

LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA ANTE LA DIVERSIDAD MULTICULTURAL DE LAS RELACIONES FAMILIARES

M^a Asunción Asín Cabrera

Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de la Laguna
masinca@ull.es

1. Introducción
2. El tratamiento de los matrimonios poligámicos por los tribunales españoles
 - 2.1. La inadmisibilidad del reconocimiento de efectos civiles constitutivos del matrimonio poligámico y la aplicación de la excepción del orden público internacional
 - 2.2. El impacto del matrimonio poligámico en la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España
 - 2.3. La poligamia en el orden penal: el delito de bigamia
 - 2.4. La admisibilidad del reconocimiento de ciertos efectos jurídicos socio-laborales del matrimonio poligámico celebrado válidamente en el extranjero: las pensiones de viudedad
3. El impacto de los matrimonios forzados en la práctica judicial española
4. El tratamiento de la kafala islámica marroquí por los tribunales españoles
 - 4.1. El reconocimiento de efectos jurídicos de kafalas constituidas por autoridades marroquíes en Marruecos y su incidencia en el orden civil español
 - 4.2. El reconocimiento de efectos jurídicos de kafalas constituidas por autoridades marroquíes en Marruecos y su incidencia en el orden social español: las pensiones de orfandad
5. Conclusiones

PALABRAS CLAVE

Conflictos multiculturales, aplicación del Estatuto personal islámico en el sistema español, poligamia, matrimonios forzados, Kafala, jurisprudencia española

KEY WORDS

Multicultural conflicts, application of Islamic laws of personal status in the Spanish legal System, polygamy, forced marriages, Kafala, Spanish Courts decisions

RESUMEN

El presente estudio versa sobre la diversidad en una sociedad multicultural y sobre el tratamiento otorgado por los tribunales españoles a los conflictos interculturales suscitados en relación con tres instituciones jurídicas de Derecho de Familia islámico y desconocidas en el ordenamiento español: los matrimonios poligámicos, los matrimonios forzados y la Kafala marroquí. En los bloques de casos seleccionados, la práctica no siempre se ajusta a la realidad socio-multicultural y los jueces se enfrentan a la difícil tarea de encontrar la solución más apropiada para resolver cuestiones no previstas por nuestras normas, así como de posicionarse respecto a instituciones extranjeras que menoscaban los principios de igualdad y la dignidad de las personas, salvaguardados por la Constitución española y por los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España.

ABSTRACT

The paper deals with diversity in a multicultural society and explores the role and response of the Spanish Courts in the management of intercultural conflicts related with three legal institutions of family Islamic law, which are unknown in the Spanish system: Polygamous marriages, Forced marriages and Moroccan Kafala. In these type of cases, the practice is not always consistent with the social reality and it appears to be difficult for judges to give appropriate answers to divergent claims where no legislative solutions had been provided and to face foreign Institutions that are clearly in conflict with principles and values like equality and human dignity as guaranteed by the Spanish Constitution and the international Human Rights instruments ratified by Spain.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos característicos de la sociedad española actual es su multiculturalidad. Este hecho se manifiesta a través de la presencia en nuestro país de grupos de individuos culturalmente muy heterogéneos entre sí, procedentes de una inmigración extranjera extraeuropea y originaria de áreas geográficas muy diversificadas.

El fenómeno de la migración, por los contactos y vínculos que la persona del migrante mantiene con la sociedad de acogida y de origen, pone en marcha un proceso de intercambios culturales que se manifiesta en las relaciones sociales y, de manera particular, en las relaciones individuales de Derecho de Familia. La recepción por un grupo social de formas de cultura procedentes de otro, como consecuencia de la práctica de costumbres y de la transmisión de nuevos comportamientos es, por tanto, un factor que inevitablemente afecta a las estructuras sociales de las sociedades receptoras y originarias de la inmigración (Esteban, 2007: 105-107). En este escenario, una tendencia actualmente observada es la intensificación y una pluralidad de religiosidades de muy distinta índole, dentro de las cuales el islam tiene un importante grado de visibilidad en nuestro país. Ello se debe a la presencia de grupos de inmigrantes de cultura y confesión islámica, entre los cuales, el colectivo magrebí originario de Marruecos es el más numeroso de los actualmente establecidos en España.

El asentamiento en nuestro país de estos colectivos de inmigrantes afecta a las estructuras familiares de las sociedades de acogida y de procedencia de la población migrante. Esta incidencia se traduce en una creciente internacionalización de las relaciones familiares, en las que se manifiesta la concurrencia de concepciones religiosas y de modelos de familia muy diversos entre sí. Ello genera diferentes tipos de conflictos interculturales de Derecho de Familia que se suscitan no solo en las relaciones entre grupos integrados por individuos que profesan una misma religión, sino también entre grupos culturales y religiosos heterogéneos integrados, por ejemplo, por musulmanes y no musulmanes (Blázquez Rodríguez, 2005: 40-41).

La base de estos conflictos hemos de buscarla en el arraigo de unas concepciones morales y sociales fuertemente impregnadas de valores religiosos tradicionales que no solo se contraponen culturalmente a los valores y modos de organización de la sociedad de acogida, sino que se revelan incompatibles con el respeto de los principios fundamentales de igualdad y de libertad, garantizados por la Constitución española de 1978 y por la normativa convencional internacional y europea sobre derechos fundamentales.

Desde la óptica del Derecho Internacional Privado, estos conflictos son particularmente relevantes en el ámbito de las relaciones individuales de Derecho de Familia y en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, este tipo de conflictos no son actualmente los únicos. Desde una perspectiva jurídica más amplia, la exteriorización de la multiculturalidad en la sociedad española, protagonizada por colectivos de inmigrantes de procedencia diversa, y en particular por los que profesan la religión musulmana, está suscitando en la práctica múltiples cuestiones jurídicas y sociales vinculadas al factor religioso. Tal es el caso, por ejemplo, de los conflictos relacionados con el uso del velo islámico en el ámbito escolar y profesional, con la construcción de mezquitas en espacios urbanos o la mutilación genital, entre otros.

En el presente trabajo, por limitaciones de espacio, abordaremos, de manera selectiva y no exhaustiva, el tratamiento dispensado por nuestros tribunales a determinados conflictos interculturales de Derecho de Familia suscitados en la práctica española en tres tipos de supuestos, íntimamente vinculados a la multiculturalidad y muy diferentes entre sí: los conflictos generados como consecuencia de la celebración de matrimonios poligámicos y de matrimonios forzados. Dos tipos de uniones matrimoniales que menoscaban los principios fundamentales de igualdad y de libertad de los contrayentes y que atentan contra la dignidad de la mujer, pero que plantean distintas problemáticas jurídicas. Y por último, nos centraremos en algunas de las situaciones generadas en la práctica judicial internacional privatista por la Kafala marroquí, una institución islámica desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, con un marcado componente religioso y muy vinculada con la persona del menor necesitado de protección.

2. EL TRATAMIENTO DE LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

La presencia de una población inmigrante extranjera y de confesión musulmana asentada en España, en su mayoría proveniente de países del Magreb, plantea una problemática específica en Derecho Internacional Privado, y también en otras disciplinas jurídicas, que no es ajena al hecho cultural de su procedencia islámica ni al establecimiento de relaciones privadas internacionales en el país de recepción. Una de ellas es la referida al matrimonio poligámico.

