

MATRIMONIO POLIGÁMICO, ORDEN PÚBLICO Y EXTRANJERÍA

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

Revista Actualidad Laboral (AL)

Nº 33, 2003, pp. 581-601

ISSN 0213-7097

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



MATRIMONIO POLIGÁMICO, ORDEN PÚBLICO Y EXTRANJERÍA

Marina Vargas Gómez-Urrutia

Profesora asociada de Derecho internacional privado (UNED)

Resumen: El estudio tiene su punto de referencia en una decisión judicial española que reconoce efectos jurídicos en España a un matrimonio poligámico y concede la pensión de viudedad pro parte entre las dos cónyuges supervivientes del causante. Es poco frecuente –y por ello suscita mayor interés– que tal problema se plantee ante la jurisdicción de lo social en una controversia entre el INSS y dos «viudas» tras el fallecimiento de un trabajador extranjero –de estatuto matrimonial poligámico– establecido en nuestro país con sus dos esposas y los hijos comunes de ambas. El presente trabajo aborda esta cuestión desde la perspectiva del Derecho internacional privado español con el fin de poner de relieve las relaciones estructurales entre las normas de conflicto y las normas materiales de extranjería en las respuestas que unas y otras ofrecen en dos sectores de nuestra disciplina: el de la ley aplicable al estatuto personal y el de las condiciones de entrada al territorio nacional respecto de los familiares de los nacionales de terceros Estados.

SUMARIO. I. Introducción al problema.–II. Hostilidad del ordenamiento del foro frente al matrimonio poligámico: cláusula de orden público.–III. Reconocimiento de ciertos efectos jurídicos al matrimonio poligámico: efecto atenuado del orden público y el controvertido orden público de proximidad.–IV. Efectos reconocidos, ¿incidencia en el permiso de residencia?–V. Relaciones estructurales entre los distintos sectores del Derecho internacional privado: interacción de las subestructuras normativas.–VI. Consideraciones últimas a modo de reflexión.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

La sentencia que da motivo a este estudio es del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona. Sentencia 591/2001, de 10 de octubre. Autos 945/1999. Khadidja K. vs. Instituto Nacional de la Seguridad Social y Fátima C.

No es la primera vez que –en su actividad jurisdiccional– un tribunal de justicia español ha tenido que enfrentar el problema referido a la validez de un matrimonio contraído en el extranjero y entre extranjeros con el fin de reconocerle efectos en nuestro ordenamiento jurídico interno (1). Lo que sí resulta menos frecuente –y por ello suscita mayor interés– es que tal problema se plantee en una controversia entre dos cónyuges supervivientes de un matrimonio poligámico, siendo el causante un trabajador inmigrante establecido en nuestro país con sus dos esposas y los hijos comunes de ambas (2). La presente decisión afronta esta situación cuando la primera esposa del causante –a quien ya el INSS le había reconocido la pensión de viudedad en su integridad– impugna ante el Juzgado de lo Social la resolución posterior dictada por mismo organismo en la que –entendiendo la concurrencia simultánea de la cualidad de cónyuge superviviente en la segunda esposa– le reconoce también el derecho a la prestación de viudedad y ordena el reparto de la pensión entre las dos viudas por partes iguales (3).

Cabe advertir que en el procedimiento no se discutía la base reguladora de la prestación de viudedad ni ningún otro efecto de la misma, sino –en sentido estricto– la circunstancia de que la percepción se repartiera por partes iguales entre las dos esposas tratándose de un matrimonio poligámico prohibido por el derecho español. En su labor interpretativa el Juzgado trató de determinar prima facie la cuestión previa referida a la condición de cónyuge de la segunda esposa. Para ello, trajo a la vista el expediente administrativo y constató que quedaba constancia de que tanto la actora como la codemandada habían contraído matrimonio con el causante en Gambia y que ambos matrimonios habían quedado registrados conforme a la ordenanza mahometana de matrimonios y divorcios de 1941 por el Tribunal Islámico de Banjul. Constatado tal extremo el Juzgado determinó, en su FJ 2 que,

«el matrimonio celebrado en Gambia por el causante conforme a la legislación de ese país es consecuente con la previsión de la norma en su art. 9 CC, precepto que señala que es la ley personal, la determinada por la nacionalidad de las personas físicas, la que rige estos aspectos, teniendo en cuenta que tanto el causante como la actora y la codemandada tenían nacionalidad gambiana y que conforme a su ley personal el causante contrajo sus matrimonios».

Esta determinación llevó al Juzgado a declarar que,

«al fallecimiento del causante extranjero constan dos vínculos matrimoniales vigentes que generan los efectos reconocidos por la entidad gestora en materia de seguridad social.»

