discriminación en razón de sexo, que queda vulnerada en estos matrimonios⁶⁸ y cualquier institución que altere fundamentalmente tal

67 Como por ejemplo en sus sentencias: 19/1985, de 15 de febrero (BOE núm. 55, de 5 de marzo); 43/1986, de 15 de abril (BOE núm. 102, de 29 de abril); 59/1990, de 29 de marzo (BOE núm. 107, de 4 de mayo); 46/2001, de 15 de febrero (BOE núm. 65, de 16 de marzo)... etc.

68 E. Fossar Benlloch, «La Constitución de 1978 y el Derecho de familia», in: Estudios de Derecho de familia, 1, Madrid 1981, 190; J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1996, 252.

cantidad de principios básicos de nuestro ordenamiento, debe ser reprimida por alteración del orden público⁶⁹.

Además, la poligamia ni siquiera es una obligación para el creyente musulmán, ni tampoco para los mismos integristas mormones, ni algo esencial que identifique a su fe religiosa, sino que, simplemente, es algo que le está permitido hacer; por lo que no se puede nunca alegar una lesión en el derecho de libertad religiosa, ya que no se lesiona ninguna obligación religiosa si se mantiene la monogamia. De esta forma, por ejemplo, la renuncia por parte de los varones musulmanes a ejercer la poligamia en España, no supone ningún atentado contra sus creencias religiosas esenciales, mientras que reconocer la legitimidad de la poligamia en nuestro país es inadmisibles por ser contraria al orden público español y debe mantenerse su prohibición y su consideración penal de delito.

Tal y como afirma la Sentencia núm. 5255/2003, de 30 de julio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, refiriéndose al acuerdo firmado entre el Estado y la Comisión Islámica de España: *«Que dicho acuerdo distingue perfectamente entre la conciencia del creyente en la fe musulmana que le obliga a cumplir con las previsiones de su religión, y su condición de ciudadano del Estado, que le obliga al cumplimiento de determinados requisitos civiles, no pudiendo ni debiendo eludirse el cumplimiento del segundo por el cumplimiento del primero, por lo tanto habrá de entenderse que no podrá celebrarse válidamente el matrimonio si los contrayentes están sujetos al impedimento del ligamen anterior, rechazándose pues la poligamia, por atentar a un elemento substancial que no puede sino calificarse de orden público, al derivarse directamente de la Constitución y de los Convenios de Derechos Humanos, tal y como se ha sentado antecedentemente»*. (FJ 3 *in fine*).

- El matrimonio polígamo no puede ser rechazado por razones de orden público y constitucional en el campo civil, estar calificado como delito en el campo penal y, sin embargo, estar protegido y subvencionado en el orden social:

No puede aceptarse, de ninguna manera, ningún tipo de beneficio legal derivado de un matrimonio delictivo y anticonstitucional como es el poligámico, que choca frontalmente con principios constitucionales en su propia esencia. Eludir la lucha contra la poligamia supone elu-

69 I. García Rodríguez, «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e 'ius conubii' (especial referencia a la poligamia)», in: *Cuadernos de derecho Judicial*, VIII, 2002, 210.

dir la lucha contra la pobreza, la marginación y la desigualdad de la mujer y los menores, ya que los matrimonios polígamos acaban convirtiéndose en grandes consumidores de ayudas sociales, debiendo mantener un solo patriarca a varias familias e intentando proporcionarles a todas ellas las mismas oportunidades materiales y afectivas para así pretender tratarlas con «equidad».