La poligamia es una práctica reconocida y admitida por la mayoría de las legislaciones de Derecho de Familia de los estados islámicos, en virtud de la cual un hombre, según lo preceptuado en el Corán, puede contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres a la vez, pero no a la inversa. Si bien en la actualidad es una institución que en determinados códigos de Derecho de Familia islámicos, como la Mudawwana marroquí (artículos 40 a 45), está sujeta al cumplimiento de condiciones

legales muy estrictas, se trata de una modalidad matrimonial prohibida en España que no se corresponde al modelo de unión monogámica de nuestro ordenamiento jurídico y que menoscaba el principio de igualdad entre los cónyuges, así como de no discriminación por razón de sexo, lo que genera importantes conflictos ante los tribunales españoles.

Como ha observado P. Juárez, «en el tratamiento que el matrimonio poligámico viene recibiendo en los distintos órdenes de la jurisdicción española, se aprecian notables divergencias: desde su tipificación como delito en el ámbito penal hasta el otorgamiento de importantes efectos legales en el orden social. Esta situación, creciente en nuestra jurisprudencia durante los últimos años, ha puesto de relieve que la falta de regulación legal de la poligamia puede convertirse en una carencia relevante si genera inseguridad jurídica. Nuestros jueces se ven obligados a responder a demandas que el legislador español no ha previsto ni regulado, siendo los primeros perjudicados por un vacío legislativo que suscita importantes reparos desde el punto de vista de la seguridad jurídica». (Juárez, 2012: 1)

2.1. La inadmisibilidad del reconocimiento de efectos civiles constitutivos del matrimonio poligámico y la aplicación de la excepción del orden público internacional

La posición de la jurisprudencia española ha sido contundente en relación con la inadmisibilidad en nuestro país del reconocimiento de efectos civiles de matrimonios poligámicos celebrados válidamente en el extranjero, al considerar que existe un impedimento de ligamen y que, además, se trata de una institución que atenta contra la dignidad constitucional de la mujer y que, por consiguiente, no existe posibilidad alguna de proceder a su inscripción en el Registro Civil español, aunque este tipo de uniones fuese válido conforme a la ley personal de los contrayentes. El mecanismo con frecuencia utilizado por nuestros tribunales es la denominada excepción del orden público internacional. Se trata de una técnica de Derecho Internacional Privado que interviene a modo de correctivo funcional para frenar, y en su caso rechazar, la aplicabilidad de una ley extranjera designada por una norma de conflicto para la resolución de un litigio privado internacional (Ejemplo ex art. 9.1. del Código Civil [CC]) y que resulta manifiestamente contraria a determinados principios fundamentales y valores básicos que son considerados esenciales por el sistema jurídico del juez del foro y que se encuentran reconocidos y garantizados por la Constitución Española, como es el principio de igualdad entre hombre y mujer.

Una constancia de esta práctica la encontramos en las numerosas Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado (RDGRN) dictadas en relación con la celebración de matrimonios en el extranjero (en su gran mayoría en Marruecos), y en las cuales, además de señalarse que

no es posible proceder a la inscripción de los referidos matrimonios por concurrir el impedimento de ligamen, se ha venido a afirmar, que si bien en estos supuestos habría que aplicar el estatuto personal de los contrayentes (ley nacional), «la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12-3 CC) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer». Argumentación que en términos similares se expresa en otras RDGRN pronunciadas, especialmente a partir del año 2013, referidas a matrimonios poligámicos celebrados en Senegal. En estos supuestos, la aplicabilidad de la excepción del orden público internacional estimamos que es correcta, por cuanto se trata de supuestos en los que, de haberse aplicado el Derecho extranjero, su resultado habría provocado una externalidad negativa en la sociedad del foro (Carcascosa González, 2008: 2351-2378).

2.2. El impacto del matrimonio poligámico en la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España

El rechazo frontal al matrimonio poligámico en nuestro ordenamiento jurídico y la incidencia de la aplicabilidad de la excepción del orden público internacional tiene, también, un considerable impacto en las solicitudes relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia por parte de sujetos extranjeros que se encuentran en situación de poligamia. A este particular, nos encontramos con una casuística muy numerosa en la cual las Salas de lo Contencioso-Administrativo (CA) de la Audiencia Nacional (AN) y del Tribunal Supremo (TS), especialmente a partir de los años 2001 y 2002 hasta la actualidad, han venido considerando la poligamia como un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española por residencia en nuestro país, por no satisfacer el requisito previsto en el artículo 22.4 del Código Civil referido al «suficiente grado de integración» con los valores sociales y culturales de la sociedad española y con nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto, entre los argumentos más relevantes esgrimidos por nuestros tribunales para denegar la concesión de la nacionalidad española cabe destacar, muy en particular, el recurso al siguiente razonamiento: «No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad». Sin embargo, la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho Extranjero (artículo 12.3 CC), entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resultando incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres. 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). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración pública española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española». A su vez, en otras decisiones judiciales, a la hora de determinar si la situación de poligamia resulta decisiva para apreciar la carencia del requisito de «suficiente grado de integración en la sociedad española», los tribunales españoles han hecho hincapié en que «la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como con las leyes y forma de vida de nuestra sociedad» y, también, que no resulta admisible como pretensión de reconocimiento de la nacionalidad española, la alegación de que «los matrimonios o divorcios hayan tenido lugar en el territorio del país de origen de la persona extranjera, con arreglo a su legislación».

2.3. La poligamia en el orden penal: el delito de bigamia

La poligamia, además de ser una institución jurídica matrimonial desconocida en nuestro ordenamiento jurídico y contravenir el principio de igualdad entre los cónyuges, se trata de unas de las conductas tipificadas como «Delitos contra las relaciones familiares», expresamente prevista en el Capítulo I del Código Penal español bajo la rúbrica «De los matrimonios ilegales» y más específicamente en el artículo 217, según el cual: «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».

Como ha puesto de manifiesto la doctrina española, el delito de bigamia se considera cometido en «territorio español», a los efectos del artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8 del Código Civil, cuando un sujeto está vinculado por un matrimonio que es válido en España, sea cual sea el país de su celebración y, no obstante, contrae otro matrimonio que es, en principio, aunque solo aparentemente, también válido en España. (Carrascosa González, 2014: 110-111). Para que se configure este tipo delictivo deben tenerse en cuenta algunas consideraciones extraídas de la práctica judicial y en particular de las sentencias de condena dictadas por los Juzgados de lo Penal relativas al cometimiento de este delito. La primera de ellas, hace referencia a la irrelevancia de la no inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero en el Registro Civil español, debido a que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración «sin que la inscripción tenga carácter constitutivo, sino declarativo».

En segundo lugar, «el delito se produce cuando se celebra un segundo o ulterior matrimonio estando vigente el primero o anterior, de forma que la posterior anulación de este no impide apreciar el delito, al ser de consumación instantánea aunque de efectos permanentes» (Juárez, 2012: 23).

En tercer lugar, «al tratarse de un delito doloso, la concurrencia o no de error en la conducta del sujeto activo se convierte en factor de crucial importancia, pues únicamente son punibles las conductas en las que se acredite la plena conciencia del autor sobre la ilicitud de su comportamiento». Por lo tanto, las sentencias de condena dictadas por los tribunales españoles en esta materia, lo son siempre previa comprobación del dolo del autor y «habitualmente tras descartar la concurrencia de error por parte del condenado» (Juárez, 2012: 24).