Conforme a ello, desestimó la demanda.

Partiendo de estos antecedentes, conviene retener que para nuestro sistema jurídico el matrimonio islámico es una de las instituciones del derecho de familia cuyo reconocimiento aparece frecuentemente asociado al problema del orden público del foro. Esta asociación obedece al rechazo u hostilidad del ordenamiento jurídico interno frente a la poligamia –entendida como aceptación jurídica de la existencia simultánea de más de un cónyuge– por un Estado en el cual la forma legítima de matrimonio es la unión exclusiva de un hombre con una mujer (4). Se trata de una distinción esencial que caracteriza a los sistemas matrimoniales de nuestro entorno socio-cultural, al tiempo que sirve de atributo de una determinada unión. Como regla general cabría afirmar que el orden público del foro se puede oponer para no reconocer a la segunda unión matrimonial el carácter de «conyugalidad» (5); esto es, la consideración de cónyuge a la segunda esposa. Tal oposición, sin embargo, no es radical en la medida en que, en estos mismos sistemas, no se priva de ciertos efectos jurídicos a las uniones polígamas. Recuérdese en este sentido que la celebración de un matrimonio no monógamo no supone violación de un derecho fundamental y, por lo tanto, la reacción del ordenamiento jurídico ante los mismos es más flexible (6). En este orden de ideas, tiene razón el profesor A. BUCHER al decir que, «se puede no querer aceptar la poligamia, pero no se puede ni ignorarla ni rechazarla completamente, sin atribuirle el menor efecto jurídico» (7).

Para organizar nuestra reflexión seguiremos una distinción metódica en torno a varios ejes: el primero de ellos, que pone de relieve la hostilidad del orden jurídico del foro frente a la poligamia en los términos que recoge la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II); el segundo, referido a la posibilidad de reconocer ciertos efectos al matrimonio poligámico por la acción atenuada del orden público y aplicación matizada de este principio cuando la situación presenta especiales contactos con el foro (III); un tercer eje que gira en torno a los posibles efectos que del reconocimiento de un matrimonio poligámico pudieran atraerse hacia el derecho de extranjería (IV). Al hilo de las observaciones anteriores, y tomando en cuenta el contexto social de fuerte inmigración pluricultural en que este contencioso se produce, haremos hincapié en las relaciones estructurales entre las normas de conflicto que rigen el estatuto personal y las normas de extranjería de derecho interno relativas al control en la entrada y residencia de los miembros de la familia (en particular el cónyuge) de nacionales de terceros Estados (V); concluyendo con una breve consideración a modo de reflexión (VI).

II. HOSTILIDAD DEL ORDENAMIENTO DEL FORO FRENTE AL MATRIMONIO POLIGÁMICO: CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO

Cuando hablamos de orden público internacional tradicionalmente ponemos de relieve su contenido multiforme (8). Y es que, de modo general el orden público responde a un conjunto de principios y valores que todo orden jurídico intenta preservar y es en este

sentido que resaltamos su consideración como elemento consustancial a todo ordenamiento jurídico (9). Así, el Tribunal Supremo ha definido esta noción como, «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (STS de 5 de abril de 1966). Por lo que hace a la precisión de tales principios jurídicos, y su aplicación respecto de la cláusula de orden público del art. 12.3 CC, su examen no puede hacerse más que desde los valores reconocidos en la Constitución Española como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (ATS de 21 de octubre de 1979) y ha reiterado el Tribunal Constitucional (STC 43/1986, de 15 de abril) (10). Por otro lado, no hay que olvidar el contenido propio del Derecho internacional de los Derechos humanos (11). Y, en tal sentido, los derechos consagrados en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (12) y en sus Protocolos nos ofrecen ejemplos de principios que presentan un «valor universal» formando parte – también– del contenido del orden público internacional (ad. ex., los derechos de la libertad, el derecho al respeto a la vida privada y familiar o el derecho a la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio).

Proyectadas estas consideraciones generales sobre el asunto planteado ante el Juzgado de lo Social se trataría entonces de dilucidar dos problemas que giran en torno a la validez y a los efectos jurídicos reconocibles en España a un matrimonio poligámico contraído en el extranjero y en qué esferas o ámbitos se aplicarían estos dos problemas. Desde esta perspectiva, es sabido que el legislador español no ha regulado el supuesto «matrimonio en el extranjero entre extranjeros». Sin embargo, la existencia de estos matrimonios adquiere interés para nuestro ordenamiento en dos planos: a) en el plano judicial, por ejemplo, si se interesara la nulidad del tal matrimonio ante nuestras autoridades judiciales –siendo éstas competentes para conocer según las normas de atribución de competencia judicial internacional– o, como cuestión previa o preliminar, ad ex, en la sucesión de un cónyuge; y, b) en sede registral, por ejemplo, cuando en virtud de la adquisición de la nacionalidad española por uno de los cónyuges extranjeros deba inscribirse en el Registro Civil el matrimonio celebrado en el extranjero.