Cierto es que el artículo 39 de la Constitución concede protección constitucional a la familia, sea cual sea su origen, y en especial a las madres e hijos, iguales ante la ley, sin que puedan prevalecer discriminaciones por razón de filiación o de estado civil, por ello las mujeres de matrimonios poligámicos (excepto la primera de ellas) son mujeres o madres solteras a la luz de nuestro Derecho y así deben ser protegidas socialmente, sin tener en ningún caso acceso a pensiones de viudedad, ya que, no cabe la analogía que hacen algún Tribunal Superior de Justicia de CC.AA. de nuestro país al otorgar pensiones de viudedad a viudas de matrimonios polígamos al ser análogo el reparto de la pensión con lo que se hace con los divorciados, pues las divorciadas en su momento contrajeron una matrimonio que fue válido y se contrajo con todos los requisitos legales, mientras que las esposas polígamas nunca estuvieron legalmente casadas en nuestro país, dado que su matrimonio no tiene efectos en España al operar la cláusula de orden público del artículo 12.3 del Código civil y se sometieron a una situación familiar frontalmente contraria al orden público español y a nuestros valores y principios constitucionales. Si estas uniones son contrarias a nuestro orden público no debe reconocérseles ninguna ventaja legal dada a matrimonios ni a parejas de hecho, ya que todas las leyes autonómicas que regulan en nuestro país las uniones *more uxorio* contemplan como causa de cese o incompatibilidad con una unión de hecho el estar ya casado. Por lo tanto, las viudas polígamas sólo podrían pedir ayudas sociales como madres solteras (si tienen hijos) u otras ayudas sociales que no tengan en ninguna consideración su pertenencia a una unidad familiar polígama, pues este tipo de matrimonio no pueden ser rechazado por razones de orden público y constitucional en el campo civil, estar calificado como delito en el campo penal y, sin embargo, subvencionado y financiado en el orden social. Eso sería una flagrante incongruencia.

Ya afirma García Rodríguez que el problema es tanto ético-moral como económico⁷⁰. Por ello, aunque inicialmente los distintos países europeos de nuestro entorno (Francia, Italia, Inglaterra...etc.) han ido

70 I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999, 306.

reconociendo cierto grado de trascendencia a los matrimonios polígamos celebrados en países musulmanes conforme a la ley personal de sus integrantes, especialmente en el reconocimiento de pensiones y derechos sucesorios, a partir de los años 90 del siglo pasado y como consecuencia de la afluencia masiva de inmigrantes polígamos, se ha ido cerrando dicha benevolencia para pasar a posiciones más restrictivas⁷¹. Y es que ya hemos observado cómo los musulmanes limitan su poligamia a cuatro esposas, pero, por ejemplo, los fundamentalistas mormones no han impuesto ninguna limitación numérica y si reconociéramos efectos sociales como pensiones de viudedad, podría darse el caso de que un solo sujeto cotizante a la Seguridad Social deje 4, 7, 12 o más esposas y entonces ¿también se repartiría la pensión entre todas? ¿reconoceremos entonces una pensión íntegra para cada una creando un injusto agravio comparativo con los demás matrimonios y añadiendo un riesgo más al ya incierto futuro de nuestra Seguridad Social? Las cotizaciones del padre de familia serían claramente insuficientes para cubrir el gasto social ocasionado a través de desgravaciones fiscales por los cónyuges e hijos que no trabajan, gasto de educación, sanidad y pensiones de viudedad y orfandad en caso de fallecimiento. Además, el reparto de pensiones minoraría una pensión legítima en España (la de la primera esposa) para repartirlo entre varias, lo cual hace que todas ellas reciban pensiones exiguas que les condenen a ser consumidoras habituales de recursos sociales y a vivir en el margen de la pobreza, dado que casi nunca trabajan fuera de su hogar ni tienen una gran formación para la vida laboral al tenerse que quedar en casa con un panorama familiar desolador (sus hijos más sus hermanastros y todos compartiendo a un mismo marido/padre y, normalmente también un mismo domicilio).

Sí debe respetarse, única y exclusivamente, que el matrimonio polígamico celebrado legalmente en el extranjero pueda producir determinados efectos en relación con la pensión de viudedad en caso de que expresamente así se reconozca en un Convenio internacional bilateral firmado por España; tal y como sucede con el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social Hispano Marroquí, firmado el 8 de noviembre de 1979⁷², donde se prevé que *«la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a*

71 M. L. Labaca Zabala, o.c., 325-26.

72 BOE n. 245, de 13 de octubre de 1982.

*la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*⁷³. Pero a falta de Convenio con el país extranjero correspondiente, no debe reconocerse ningún beneficio legal derivado del status matrimonial y, en el caso de las pensiones de viudedad, otorgarlas a la primera de las esposas, que es la legítima viuda según el orden público y el ordenamiento jurídico español.