Los argumentos esgrimidos en la práctica por los acusados del delito de bigamia, y que no han permitido a sus autores acogerse a la existencia de un error de tipo en su conducta, son muy diversos. Así, entre otras alegaciones, podemos citar la creencia de que un matrimonio coránico celebrado en Marruecos no es válido en España y por consiguiente, al no tener validez en nuestro ordenamiento jurídico no incurriría en un delito de bigamia si contrae un nuevo matrimonio en nuestro país o el hecho de que el acusado sea de religión musulmana, y esta religión permita la poligamia o la creencia de que un matrimonio anterior pudiera quedar sin efecto al denunciar el carácter de «matrimonio conveniencia» ante la Policía.

2.4. La admisibilidad del reconocimiento de ciertos efectos jurídicos socio- laborales del matrimonio poligámico celebrado válidamente en el extranjero: las pensiones de viudedad

Como hemos subrayado en anteriores epígrafes, la poligamia es una modalidad matrimonial que ha recibido un fuerte rechazo y oposición en nuestros tribunales y en la que el recurso a la excepción del orden público internacional está claramente justificado por tratarse de una institución contraria al derecho de igualdad y a la dignidad de la mujer. Sin embargo, de acuerdo con Bucher, «se puede no querer aceptar la poligamia, pero no se puede ni ignorarla ni rechazarla completamente, sin atribuirle el menor efecto jurídico» (Bucher, 2000: 129). Por consiguiente, una cuestión es la inadmisibilidad del reconocimiento de efectos civiles constitutivos a la poligamia en España y otra diferente es la posibilidad del reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a un matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero. En concreto nos referimos al reconocimiento del derecho de la pensión de viudedad a «las esposas supérstites» de un trabajador extranjero establecido en nuestro país y con las que estuviere legalmente casado con arreglo a su ley nacional. Se trata de un conflicto jurídico con un notable impacto en la práctica que se ha planteado en varias ocasiones ante los Juzgados de lo Social y que se vincula a la normativa española de Seguridad Social, dentro de la cual los Convenios

bilaterales concertados en esta materia con Marruecos y Túnez tienen un peso específico importante al prevalecer sobre la legislación estatal. La razón de esto último viene dado por la previsión en los dos textos convencionales de una disposición que regula el reparto de la pensión de viudedad en los supuestos en los que los trabajadores marroquíes o tunecinos estuvieran matrimonialmente unidos con varias esposas. Así, de acuerdo con el artículo 23 del Convenio sobre seguridad social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 (BOE n.º 245, de 13 de octubre de 1982), modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998 (BOE n.º 282, de 24 de noviembre de

UNA CUESTIÓN ES LA INADMISIBILIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS CIVILES CONSTITUTIVOS A LA POLIGAMIA EN ESPAÑA Y OTRA DIFERENTE ES LA POSIBILIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS JURÍDICOS A UN MATRIMONIO POLIGÁMICO VÁLIDAMENTE CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

2001), «La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarios de dicha prestación». A su vez, el artículo 24 del Convenio de seguridad social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (BOE n.º 309, de 26 de diciembre de 2001), dispone que: «En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas en partes iguales». Tal como se infiere del contenido de las disposiciones transcritas, la pensión de viudedad es única y deberá repartirse por partes iguales entre «las esposas supervivientes».

Las soluciones otorgadas por la jurisprudencia española a la concesión del derecho de pensión de viudedad, solicitado por las esposas supervivientes tras el fallecimiento del trabajador extranjero en España, han sido divergentes y no existe, por consiguiente, una posición jurisprudencial ni doctrinal unánime al respecto.

Entre los pronunciamientos reconocedores de ciertos efectos jurídicos al matrimonio poligámico y favorables a la concesión de la pensión de viudedad, cabe diferenciar dos tipos: en primer lugar, una serie de sentencias del Juzgado de lo Social referidas a trabajadores extranjeros polígamos, nacionales de Senegal, de Gambia o Marruecos, en las cuales se acoge el criterio de que la pensión de viudedad debe repartirse a partes iguales entre las dos viudas supervivientes. En esta primera línea jurisprudencial se discutía la posibilidad de concesión de viudedad, dada la existencia de dos viudas, legales, según la legislación de los países extranjeros en cuestión, pero unidas en un matrimonio prohibido por la legislación española. Según el siguiente razonamiento, los tribunales españoles

estimaron que la Ley General de Seguridad Social no exige que «el matrimonio se haya celebrado al amparo de la legislación española, sino que, siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal según su propia legislación, lo que sucede en el supuesto de autos, en los que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio así contraído es perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros. Por ello se reúne el requisito de permanencia de cónyuge legal, con derecho a la prestación solicitada». Ahora bien, «la prestación que se concede es la de viudedad por la legislación española, consistente en una única prestación del 45% de la base reguladora (art. 8 de la Orden de 13 de febrero de 1967 y 33 del D. 3158/1966), por lo que la totalidad de la misma habrá de repartirse entre ambas viudas, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el número 2 del art. 174 de la LGSS, que reparte proporcionalmente la pensión entre ambas viudas en los casos de separación o divorcio, y en proporción al tiempo de convivencia, porque el supuesto es distinto dado que en el que se examina se trata de dos matrimonios legales y existentes a la fecha del fallecimiento, mientras que aquella norma se refiere a la sucesión de matrimonios, por lo que manteniéndose la convivencia de ambas esposas, de conformidad a su legislación nacional hasta el día del fallecimiento, lo lógico es dividir la totalidad de la pensión entre ambas» (Vargas Gómez-Urrutia, 2003: 581-583).

En segundo lugar, hemos de hacer referencia a los pronunciamientos que sostienen que el reparto de la pensión de viudedad debe realizarse en proporción al tiempo de duración del matrimonio, y ello basándose en el argumento de que uno de los matrimonios había sido disuelto con anterioridad al fallecimiento del trabajador extranjero. Concretamente, este criterio se establece en la sentencia (STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002) dictada en relación con un trabajador de nacionalidad marroquí y en la cual se vino a aplicar el Convenio hispano-marroquí sobre seguridad social. No obstante, se trata de una resolución judicial cuyo fallo ha sido muy criticado por la doctrina española, al considerar que aplica incorrectamente la legislación marroquí, que no reconoce el derecho de la pensión de viudedad en caso de disolución del vínculo matrimonial (Desdentado Daroca, 2009: 24-25).

En las soluciones jurisprudenciales judiciales anteriormente señaladas, podemos afirmar que ha intervenido una atenuación de la excepción del orden público con la finalidad de posibilitar la admisión de determinados efectos jurídicos en el ámbito laboral que se derivan de los matrimonios polígamicos válidamente celebrados en el extranjero. En estos casos, la interpretación flexible y atenuada del orden público «actúa como elemento modulador en las tensiones entre identidad cultural y los principios y valores de la sociedad de acogida» (Benayas, 2008: 162), evitándose situaciones de exclusión social de las mujeres musulmanas y, más específicamente, la desprotección económica y social de las viudas supérstites del trabajador extranjero polígamo (Fernández-Coronado, 2009: 145-146).

Ahora bien, como advertimos anteriormente, la respuesta a favor del reconocimiento de estos efectos laborales a más de una de las esposas, por parte de la jurisprudencia española, no está exenta de polémica. Así, un posicionamiento radicalmente diferente, amparado en la aplicabilidad en toda su extensión de la excepción del orden público internacional prevista en el artículo 12.3 del Código Civil, lo encontramos en la STJS de la Sala de lo Social de Cataluña, n.º 5255 /2003, de 30 de julio de 2003, que estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora (primera esposa) contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Barcelona, de fecha 10.10.2001, que concedía el 50% de la pensión a cada una de las dos viudas de un trabajador polígamo, nacional de Gambia. La recurrente reclamaba el 100% de la pensión de viudedad, alegando la nulidad del segundo matrimonio. El Tribunal, con un voto particular contrario, dio la razón a la recurrente entendiendo que «a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y, por lo tanto, *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres. A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado». En consecuencia, solo vino a reconocer el derecho al percibo de la totalidad de la pensión de viudedad a la primera esposa del trabajador, nacional de Gambia.