Pues bien, en la apreciación de las condiciones de validez de estos matrimonios se presentan –a su vez– dos tipos de problemas: el primero, relativo a la ley aplicable al consentimiento y a la capacidad, cuestión de fondo tradicionalmente sujeta a la ley personal (art. 9.1 CC); y, el segundo, referido a la ley aplicable a la forma de la celebración (13). Y es precisamente en el plano registral donde la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido constante al negar el acceso al Registro y, por ende, la inscripción de matrimonios poligámicos. Esta reacción se sustenta básicamente en el impedimento de ligamen, pues, en palabras de la DGRN, «aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento extranjero y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según las normas de conflicto españolas, ha de quedar excluida por virtud de la excepción de orden público, según el art. 12.3 CC; y, al

propio tiempo, en que la inscripción de tal unión, "atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer"» (14).

En consecuencia, cabe afirmar que el presupuesto que inspira la excepción de orden público en esta concreta cuestión lleva a la doctrina de la DGRN a reconocer que, aun cuando el extranjero, de acuerdo con su estatuto personal, puede, estando casado, contraer nuevo matrimonio, la legislación nacional aplicable según la norma de conflicto deberá ser excluida cuando resulte contraria al orden público (con el alcance ya indicado), siendo indudable que el matrimonio poligámico se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española del matrimonio.

Cundo nos situamos en el plano de los efectos reconocibles, sin embargo, esta hostilidad no es la misma –o dicho de otro modo, no juega con la misma intensidad–, siempre que el efecto pretendido sea otro (distinto al control del requisito de capacidad). Así lo ha reconocido la DGRN al señalar que: «... No es cuestión de dilucidar ahora los efectos de distinto tipo que ese hecho pueda producir para el ordenamiento español. Lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace...» (entre otras, resoluciones de 8 de abril de 1999 –La Ley, 2000, núm. 1599–; de 30 de septiembre de 1999 –La Ley, 2000, núm. 3898–; y, de 2 de noviembre de 1999 –La Ley, 2000, núm. 3969–). Desde esta perspectiva, la propia DGRN reconoce que, en principio, nada obsta para que un matrimonio poligámico pueda producir otros efectos «de distinto tipo para el ordenamiento español»; como así fue reconocido en la decisión que comentamos (15).

III. RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS JURÍDICOS AL MATRIMONIO POLIGÁMICO: EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO Y EL CONTROVERTIDO ORDEN PÚBLICO DE PROXIMIDAD

Como hemos señalado, en la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social la actora se oponía a la resolución de la entidad gestora de la Seguridad Social que había reconocido efectos jurídicos al matrimonio poligámico a favor de la segunda esposa para compartir pro parte la pensión de viudedad. La pretensión de la parte demandante bien podría formularse como hipótesis del siguiente modo, ¿puede la segunda esposa de un matrimonio poligámico invocar el estatuto de cónyuge legítimo según su ley personal para obtener en España determinados derechos sociales?

Tanto la entidad gestora como el Juzgado, aplicando la norma de conflicto española, entendieron y declararon que, para la concreta pretensión material, la segunda unión tenía el carácter de conyugalidad, pues al fallecimiento del causante extranjero constan dos vínculos matrimoniales vigentes que generan los efectos reconocidos por la entidad gestora en materia de Seguridad Social (16). De donde se seguiría, de modo general, que, aunque el matrimonio poligámico esté prohibido en España, la invocación de sus efectos –si el matrimonio ha sido celebrado válidamente en el extranjero– no sería

contraria al orden público para, por ejemplo, declarar el derecho a la pensión de viudedad de varias esposas como cónyuges «constando dos vínculos matrimoniales vigentes». Tal sería un ejemplo clásico del efecto atenuado del orden público (17).

Ahora bien, abierto este flanco, nuevas cuestiones pueden plantearse. El profesor A. BUCHER ha señalado que, en un plano general, el orden público atenuado puede engendrar el efecto perverso de proteger a la parte que pretende beneficiarse de la divergencia de los regímenes de conflicto de leyes (18). Es por ello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto énfasis en el hecho de que los resultados del orden público atenuado deban matizarse en función de la intensidad entre los vínculos de la situación jurídica considerada y el ordenamiento jurídico del foro (teoría del orden público de proximidad).