Matrimonio gitano

- La Sentencia de la Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Muñoz Díaz vs. España, de 8 de diciembre de 2009 no reconoce la eficacia civil del «matrimonio gitano» en España:

Tal y como ya analizamos en su momento, más bien al contrario, precisamente parece defender lo contrario al sostener que la no atribución de efectos civiles a esa unión no es contraria ni al artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a casarse) ni al 14 (prohibición de discriminación). Dado además que el gitano es un uso matrimonial tradicional y étnico, no basado en ninguna creencia religiosa concreta, tal y como son las formas de matrimonio alternativas al matrimonio civil actualmente vigentes en España.

- El hipotético reconocimiento civil del matrimonio gitano también plantearía conflictos de orden público constitucional:

Respecto al rito matrimonial tradicional gitano, podemos también invocar impedimentos de orden público a su reconocimiento civil al verse obligada la novia a demostrar públicamente su virginidad para ser declarada la validez del matrimonio. Por ello, ante la propuesta de aceptarse a efectos civiles un matrimonio gitano si se respetaran los principios constitucionales, cabe decir que entonces ya no podría basarse en la tradición de la demostración pública de la pureza sexual de la mu-

⁷³ Sirva como ejemplo de esta aplicación de los Convenios internacionales en la materia firmados por España la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de enero de 2003, sobre el caso de un nacional de Marruecos polígamo, en el que, inicialmente, el Instituto Nacional de Seguridad Social sólo había reconocido a la primera esposa la pensión de viudedad íntegra. Posteriormente, la segunda esposa reclamó su pensión de viudedad. La Entidad Gestora presentó demanda contra la primera esposa al amparo del art. 145.1 LPL, solicitando que se revocase el acto declarativo de derecho por el que se le había reconocido la pensión de viudedad íntegra y se fijase su importe en el 50 por 100, reintegrando la beneficiaria la cantidad indebidamente percibida. La sentencia de instancia estimó la demanda del INSS y, contra ella, recurrió en suplicación la demandada. El Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia de instancia, afirmando que «la situación familiar de un extranjero se gobierna por las leyes de su estatuto personal, que permite la poligamia, y que los arts. 3 y 23 del Convenio Hispano-Marroquí conllevan la distribución a partes iguales de la pensión entre las beneficiarias, con independencia del tiempo de convivencia».

jer, tradición, como ya he dicho, completamente anacrónica e incompatible con el moderno sistema de valores constitucionales, tales como el principio de igualdad del hombre y la mujer (artículo 14 de la Constitución española) y el principio de dignidad constitucional de la persona (artículo 10 de la Constitución española), incluso siendo discutible que existiera un atentado contra la libertad sexual de la novia, sí claramente existe contra su intimidad y su integridad moral (artículo 15 de la Constitución española) fruto de un trato degradante y discriminatorio.

Otro inconveniente constitucional para la aceptación civil de este matrimonio es su base racial o étnica y su colisión con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, ya que, siendo la forma matrimonial una cuestión considerada de orden público, sólo debiera autorizarse a un grupo de ciudadanos en base a su pertenencia a una raza, lo cual plantea, ya en principio, el rechazo que provocan las leyes raciales o racistas en cualquier sistema democrático y, por otro lado plantea inconvenientes de orden práctico que nos llevarían a extremos absurdos ya que habría que delimitar si uno o ambos pretendientes han de ser gitanos, si se puede ser sólo medio gitano, con antecedentes gitanos... etc. El hecho de abrir esta forma matrimonial a cualquier ciudadano para así evitar este carácter racista, tal y como se llegó a plantear en las Cortes de Aragón, resultaría absurdo pues su aprobación se basaría en ser una tradición matrimonial mantenida por una parte concreta de la población, que es quien reivindica su reconocimiento como tal tradición ancestral propia.

- En materia social, los casos de «viudas» de matrimonios gitanos pueden ser reconducidos como parejas de hecho y recibir prestaciones de viudedad si cumplieran con las condiciones recogidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre medidas relativas a la Seguridad Social, por la que se modifica la Ley General de Seguridad Social.

Dr. D. Juan José Puerto González

Universidad de Salamanca