A la luz de los diferentes pronunciamientos expuestos, podemos afirmar que nos encontramos ante una contradicción e indecisión en la postura judicial española frente a la institución del matrimonio polígamo, la cual como ha observado un sector de la doctrina española es posible que sea una consecuencia de nuestro propio sistema, pues mientras que con determinados países se han concluido convenios que permiten otorgar ciertos efectos jurídicos a la poligamia, como es el caso de Marruecos, en relación con los matrimonios polígamos celebrados en países en los que no existen acuerdos, los tribunales españoles muestran un cierto recelo (Adam Muñoz, 2005: p. 224-225).

3. EL IMPACTO DE LOS MATRIMONIOS FORZADOS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA

Una segunda cuestión de Derecho de Familia a la que aludiremos en el presente trabajo, reflejo del carácter multicultural de la sociedad española actual, son los matrimonios forzados. Estos matrimonios son aquellos en los que al menos uno de los contrayentes ha sido «forzado», física o psicológicamente, a contraer matrimonio, sin que medie el libre consentimiento válido de al menos uno de los contrayentes, por la intervención de terceras personas del entorno familiar que se otorgan la facultad de decisión y presionan porque esta celebración del matrimonio se produzca.

Este tipo de celebraciones difieren de los matrimonios «concertados» o pactados por los padres o familiares de los contrayentes y que son una práctica muy arraigada en determinadas culturas y países, como Paquistán o India. La diferencia de estas uniones con las de los matrimonios forzados estriba en que en los primeros, los contrayentes no se oponen y aceptan esta tradición cultural, consintiendo a su celebración. Por consiguiente, se trata de uniones matrimoniales que, en principio, no plantean problemas jurídicos ante nuestros tribunales. No obstante, hemos de subrayar, que en muchos de estos supuestos, resulta difícil de determinar hasta qué punto el consentimiento matrimonial ha sido expresado con total y absoluta libertad por los contrayentes y no por «presiones familiares» directamente vinculadas a la tradición y costumbres de índole cultural.

Por el contrario, la nota característica de los matrimonios forzados es el uso de la violencia física y psíquica para doblegar la voluntad y el consentimiento de los contrayentes para obligarlos a contraer matrimonio. Estas uniones matrimoniales, aunque fueran válidas en el ordenamiento jurídico extranjero de conformidad con su ley personal (artículo 9.1 del Código Civil), no tendrían validez en nuestro país, por producir efectos contrarios al orden público internacional español, al atentar contra el derecho para contraer matrimonio en condiciones de igualdad entre hombre y mujer, el mismo derecho para elegir libremente al cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y pleno consentimiento (artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, hecha en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979).

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

A diferencia de otros países europeos, como el Reino Unido, Francia o Bélgica, que cuentan con una larga experiencia en cuestiones migratorias y de gestión de la multiculturalidad, en España se trata de una práctica cuya visibilidad no es demasiado notoria (Igareda, 2013: 205). Ello se debe, entre otros motivos, a que se trata de una práctica difícilmente detectable, por ser una realidad silenciada y escondida en el seno de las comunidades que la practican, por tratarse de un supuesto en el que nuestra legislación no contempla, hoy por hoy, mecanismos específicos de lucha y prevención contra estos matrimonios, y por el hecho de que muchas de estas uniones matrimoniales, particularmente las contraídas por las adolescentes menores de edad, no están registradas y no resultan verificables oficialmente. Además, como ha sido puesto de manifiesto por el Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalitat de Catalunya, se trata de casos en los que a la hora de su detección se ha de tener en cuenta «la situación de vulnerabilidad de la menor o mujer que está en un núcleo familiar de riesgo. La chica no comparte las ideas y los designios de sus progenitores respecto a su futuro y debe trascender este núcleo para buscar la protección» (Generalitat de Catalunya, 2009: 3-4).

A pesar de estas dificultades, lo cierto es que, en la actualidad y muy en particular en la Comunidad Autónoma de Cataluña, se trata de una práctica cuya detección de casos ha ido en aumento a partir de 2009, año en el que se puso en marcha un programa de seguridad contra la violencia machista y se estableció un procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados. Pero, además, se trata de una práctica ya observada judicialmente en nuestro país y sobre la que nuestros tribunales tuvieron la oportunidad de pronunciarse. Así, en concreto nos referimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, auto n.º 173/08, de 23 de junio y las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) n.º 1399/2009, de 22 de diciembre, en relación con el caso de una menor nacida en Cádiz en el año 1992 hija de padres mauritanos y confiada al cuidado de una familia española, pero sin perder el contacto con sus progenitores, con los que solía pernoctar los fines de semana. En marzo de 2005, la madre y la hija viajaron de vacaciones a Mauritania, donde fue «forzada a contraer matrimonio» con un primo (Mokhtar) de 41 años de edad, al que había conocido apenas dos semanas antes y con el que mantuvo relaciones sexuales contra su voluntad. Tras su regreso a España y ante la negación de la menor de volver a mantener relaciones sexuales con su primo, con motivo de una visita del mismo a nuestro país, la menor fue amenazada y agredida física y psíquicamente, así como forzada sexualmente por Mokhtar. La menor huyó de la casa y con la ayuda de la familia española interpuso una denuncia en la comisaría.

El caso se resolvió por la vía penal y las Sentencias dictadas fueron condenatorias por delitos de coacciones, amenazas, maltrato, contra la integridad moral y violación sexual.

En la actualidad, para la resolución de este tipo de conflictos, no contamos en nuestro ordenamiento jurídico con mecanismos legales apropiados y suficientes para hacer frente a los problemas planteados por los matrimonios forzados. Sin perder de vista en ningún momento que se trata de un fenómeno que atenta contra los derechos humanos y que puede incorporar formas de violencia de género, nos encontramos en presencia de una compleja problemática vinculada al Derecho de Familia en la que se hace preciso la intervención del legislador para la adopción de fórmulas legislativas que tengan por efecto prevenir y combatir la celebración de estos matrimonios. A este particular, una valoración muy positiva nos merece la ratificación por el Estado español del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2014), y en el cual se establece la obligación por las Partes contratantes de la puesta en marcha de actuaciones en el orden civil, dirigidas a la declaración de nulidad de los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza (art. 32) y a la adopción de medidas legislativas para tipificar los matrimonios forzados como un delito específico penal (art. 37).