Aunque en la práctica no resulta sencilla la distinción entre efecto atenuado del orden público y orden público de proximidad, es posible sintetizar la distinción, para el concreto supuesto que comentamos, proyectando los efectos pretendidos en un doble aspecto: a) cuando la cláusula de orden público opera sobre la relación jurídica matrimonial válidamente creada en el extranjero: en tal caso, aunque dicha situación sea contraria al derecho del foro, sin embargo, se permite reconocer ciertos efectos en el ordenamiento jurídico interno (efecto atenuado); y, b) cuando la excepción de orden público opera en el llamado orden público de proximidad: en este aspecto, sólo se atiende a los efectos jurídicos derivados de la relación y la aplicación de cláusula de orden público se justifica por la existencia de ciertos vínculos con el foro. El problema consiste, entonces, en determinar cuál es el contacto más relevante con el foro para que el correctivo del orden público actúe negando efectos o reconociéndolos en su caso.

La doctrina francesa, haciéndose eco del problema, ha señalado que la idea de un orden público atenuado que es tolerante con la admisión de efectos al acto celebrado en el extranjero debe ser matizada en función de la intensidad de los contactos con el orden jurídico del foro. Así, en materia de poligamia y de repudio, la práctica francesa se inclina a favor de una intervención positiva del orden público cuando la esposa que solicita la protección está vinculada con Francia, por razón de su nacionalidad o de su residencia habitual (19). En este sentido, resulta ilustrativo traer a colación el asunto Baaziz, resuelto por la Cour de Cassation francesa y ampliamente comentado por la doctrina (20). La controversia versaba, al igual que en el caso sometido al Juzgado de lo Social, sobre la atribución de la pensión de viudedad a dos esposas de un ciudadano argelino (originariamente francés pero que con posterioridad perdió la nacionalidad francesa). Sin embargo, en el caso in commento, la primera de las esposas tenía la nacionalidad francesa. Un primer contencioso se planteó en relación con el acta de defunción, declarándose en sentencia firme que aun siendo válido el segundo matrimonio según la ley personal sólo debía de figurar en el acta de defunción el primer matrimonio. Sin embargo, cuando en el segundo contencioso se discutió la atribución de la pensión de viudedad, el mismo tribunal declaró que la pensión debía dividirse entre las dos esposas por igual, en virtud de un Convenio entre Francia y Argelia (de 1965)

que establecía dicho sistema de reparto. Recurrida la sentencia, la Cour de Cassation declaró que la concepción del orden público francés «se opone a que produzca efectos contra la primera esposa el matrimonio poligámico contraído en el extranjero por quien todavía es esposo de una francesa» (21).

Entonces, dando un paso más allá, podríamos preguntarnos, ¿qué sucedería en el caso contrario? Es decir, qué sucedería si la segunda esposa fuera quien ostentara la nacionalidad del foro. De nuevo aquí, la jurisprudencia francesa –razonando exclusivamente sobre la celebración de este segundo matrimonio– ha distinguido según que el enlace se lleve a cabo en Francia o en el extranjero. Desde dicha óptica, en ningún caso tal celebración podrá llevarse a cabo en Francia, pues, de manera general se admite que la excepción de orden público impediría la misma (prohibición de la poligamia) (22); pero, si se celebrase válidamente en el extranjero, el orden público se proyectaría sobre los efectos pretendidos en el foro. Es aquí donde la teoría del orden público de proximidad adquiere carta de naturaleza y también revela su compleja aplicación en la práctica. En Francia, y como solución para no permitir el reconocimiento de efectos a la segunda unión, se afirma de modo general que ésta sólo sería válida cuando la ley personal permita la poligamia, bajo reserva de protección especial a la esposa francesa, instaurada por la sentencia Baaziz. Queda, sin embargo, sin resolver conforme a qué ley se determinaría la naturaleza del primer matrimonio (estamos en el supuesto de segundo matrimonio celebrado con una nacional de foro, siendo el primer matrimonio de estatuto poligámico).

Situándonos desde la perspectiva del Derecho internacional privado español, cabría decir que, tampoco es posible celebrar válidamente tal matrimonio en España pues lo impide la prohibición de la poligamia; sin embargo, caso de celebrarse en el extranjero, y proyectándonos en el plano de los efectos reconocibles, sería difícil pensar que a la segunda esposa, siendo española, se le negara –por ejemplo, la atribución de alimentos o el reconocimiento de derechos sucesorios–; a no ser que, se esté de acuerdo con lo que señala el profesor G. DROZ, de que en esta última situación la segunda esposa que contrae matrimonio con un ciudadano de estatuto poligámico ya casado «acepta los riesgos con pleno conocimiento de causa».

En fin, han sido los problemas derivados del efecto atenuado del orden público y de la teoría del orden público de proximidad los que han conducido a la jurisprudencia a buscar nuevos argumentos tomando en consideración otros elementos. Tal sería el caso del llamado orden público económico o presupuestario, que valora los resultados económicos de la aplicación de la ley personal –ad. ex. la esposa se queda sin recursos–, así como los efectos que la solución produciría en el país de residencia –ad. ex. cargas sociales– (23). O, por ejemplo, la toma en consideración de otros datos, como los sociológicos, esto es, la valoración de la procedencia cultural de la esposa unido a la buena fe de la misma al contraer el matrimonio. Tal fue el caso –señalado por el profesor E. JAYME– de una mujer de Camerún, casada, que hace valer sus derechos de viuda de un alemán casado a su vez con otra mujer africana. El juez, atendiendo al

hecho de que «la mujer camerunesa provenía de una cultura distinta y que confiaba en la validez del matrimonio», llegó a una solución distinta de la que en principio era aplicable permitiendo de este modo compatibilizar el derecho a la identidad cultural con el mantenimiento de los valores propios del derecho del foro (24).

Todavía otro dato sobre esta «nueva» percepción. Si nos situamos en un contexto de inmigración familiar y estable como la que caracteriza –y persigue– la legislación española (25), la discusión puede polarizarse, también, en términos de integración y en la necesidad de vincular al individuo y a la familia con el medio social en el que se desenvuelve (conexión de la residencia habitual) y de respeto a la diversidad e identidad cultural de los inmigrantes residentes (conexión de la nacionalidad) (26). Distinción en absoluto irrelevante desde la perspectiva de la acción y finalidad de las normas de extranjería, como veremos enseguida.

IV. EFECTOS RECONOCIDOS, ¿INCIDENCIA EN EL PERMISO DE RESIDENCIA?

Cuando nos situamos en el plano de las normas reguladoras del derecho de extranjería, la técnica conflictual adquiere un carácter residual o accesorio. Ello es debido a que la ordenación de este sector del ordenamiento jurídico tiene una dimensión predominantemente interna y depende en gran medida de factores económicos, políticos y sociales de tipo coyuntural por los que pasan los diferentes Estados. Es así que, la regulación de la posición jurídica del extranjero se lleva a cabo –en este sector– mediante normas materiales directas, ajenas en principio al método conflictual (27). No es extraño entonces que la noción de cónyuge en el derecho de extranjería adquiriera un significado muy preciso, debe tratarse de un único cónyuge.

En tal sentido, conviene recordar que el art. 17.1 a) de la Ley de extranjería limita el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y prescribe que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial (28). La ley enumera de forma taxativa los familiares respecto de los que el residente extranjero puede ejercer el derecho a reagrupar consigo y –por lo que hace al cónyuge– exige la acreditación de varios requisitos (29): a) la existencia de matrimonio válidamente celebrado sin que se haya incurrido en fraude de ley (30); b) la vigencia del vínculo matrimonial, entendido a tales efectos como la inexistencia en el momento de iniciar el expediente administrativo de una separación de hecho o de derecho entre los cónyuges (31); y, c) la inexistencia de permiso de residencia otorgado previamente a otro cónyuge (32). En consecuencia, en presencia de norma específica de regulación material (33), el control del requisito de «conyugalidad» (utilizamos la expresión del propio Juzgado de lo Social) y a los citados efectos –rectius, no conceder el derecho de residencia a un segundo cónyuge– se verifica al margen de la norma de conflicto (34).

Ahora bien, hemos visto que la acción del orden público frente al matrimonio poligámico puede atenuarse cuando en una controversia planteada ante los tribunales se trate del reconocimiento de ciertos efectos jurídicos al matrimonio válidamente celebrado en el extranjero. ¿Cabría plantearse esta atenuación para obtener un permiso de residencia? Para analizar las posibles implicaciones podemos plantear la cuestión en torno a dos hipótesis: de un lado, si la cohabitación voluntaria y de facto en el territorio de acogida de una familia poligámica es contraria al orden público del foro a efectos de obtención del permiso de residencia de la segunda esposa; y, de otro lado, si el mantenimiento del estatuto poligámico del cónyuge residente es un elemento suficientemente relevante para justificar la falta de asimilación en el territorio de acogida y, en su caso, denegar o no prorrogar el permiso de residencia a todos los miembros de la familia.