**EN LA ACTUALIDAD NO
CONTAMOS EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO CON
MECANISMOS LEGALES
APROPIADOS Y SUFICIENTES
PARA HACER FRENTE A LOS
PROBLEMAS PLANTEADOS POR
LOS MATRIMONIOS FORZADOS**

En el caso concreto de España, siguiendo en este punto una de las tendencias mayoritariamente observadas en las legislaciones europeas y de conformidad con el artículo 37 del referido texto convencional internacional, la reciente reforma operada al Código Penal tipifica los matrimonios forzados como un delito específico en el artículo 172 bis en el Capítulo de las Coacciones (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal). En nuestra opinión, se trata de una medida penal que puede comportar importantes efectos disuasorios en la práctica, pero que debe ir de la mano de otras reformas legislativas en el ámbito del Derecho Civil Material español o del Derecho Internacional Privado, al tratarse de sectores directamente imbricados en la regulación de la institución matrimonial. Así, por ejemplo, una posible iniciativa que el legislador español ha de tener en cuenta –especialmente interesante para la disuasión de la celebración de matrimonios forzados que afectan a menores– es el aumento de la edad mínima para contraer matrimonio válido a los 18 años. Esta es una medida que, entre otros países europeos, se encuentra vigente en Francia, tras la reforma operada por la Ley 2006-399, de 4 de abril, que vino a modificar el artículo 144 del Código Civil francés. Asimismo, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, resulta necesario que el

legislador se replantee la conveniencia de dar preferencia a la aplicabilidad en estos supuestos de la ley de la residencia habitual, en lugar de la ley nacional, tradicionalmente aplicada en nuestro ordenamiento jurídico para regular la materia correspondiente al estatuto personal, como una posible vía de solución para combatir estos matrimonios. Este criterio, como ha observado la doctrina iusprivatista internacionalista, tendría el beneficio de vincular a la persona inmigrante extranjera con el ordenamiento jurídico más próximo y, en particular, con el medio social en el que desarrolla su *modus vivendi*. La igualdad de trato entre extranjeros y nacionales, que esta opción de política legislativa promueve, es una solución que estimamos podría beneficiar especialmente a las mujeres y a los menores, víctimas de los matrimonios forzados, que habitan en territorio español.

Como ha sido puesto de manifiesto, las reformas parciales legislativas llevadas a cabo en los diferentes sistemas nacionales europeos, para prevenir y combatir los matrimonios forzados o forzosos, si bien es necesario que se acometan, pueden resultar complejas y en ocasiones de difícil efectividad en la práctica. Estas soluciones legislativas, además, resultan insuficientes si no van acompañadas de la puesta en marcha de otras medidas de protección para la salvaguardia de los derechos e intereses de las víctimas, en las que intervengan los diferentes actores implicados como son las familias, las comunidades, el personal sanitario, los servicios educativos, los líderes religiosos, el Gobierno local y nacional, así como los cuerpos policiales, entre otros. Dentro de estas medidas, el programa de seguridad contra la violencia machista instaurado por la Generalitat de Catalunya, diseñado al amparo de la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (BOE, n.º 131, de 30 de mayo de 2008), y en virtud del cual se establece un procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados, nos parece un instrumento pionero en nuestro país de suma relevancia para abordar y afrontar la problemática de dichos matrimonios, que ciertamente podría extrapolarse a otras comunidades autónomas y ser tenido en cuenta en el desarrollo de futuras políticas estatales.

4. EL TRATAMIENTO DE LA KAFALA ISLÁMICA MARROQUÍ POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

De entre las muy diversas cuestiones de índole multicultural familiar observables en la sociedad española actual, la protección de los menores a través de la Kafala islámica es un buen exponente de las divergencias estructurales existentes entre los sistemas jurídicos confesionales musulmanes y los sistemas jurídicos laicos o aconfesionales, en relación con la reglamentación de la filiación y las relaciones paterno-filiales.

La nota predominante en materia de filiación en el islam radica en el no reconocimiento de efectos jurídicos a la paternidad natural y en la prohibición de la institución de la adopción como vía de atribución artificial del *status filii*. De este modo, se puede afirmar que con excepción de Túnez, país musulmán del Magreb que ha introducido en su legislación la adopción, solo la familia legítima fundada en vínculos de sangre tiene cabida en la sociedad islámica. El islam admite, sin embargo, la Kafala, una institución desconocida en nuestro sistema jurídico que tiene como finalidad otorgar protección física, sanitaria, social y educativa al menor, de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo, pero que no crea vínculos de filiación entre el niño (*makful*) y las personas a cuyo cuidado es confiado (*kafil*), lo que la aparta de la figura de la adopción. Además de ello, debemos señalar que se trata de una institución en la que el peso de la religión del islam está muy presente, especialmente, por la exigencia de que el *kafil* debe ser musulmán o convertirse al islam, con la finalidad de velar y procurar que el menor sea educado según los preceptos de esta confesión religiosa (artículo 9 de la Ley marroquí n.º 15-01 [Kafala] de menores abandonados, Dahir n.º 1-02-172, de 13 de junio de 2002). Una obligación cuyo incumplimiento, por parte de nacionales españoles que han constituido kafalas en Marruecos para su posterior traslado a España, ha motivado la emisión por parte del Ministerio de Justicia y Libertad marroquí, con fecha de 19 de septiembre de 2012, de una Circular (n.º 40 S/2), en virtud de la cual solo se concederán kafalas a ciudadanos musulmanes residentes en Marruecos. Lo que ha conducido a una proscripción de las kafalas «transfronterizas» (Marchal, 2013: 241-243).

Como ha puesto de relieve la doctrina española, al menos son dos los factores que han conducido a que la Kafala marroquí dé lugar a situaciones que centren la atención de nuestros tribunales: en primer lugar, el fenómeno migratorio que trae nuevas realidades a Europa y a España y que genera un primer bloque de situaciones, caracterizado por «la residencia en nuestro país de nacionales de países islámicos que, conforme a su ley personal y ante las correspondientes autoridades competentes, constituyeron una *kafala* respecto de un menor con-nacional». Y un segundo factor, que se deriva de las dificultades que en ocasiones existen para adoptar a un niño en nuestro país. Lo que ha motivado el aumento de constitución de kafalas en Marruecos respecto de menores marroquíes por parte de nacionales españoles (Diago, 2010:150).

Los principales problemas y conflictos planteados por estas situaciones se centran, aunque no exclusivamente, en el reconocimiento de los efectos jurídicos en España de las kafalas constituidas en Marruecos. Unos efectos cuya determinación por los tribunales españoles ha sido compleja y en ocasiones, también, controvertida y que ha tenido un notorio impacto en la práctica judicial, motivado esencialmente por ser una institución de protección jurídica del menor desconocida en el Derecho español y por tratarse de una institución que no es unívoca y que presenta diferentes tipos o modalidades en la legislación marroquí (Diago, 2010: 145-150).

4.1. El reconocimiento de efectos jurídicos de kafalas constituidas por autoridades marroquíes en Marruecos y su incidencia en el orden civil español

Uno de los primeros problemas suscitados por las kafalas constituidas en el extranjero, como paso previo al reconocimiento de efectos jurídicos de las resoluciones dictadas por autoridades marroquíes en España, ha sido el de la calificación de esta institución, desconocida en nuestro ordenamiento jurídico y nacida al amparo de un Derecho extranjero. Mayoritariamente, la doctrina

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES A TRAVÉS DE LA KAFALA ISLÁMICA ES UN BUEN EXPONENTE DE LAS DIVERGENCIAS ESTRUCTURALES ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS CONFESIONALES MUSULMANES Y LAICOS O ACONFESIONALES, EN RELACIÓN CON LA REGLAMENTACIÓN DE LA FILIACIÓN Y LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

y jurisprudencia española han procedido en estos casos a la calificación de la Kafala, a partir de la búsqueda de una equivalencia de las funciones de esta institución con otras «análogas» conocidas y existentes en el foro (tesis o test de la equivalencia funcional o método analógico). Esta solución parte de un análisis del Derecho extranjero al amparo del cual se ha creado la institución desconocida para decidir qué institución española cumple una función equivalente. Su finalidad no es otra que «transponer» la institución desconocida extranjera a otra conocida en el Derecho español.