Acudiendo a la jurisprudencia alemana y francesa encontramos ejemplos que permiten avanzar algunas ideas. En la primera de las hipótesis, las soluciones judiciales son similares y, a tal fin, distinguen según se trate de cohabitación voluntaria con o sin hijos comunes. En presencia de hijos comunes, se afirma que el hecho de la cohabitación de dos esposas con un hombre polígamo no constituye un atentado al orden público alemán, pues existiendo hijos comunes deben ser analizados los diversos intereses en presencia y debe autorizarse la residencia de la segunda esposa y de los hijos (35). Y, en el mismo sentido la jurisprudencia francesa ha afirmado que, una cohabitación voluntaria de una familia de estatuto poligámico no es contraria al orden público francés y no jugaría como obstáculo para otorgar un permiso de residencia a la segunda esposa y a sus hijos menores (36). Ahora bien, la solución varía si no hubiera hijos comunes y, en tal sentido, los tribunales alemanes han señalado que, «el orden público alemán prohíbe garantizar un deber de cohabitación múltiple»; en tanto que los tribunales franceses han seguido el mismo criterio, añadiendo otro dato, pues, «en ningún caso en presencia de cónyuge de la nacionalidad del foro podrá el marido imponer la presencia de la segunda esposa en el domicilio conyugal, por ir en contra del orden público francés» (37). Solución que –por lo demás– resulta en nuestra opinión artificiosa ya que, si cualquiera de las esposas (sea o no sea nacional del foro) se opusiera a la cohabitación more poligámico, el principio fundamental de la igualdad de los cónyuges en el matrimonio bastaría para impedir tal imposición por parte del marido.

Y es que, en estos supuestos, el fundamento para otorgar el permiso de residencia se justificaba en el vínculo de filiación entre padres e hijos comunes que cohabitan en el territorio y no tanto en la validez del matrimonio contraído en el extranjero. Lo que permite afirmar que, existiendo hijos menores, la protección de su interés superior y el derecho fundamental a no ser separados de sus padres –consagrado en el art. 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (38)– conducirían en principio al reconocimiento del derecho a la residencia de éstos y de su madre.

Este sería un ejemplo de la intervención del llamado orden público de referencia (el de los derechos humanos) que va más allá de los intereses de política nacional para

centrarse en los intereses de los destinatarios de las normas (39). Pues, en efecto, si la directriz general en la legislación de extranjería es no permitir la reagrupación familiar de más de un cónyuge (defensa del modelo familiar del foro) la exigencia de un orden público atento a los derechos fundamentales evitaría la separación de los hijos de sus padres al tiempo que se opondría a la imposición de la cohabitación de varias esposas (40). En otras palabras, y para este concreto supuesto, se trata de no poner en la misma balanza los resultados. Si bien, ha de reconocerse que ante instituciones como la poligamia hay que estar atentos a la utilización de esta argumentación pues, de lo contrario, se podría llegar a alentar la instalación irregular de la segunda o sucesivas esposas a los únicos efectos de la procreación y utilizar a los menores como salvoconducto para obtener el permiso de residencia de las esposas (41), resultado a todas luces perverso y atentatorio contra el principio de igualdad y de no discriminación (sin contar la carga extra sobre el erario público).

La segunda de las hipótesis es –en cierta medida– el paso lógico del problema anterior, ¿es el mantenimiento del estatuto poligámico del cónyuge residente un elemento suficiente para justificar la falta de asimilación en el territorio de acogida y denegar la residencia de la familia ya instalada en el territorio y/o, en su caso, su prórroga? Nuevamente la jurisprudencia francesa fue pionera en abordar la cuestión y –como veremos a continuación– la reacción del legislador no se hizo esperar. En el origen se encuentra el celeberrimo asunto Montcho que dio lugar a una resolución del Consejo de Estado francés de 11 de julio de 1980 (42).

El Sr. Montcho, nacional de Dahomey (hoy Benin) y residente legal en Francia desde 1967, desposó sucesivamente en su país de origen –y según su ley nacional– a dos mujeres. De ambos enlaces nacieron hijos. La primera esposa y los hijos comunes habían obtenido el estatuto de residentes, pero al intentar regularizar la situación migratoria de la segunda esposa y de los hijos habidos con ésta, todos ellos convivientes more poligámico en Francia, aunque sin residencia legal, las autoridades migratorias denegaron los permisos –por ser la situación contraria al orden público francés– y, en consecuencia, ordenaron la expulsión con carácter inmediato. Confirmada la orden de expulsión por tribunal administrativo, el Ministro del Interior francés sometió recurso al Conseil d’Etat, con el fin de establecer si la cohabitación en Francia del Sr. Montcho, sus esposas e hijos era contraria al orden público en el sentido de la legislación vigente en Francia en aquel momento (art. 1.5 del Decreto de 29 de abril de 1976).

Cabe recordar al hilo de este comentario que, para entonces, los tribunales franceses ya habían sentado jurisprudencia en orden a la posibilidad de que segundas esposas de estatuto poligámico reclamaran y obtuvieran el derecho de alimentos y derechos sucesorios. Pues bien, ¿por qué no reconocer también el derecho a la residencia, tanto más cuanto que se trataba del derecho al respeto de la vida normal en familia según el estatuto personal de todos los implicados? Como es fácil de apreciar, se enfrentaban aquí dos posibles razonamientos sobre el orden público, el estrictamente policial y el orden público internacional. El Consejo de Estado, razonando en el sentido de que la

segunda esposa llevaba cinco años en el país, que era la tutora legal de sus hijos, que la orden de expulsión causaría un grave perjuicio a éstos y que ningún orden público se había violentado ni podía reprochársele ningún comportamiento ilegal, desestimó el recurso. En opinión del profesor J. M. BISCHOFF, con esta sentencia quedó abierta la puerta al derecho a la reagrupación de familias de estatuto poligámico con igual tratamiento de las segundas o sucesivas esposas, a menos que la primera tuviera nacionalidad francesa (43).

No es cuestión aquí referir el debate político y la reacción de la opinión pública que este asunto suscitó en el país vecino. Lo que sí conviene retener es el cambio de orientación de esta doctrina a raíz de la modificación del derecho positivo francés (Ordenanza de 1945) llevada a cabo por la llamada Ley Pasqua de 24 de agosto de 1993 (44), al prohibirse de modo expreso tanto la reagrupación familiar de más de un cónyuge como la concesión del permiso de residencia al extranjero que viviera en situación de poligamia con sus esposas e hijos en el territorio francés. Este ejemplo ilustra el énfasis otorgado al dato sociológico asimilación a la cultura y a las costumbres francesas, en el sentido de que el no abandono de la poligamia aparecería así como un elemento indicador de la ausencia de voluntad de integración, al tiempo que serviría de freno –al menos en teoría– a la práctica de la cohabitación more poligámico y a la pretensión a posteriori de regularización del estatuto migratorio de la segunda o sucesivas esposas bajo la «cobertura» del interés superior del menor. Y, por la misma causa de razón, para denegar el derecho a la nacionalidad por residencia.

En efecto, reteniendo este dato sociológico, dos tribunales administrativos franceses sostuvieron en sendas decisiones la negativa al derecho a la nacionalidad francesa de un extranjero de estatuto poligámico pero casado solamente con una esposa (45). La variante del caso fue la introducción de la noción matrimonio potencialmente poligámico para justificar, nuevamente, la falta de asimilación a la cultura y costumbres francesas. Sin embargo, el Consejo de Estado consideró en ambos supuestos que no era suficiente para justificar la falta de asimilación la existencia de matrimonio potencialmente poligámico aún cuando no se hubiere optado –en el contrato matrimonial– por el régimen monogámico (cláusula antipoligamia) ni aunque el sistema poligámico fuera el común en su país de origen (46).

La doctrina, por su parte, ha criticado la utilización de este elemento valorativo como condicionante del grado de asimilación al país de acogida pues, las fluctuaciones de las normas de extranjería de los Estados de acogida entrañarían un grave riesgo en la medida en que el extranjero que viera amenazado su permiso de residencia por el cambio de orientación legislativa, se apresuraría a situarse en el nuevo supuesto de hecho de la norma, pudiendo alentar el repudio en el país de origen de una de las esposas, lo que se compadece mal con el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio y con el respeto a la identidad cultural de estas personas (47).

V. RELACIONES ESTRUCTURALES ENTRE LOS DISTINTOS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: INTERACCIÓN DE LAS SUBESTRUCTURAS NORMATIVAS

Como hemos visto en las líneas precedentes, la unión poligámica es una institución que ilustra muy claramente la relatividad en el espacio y en el tiempo de los valores éticos dominantes en las diferentes sociedades humanas y que, en la mayoría de las veces, se encuentran en la raíz misma de la sociedad considerada. En un mundo donde los movimientos migratorios son constantes y en ciertos momentos masivos, la posibilidad de coexistencia de sistemas que admiten el matrimonio poligámico con otros que lo prohíben hace que la colisión de estos valores adquiera nuevos perfiles que los tribunales deben en ocasiones examinar y resolver haciendo intervenir, o no, la cláusula de orden público. Mas su aplicación no es sencilla en la práctica; dificultad que no es sino un reflejo de la disyuntiva entre el respeto y mantenimiento de la identidad cultural de los inmigrantes y la integración de éstos en la sociedad de acogida garantizando los valores propios del país de residencia.