Entre las diferentes posibilidades manejadas por la doctrina y muy especialmente por la práctica registral y jurisprudencial española, para operar la referida «transposición o sustitución», la

Adopción ha sido una de ellas. Sin embargo, ello no es viable porque una de las características de la Kafala es el no establecimiento de vínculos de filiación. A este particular, varias son las resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en las que se ponen de manifiesto la imposibilidad de equiparación de la Kafala con la institución de la Adopción y muy especialmente, en la Resolución Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de adopciones internacionales (BOE, n.º 207, de 30 de agosto de 2006). A este respecto señala la referida Resolución Circular que «La Kafala musulmana y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre los *kafils* –o persona que asume la Kafala del menor– y este último pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneren el orden público internacional español y los documentos en los que constan se presenten debida-

mente legalizados y traducidos al idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC 1/2000). Ahora bien, nunca podrán ser reconocidas en España “como adopciones”; sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la “calificación por la función”, puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el “acogimiento familiar” que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio –acogimiento familiar simple–, bien con carácter permanente –acogimiento familiar permanente–, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres».

Otra posibilidad diferente, es que la Kafala pueda ser equiparada en virtud del test de la equivalencia funcional a un Acogimiento Familiar o a una Tutela regulada por el Derecho español, y muy especialmente «como plataforma legal para facilitar la constitución *ex novo*, en España de una adopción regida por la ley española», lo cual en modo alguno implica la conversión automática de la Kafala en Adopción (Calvo y Carrascosa, 2014: 391). En estos casos, sin embargo, de acuerdo con una corriente jurisprudencial mayoritaria, «no se requiere la propuesta previa de la entidad pública».

Frente a esta línea jurisprudencial y de una manera, a mi juicio, equivocada, la Sentencia AP de Tarragona (Sección 1^a), auto n.º 67/2008 de 23 junio, mantuvo, sin embargo, un posicionamiento en sentido contrario, al exigir la propuesta previa de la autoridad pública, para la iniciación del expediente de adopción, lo que va en detrimento del interés primordial del menor.

4.2. El reconocimiento de efectos jurídicos de kafalas constituidas por autoridades marroquíes en Marruecos y su incidencia en el orden social español: las pensiones de orfandad

Otro ámbito en el cual se han puesto de relieve las dificultades de asimilar la institución de la Kafala con instituciones propias de nuestro ordenamiento jurídico es en el orden jurisdiccional social, y más concretamente en los litigios suscitados acerca de la percepción de pensiones de orfandad por parte de menores sometidos a kafalas. Como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina española, «el derecho a las prestaciones familiares del *makful* trae causa en la noción de “menor a cargo” en la que está incluido. Donde se hace sentir la diferencia entre el menor acogido (*makful*) y el menor adoptado es –dentro de las prestaciones de la Seguridad Social– con respecto a las pensiones de orfandad. En este ámbito, la creación jurídica de una filiación –lo que permite la adopción, pero no el acogimiento– optimiza la protección jurídica del menor que queda huérfano» (Rodríguez Benot, 2009:169).

Desde esta perspectiva y en el ámbito de las prestaciones de orfandad, cabe destacar muy en particular la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), n.º 58/2008, de 31 de enero, relativa a la solicitud de una pensión de orfandad presentada por un nacional marroquí tras el fallecimiento de su cónyuge, también de nacionalidad marroquí, a favor de dos menores respecto a los cuales se había constituido una *kafala* judicial en Marruecos. La fallecida se encontraba afiliada al Régimen Especial de Empleados de Hogar, estando al corriente del pago de las cuotas. En este caso, el Tribunal, tras una argumentación compleja y muy discutida por parte de la doctrina laboralista, se pronunció a favor del reconocimiento de la mencionada pensión, desestimando el recurso interpuesto por el INSS contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 10 de Madrid, de fecha 2 de marzo de 2007, justificando su decisión en atención al fin de protección social buscado por la pensión de orfandad.

Se trata de un Fallo que, un año más tarde, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), auto de 10 febrero de 2009, corroboraría al declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

5. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones expuestas en el presente trabajo, que de ninguna manera ha pretendido agotar las muy diversas y complejas cuestiones suscitadas en la práctica jurídica española por el fenómeno multicultural y por las relaciones de Derecho de Familia examinadas, interesa poner de relieve las siguientes observaciones finales.

El mundo actual se caracteriza por la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos muy diferentes entre sí, reflejo de la existencia de sociedades y grupos humanos culturalmente diversos. No obstante, es en el Derecho de Familia donde los particularismos de las diferentes culturas de la sociedad se manifiestan con más fuerza que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

La presencia en España de una inmigración de origen extraeuropeo y musulmán, en su mayoría proveniente de países del Magreb, especialmente de Marruecos y en menor medida de estados africanos subsaharianos, conlleva que individuos pertenecientes a círculos culturales y jurídicos diferentes entren en contacto unos con otros y que nos encontremos, a la hora de proceder a la regulación jurídica de sus relaciones familiares y de solucionar sus litigios en nuestros tribunales, ante la interacción de normas provenientes de sistemas legales muy diferentes entre sí, como son los sistemas confesionales islámicos y el sistema español. Este hecho entraña importantes consecuencias para el Derecho Internacional Privado, al enfrentarse los operadores jurídicos y

especialmente los jueces no solo con contradicciones normativas más o menos intensas de uno a otro sistema, sino con verdaderos conflictos interculturales de identidad e integración, de difícil y compleja resolución en la práctica.

En las decisiones judiciales examinadas, los jueces se enfrentan con la necesidad de dar una respuesta a la recepción y aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de tres instituciones del Derecho de Familia islámico desconocidas en el sistema español y en las que se yuxtaponen concepciones que derivan de factores religiosos que se manifiestan en unas concretas estructuras sociales de una determinada cultura, como la islámica, y en la cual las personas potencialmente más afectadas por su posición en la sociedad musulmana son las mujeres y los menores de edad (Asín Cabrera, 1998: 121-123).

Las soluciones jurisprudenciales establecidas por nuestros tribunales en la resolución de conflictos sobre poligamia, matrimonios forzados y kafalas, evidencian las lagunas y las deficiencias de nuestro sistema jurídico para afrontar la realidad plural y multicultural que caracteriza a la sociedad española actual y para otorgar respuestas adecuadas a los múltiples interrogantes jurídicos que nuestras normas son incapaces de resolver. Ello se pone especialmente de manifiesto en los supuestos de los matrimonios forzados, una práctica a menudo silenciada, que afecta especialmente a jóvenes adolescentes pertenecientes a una segunda generación de migrantes y que choca frontalmente con los principios fundamentales y valores básicos de la sociedad de acogida donde desarrollan su vidas.

Los conflictos culturales de identidad e integración suscitados ante los Tribunales españoles reclaman la aplicación de soluciones *ad hoc*, flexibles, innovadoras y, sobre todo, conducentes a asumir responsabilidades en la protección de los derechos fundamentales, dentro de los cuales el principio de igualdad entre hombre y mujer, el respeto de las libertades individuales y la primacía del interés del menor, este último en el caso de la Kafala marroquí, ocupan un lugar primordial. Como se puede constatar, no todos los conflictos son iguales, de ahí que los jueces, a la luz de las circunstancias del conflicto en presencia, deban resolver procurando la optimización de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas implicadas. De este modo, en los casos de poligamia, si bien la intervención de la excepción del orden público internacional debe operar con mayor intensidad a la hora de validar un matrimonio poligámico, por ser contrario a los valores fundamentales del foro y atentar contra la dignidad de la mujer, no es menos cierto que el reconocimiento de determinados efectos de las uniones poligámicas válidamente celebradas en el extranjero, como son las pensiones de viudedad, merece una valoración positiva en cuanto tiene en cuenta la situación de desprotección y de exclusión social en la que se encontrarían las viudas

musulmanas de no percibir ninguna pensión. En estos supuestos, podemos por consiguiente afirmar que del rechazo absoluto de la poligamia ha evolucionado hacia una relativa apertura del reconocimiento de algunos de sus efectos en la práctica jurisprudencial.

Las dificultades surgen a la hora de establecer una vía de solución entre la integración de las comunidades extranjeras en el país de acogida y la libertad que se les reconoce a vivir de acuerdo a su identidad, siendo este uno de los principales ejes de discusión de las distintas soluciones jurisprudenciales y legales doctrinales actuales.

La pluralidad de identidades culturales y religiosas coexistentes en la sociedad española parece exigir un reconocimiento y un derecho a la tolerancia de esas diferencias, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, el respeto a la diversidad cultural y religiosa no significa «el consentimiento, la equiparación de toda pretensión a la diferencia. La respuesta otorgada por la jurisprudencia exige conciliar, en un equilibrio que debemos reconocer, en ocasiones, como tarea difícil, la comprensión y valoración de la diversidad, con la posibilidad de evaluar las pretensiones normativas de las diferentes culturas» (De Lucas, 1994, 32-35), lo que conlleva la necesidad de un mejor conocimiento de las instituciones jurídicas extranjeras en presencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adam Muñoz, M. D. «El Estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio», en: Blázquez Rodríguez, I. y Adam Muñoz, M. D. (coords.). *Inmigración magrebí y Derecho de Familia*. Junta de Andalucía, 2005, p.187-248.

Asín Cabrera, M. A. «La mujer y el Derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración», en: Gómez Rodríguez A. y Tally J. (eds.). *La Construcción cultural de lo femenino*. Centro de Estudios de la Mujer. Universidad de La Laguna, 1998, p. 105- 149.

Blázquez Rodríguez, I. «Sociedad multicultural y Derecho de Familia», en: Blázquez Rodríguez, I. y Adam Muñoz M. D. (coords.). *Inmigración magrebí y Derecho de Familia*. Junta de Andalucía, 2005, p. 37-66.

Bucher, A. «La famille en droit international privé». *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 283 (2000), p. 9-186.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. «Adopción Internacional», en: *Derecho Internacional Privado*, vol. 2. Granada: Comares, 2014, p.333-396.

- Carrascosa González, J. «Matrimonios y parejas de hecho», en: *Derecho Internacional Privado*, vol. 2. Granada: Comares, 2014, p. 81-146.
- Carrascosa González, J. «Orden público internacional y externalidades negativas». *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62 n.º 2065 (2008), p. 2351-2378.
- De Lucas, J. «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 31 (1994), p. 15-40.
- Desdentado Daroca, E. «Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución». *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 228 (2009), p. 24 y ss.
- Diago Diago, M^a del Pilar. «La kafala islámica en España». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2 n.º 1 (2010), p.140-164.
- Elvira Benayas, María Jesús. «Introducción a ciertas cuestiones del Derecho de Familia en las sociedades multiculturales». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 18 (2008), p 149-163.
- Esteban de la Rosa, G. «El nuevo Derecho Internacional Privado de la inmigración». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, n.º1 (2007), p. 103-129.
- Fernández Coronado, A. «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85 (2009), p. 125-156.
- Generalitat de Catalunya. Departament d'interior, Relacions Institucionals i Participació. *Programa de Seguretat contra la Violència Masclista*. Procedimiento de Prevención y Atención Policial de los Matrimonios forzados, 2009.
- Igareda González, N. «Debates sobre la autonomía y el consentimiento en los matrimonios forzados». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 47 (2013), p. 203-219.
- Juárez Pérez, P. «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23 (2012), p. 1-45.
- Marchal Escalona, N. «La kafala islámica: problemática y efectos», en: Durán Ruiz, Francisco Javier (dir.). *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*. Granada: Comares, 2013, p. 237-269.

Rodríguez Benot, A. «Eficacia de la Kafala ante el ordenamiento español», en: *Kafala y Adopción en las Relaciones Hispano-Marroquíes*. Madrid: Proyecto Adl. Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en Marruecos 2005-2009 (2009), p. 127-155.

Vargas Gómez-Urrutia, M. «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería». *Actualidad Laboral*, n.º 33 (2003), p. 581-601.

ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Poligamia

Inadmisibilidad de inscripción de matrimonios poligámicos

RDGRN de 3 de diciembre de 1996.

RDGRN de 20 de febrero de 1997.

RDGRN de 31 de marzo de 1998.

RDGRN de 4 de julio de 2002.

RDGRN (7ª) de 4 de diciembre de 2002.

RDGN (4ª) de 9 de enero de 2013.

RDGN (30ª) de 9 de mayo de 2013.

RDGN (45ª) de 15 de julio de 2013.

RDGN (4ª) de 26 de julio de 2013.

RDGN (158ª) de 2 de septiembre de 2013.

RDGN (1ª) de 4 de noviembre de 2013.

RDGN (22ª) de 13 de marzo de 2014.

Denegación de la adquisición de la nacionalidad española

Sentencia del TS (CA) de 14 de julio de 2004.

Sentencia de la AN (CA) de 4 de junio de 2009.

Sentencia de la AN (CA) de 6 de mayo de 2010.

Sentencia del TS (CA) de 26 de febrero de 2010.

Sentencia del TS (CA) de 4 de julio de 2011.

Sentencia del TS (CA) de 10 de octubre de 2011.

Sentencia de la AN (CA) de 26 de diciembre de 2011.

Sentencia de la AN (CA) de 1 de marzo de 2012.

Sentencia de la AN (CA) de 14 de marzo de 2013.

Delito de bigamia

Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Málaga-Melilla, n.º 7/2003 (Sección 7ª), de 11 de febrero de 2003.

Auto n.º 30/2008 de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª), de 21 de enero de 2008.

Sentencia de la A.P. de Almería, n.º 32/2009, de 29 de enero de 2009.

Sentencia de la A.P. de Guipúzcoa (Sección 1ª), n.º 181/2010, de 30 de abril de 2010.

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Provincia de Navarra), n.º 251/2014, de 1 de octubre de 2014.

Reconocimiento del derecho de la pensión de viudedad de las esposas supérstites

Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de La Coruña, de 13 de julio de 1998.

Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Barcelona, de 10 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, de 2 de abril de 2002.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de julio de 2002.

Sentencia del TSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003.

Sentencia del TSJ de la Sala de lo Social de Cataluña, n.º 5255 /2003, de 30 de julio de 2003.

Matrimonios forzados

Sentencia de la AP de Cádiz, auto n.º 173/08, de 23 de junio de 2008.

Sentencias del TS (Sala de lo Penal), n.º 1399/2009, de 22 de diciembre de 2009.

Kafala marroquí

Reconocimiento de efectos jurídicos en el orden civil

Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona (Sección 18ª), auto n.º 86/2006, de 28 marzo de 2006.

Sentencia AP de Tarragona (Sección 1ª), auto n.º 67/2008, de 23 de junio de 2008.

Sentencia AP de Barcelona (Sección 18ª), auto n.º 181/2008, de 8 de julio de 2008.

Sentencia AP de Barcelona (Sección 18ª), auto n.º 153/2011, de 27 de junio de 2011.

Reconocimiento de la percepción de pensiones de orfandad

Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), n.º 58/2008, de 31 de enero de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), auto de 10 febrero de 2009.

ANUARIO DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

El *Anuario de la inmigración en España* es una publicación editada por CIDOB que, en el ámbito de las ciencias sociales y desde una perspectiva multi e interdisciplinar, analiza las principales características y tendencias de los flujos migratorios y las políticas de inmigración e integración en España.

El Anuario combina el rigor de la publicación académica con el carácter informativo y de balance, así como la voluntad divulgativa y de incidencia en el debate político y social, propios de una publicación periódica de estas características.

Se edita en versión impresa y digital.

CONTENIDO

Con un enfoque académico y estilo divulgativo, el texto debe tratar cuestiones relativas al fenómeno de la migración en España, destacando a la vez y a partir de datos actualizados, las principales tendencias y perspectivas del tema abordado, combinando información y análisis. Los trabajos publicados deberán ser originales inéditos que supongan una aportación novedosa al área de estudio.

COPYRIGHT

Los textos aceptados pasan a tener el copyright de CIDOB y pueden ser reproducidos una vez haya salido la copia impresa del Anuario, y siempre y cuando se cite la fuente, la autoría y no se haga copia derivada ni uso comercial. Los artículos se publican en la versión electrónica de la revista en la modalidad de acceso abierto (Open Access) y bajo la licencia.



EVALUACIÓN POR EXPERTOS

Después de una primera revisión por parte de la dirección académica de la publicación, los artículos pasan por un proceso de evaluación externa por pares (*peer review*) de anonimato doble. Finalizado el proceso de evaluación, el dictamen puede ser de tres tipos: *negativo* (no se puede volver a presentar el artículo); *positivo* (se publica); y *condicionado con pequeños cambios*; o *condicionado con cambios importantes* (la nueva versión deberá volver a pasar por revisión). Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación, el autor no lo presentará a otras editoriales y/o revistas. Se intentará notificar una respuesta antes de **5 semanas**.

TÍTULO

Debe ser una indicación concisa del contenido. Puede ir seguido de un subtítulo que sólo contendrá información complementaria (**máximo 97 caracteres con espacio**, ambos incluidos).

Entregar en **castellano e inglés**.

EXTENSIÓN Y PRESENTACIÓN

6.000-7.000 palabras, incluidas notas y referencias bibliográficas ($\pm 10\%$).

El autor/a facilitará un **resumen** en castellano e inglés del contenido del artículo de máximo 150 palabras en un solo párrafo y **4-6 palabras clave**. Además se hará entrega de **3-5 destacados** (de 20-30 palabras) que contengan ideas clave que puedan ser extraídas del propio artículo.

El cuerpo del manuscrito debe contener una **introducción**, que sitúe el objeto de estudio, la importancia del mismo y la metodología empleada, si fuera el caso; un **espacio teórico** (si fuera necesario) que recoja el estado de la cuestión; un **apartado principal** que presente los resultados de la investigación/análisis realizado (se recomienda subdividirlo en bloques temáticos separados por un intertítulo), y, por último, unas **conclusiones**, que recojan las ideas principales obtenidas del estudio.

Junto con el trabajo, el autor/a hará llegar unos datos básicos: teléfono, dirección postal, filiación institucional o lugar de trabajo, así como la dirección pública de correo electrónico.

Se aceptarán **cuadros y gráficos a dos tintas**. Entregar adjunto en formato Excel. Se ruega **limitar su número**.

Los artículos presentados para su evaluación serán aceptados en castellano e inglés.

Enviar el texto por e-mail en word o RTF a: **ffabregues@cidob.org**

CRITERIOS DE EDICIÓN

Antes de ir a imprenta, las pruebas del texto editado (maquetas) serán enviadas en formato electrónico a los autores (y en su defecto, al editor) para su revisión y, en su caso, corrección de posibles errores. Estas pruebas deberán ser devueltas en un plazo no superior a una semana a partir de la fecha de envío. No se permitirán modificaciones o alteraciones sustanciales del contenido del texto editado.

A fin de mantener la coherencia global que requiere una publicación periódica, el equipo editorial se reserva el derecho de modificar el formato de los acrónimos, siglas, referencias bibliográficas, notas, cargos oficiales, etc., de acuerdo con el Libro de Estilo de CIDOB.

Los autores deben seguir las pautas generales expuestas a continuación:

1. Acrónimos / siglas

Siempre que se cite por primera vez un acrónimo o una sigla, incluir, entre paréntesis, su significado completo.

2. Notas

No confundir nota a pie de página con referencia bibliográfica. Se utilizarán excepcionalmente. La nota sirve para clarificar o complementar aspectos del contenido del texto. Si la nota necesita *ser referenciada*, se añade entre paréntesis el apellido del autor citado, el año y la página (p.ej., Innerarity, 2009: 26). Se ruega limitar su número a un máximo de **25-30 notas**. **Importante:** la **extensión** de la nota no puede superar las 5 líneas.

3. Referencias bibliográficas

Aceptaremos y aplicaremos la norma ISO 690-1987 y su equivalente UNE 50-104-94 que establecen los criterios a seguir para la elaboración de referencias bibliográficas. Presentarlas ordenadas alfabéticamente y agrupadas al final del texto. Deben tener su correspondencia en el texto, donde se incorporará la referencia entre paréntesis, indicando únicamente el apellido del autor citado, el año y la página: (Barbé, 2006: 32) o (Krastev *et al.*, 2010: 108).

a) Para libros

Lafleur, Jean-Michel (ed.). *Diáspora y voto en el exterior. La participación de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen*. Barcelona: CIDOB, 2012, p. 15-37.

Díez Nicolás, Joaquín. *Las dos caras de la inmigración*. Madrid: Observatorio Permanente de la Inmigración, 2005.

b) Capítulos de libros

Cachón Rodríguez, Lorenzo. «Prólogo. Hablemos de derechos de personas migrantes», en: Lafleur, Jean-Michel (ed.). *Diáspora y voto en el exterior. La participación de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen*. Barcelona: CIDOB, 2012, p. 5-14.

Gil Araujo, Sandra y Pedone, Claudia. «La familia contribuye a la estabilidad del propio migrante. Políticas públicas y discursos políticos sobre familia, migración y género en España, Ecuador y Colombia», en: Karasik, Gabriela A. (ed.). *Migraciones internacionales contemporáneas. Reflexiones y estudios sobre la movilidad territorial de la población*. Buenos Aires: CICCUS, 2012.

c) Artículos de publicación en serie (revistas, periódicos, colecciones)

López-Sala, Ana. «Managing Uncertainty: Immigration Policies in Spain during Economic Recession (2008-2011)». *Migraciones Internacionales*, vol. 7, n.º 2 (julio de 2013), p. 39-69.

Mahía, Ramón y de Arce, Rafael. «Pobreza de la población extranjera en España». *Anuario de la Inmigración en España 2013* (2014), p. 138-162.

d) Para publicaciones en serie completas

Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n.º 105 (1982-). Barcelona: CIDOB, 2014.

Migraciones Internacionales, vol. 7, n.º 4 (2001-). Tijuana (México): El Colegio de la Frontera Norte, 2014.

e) Publicación electrónica

Colectivo loé. *Impactos de la crisis sobre la población inmigrante*. Madrid: Organización Internacional de Migraciones, 2012 (en línea) [Fecha de consulta 22.10.2013]

<http://www.colectivoioe.org/uploads/0bae582aa3b0842a9eaf50cde16f4f97d9527bcb.pdf>

f) Usar "et al." para citar un trabajo firmado por más de dos autores (Esteban *et al.*, 2011).

g) Usar las letras (a, b, c, etc.) para distinguir citas de diferentes trabajos de un mismo autor en un mismo año (Barbé, 2001a).