Es así que la ejemplificación de esta sentencia nos permite poner de relieve, en un plano estrictamente teórico, las relaciones estructurales entre los diversos sectores regulados por el Derecho internacional privado español: nacionalidad, extranjería, competencia judicial internacional y ley aplicable. Como ha puesto de relieve el profesor J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, una concepción amplia del Derecho internacional privado se justifica en la «unidad finalista» de las distintas materias que afectan a las relaciones privadas internacionales. Ahora bien, el análisis de los resultados a los que se llega puede realizarse considerando a esta disciplina como una «estructura jurídica global» integrada por subestructuras parciales que son las materias objeto de estudio. Desde este ángulo, es posible contemplar las recíprocas dependencias entre las materias o sectores que en cada situación o relación jurídica tengan un lugar común de encuentro. Expresado en otros términos, y para el concreto caso que hemos elegido, el modo en que interactúan la norma de conflicto y la norma material de extranjería ante el supuesto «matrimonio poligámico» y sus efectos. Esta interrelación de subestructuras normativas puede verse, siguiendo las explicaciones del citado profesor, desde un ángulo jurídico formal (la estructura de la norma en sí misma considerada) y desde un ángulo jurídico substancial (la respuesta o solución al supuesto de hecho concreto) (48).

Desde la primera de las perspectivas –visión jurídico formal– la relación entre ambas subestructuras normativas se produce en el proceso de positivación de la norma. Así, la norma de extranjería –como norma material directa– responde en materia familiar a un «planteamiento global y coordinado para el tratamiento de la inmigración en España» (49); en tal sentido, «cierra» –merced a la regulación de la reagrupación familiar (el supuesto de hecho)– la posibilidad de la integración en el territorio de familias poligámicas (50). En tanto que, la norma de conflicto –como norma indirecta– asume la existencia de una pluralidad de ordenamientos distintos y respeta la diversidad de sus contenidos; en tal sentido, «abre» –mediante la atribución de competencia a la ley de la

nacionalidad para regir el estatuto personal (supuesto de hecho)– una puerta a la «integración familiar» al reconocer ciertos efectos al matrimonio poligámico.

Reflejada esta visión jurídico formal sobre el asunto comentado resultaría a primera vista una cierta incongruencia pues, de un lado, mediante la norma material se prohíbe la poligamia –perspectiva de política migratoria– afirmándose que lo que se protege es el modelo occidental-europeo de familia nuclear y, de otro lado, mediante la norma de conflicto –perspectiva de ley aplicable– se admite que la cualidad de cónyuge –y potencialmente para la misma persona–, sea designada por un derecho extranjero (art. 9.1 en relación con el art. 12.3 CC).

Desde la segunda de las perspectivas –visión jurídico substancial o material– la relación entre ambas subestructuras normativas se vincula al proceso de aplicación. En efecto, cuando se trata de controlar el acceso al territorio de la segunda esposa, la norma material de extranjería desplaza a la norma de conflicto no permitiendo que ésta intervenga para preguntarse sobre la ley aplicable estatuto personal; esto es, para determinar la cualidad de cónyuge a efectos de reagrupación familiar. Sin embargo, si se interesara en el plano judicial la determinación de esta misma cualidad, por ejemplo para la atribución de un determinado derecho, siendo nuestros tribunales competentes para conocer, no sólo deberán aplicar la norma de conflicto llamada a regir la concreta situación, sino que determinarán los efectos que ese concreto derecho extranjero desplegará en el ordenamiento del foro. Lo que evidencia, nuevamente, las recíprocas dependencias entre las subestructuras normativas, pues –ahora– la norma sobre competencia judicial (forum) condicionará el alcance de la que determina el derecho aplicable (ius).

Reflejada esta visión jurídico material o substancial sobre el asunto comentado la respuesta material será distinta según que el derecho pretendido fuera el derecho a la residencia como cónyuge por la vía de la reagrupación familiar, que en ningún caso se le concedería constando ya un primer cónyuge con tal estatuto (51); o, por el contrario, que el derecho pretendido fuera otro, como en el caso de autos. Cabría en fin preguntarnos si esta diferente reacción normativa frente al matrimonio poligámico no hace claudicar los principios que respectivamente postulan. Pues es así que en un primer momento se aparta la ley extranjera permisiva de la poligamia para no otorgar el derecho a la residencia de la segunda esposa y, posteriormente, se atenúa tal hostilidad para reconocerle un derecho eminentemente social e integrador, cual es la prestación de viudedad de la seguridad social. Quiérase o no, tal resultado ha creado en el particular afectado una legítima expectativa jurídica para exigir ahora (ad intra) el derecho que antes (ad extra) se le negaba: la residencia en el territorio.

VI. CONSIDERACIONES ÚLTIMAS A MODO DE REFLEXIÓN

La mundialización de las relaciones internacionales a nivel «interparticular» genera el contacto de instituciones que –en ocasiones– pertenecen a ordenamientos jurídicos de

bases axiológicas diferentes; contacto que puede dar lugar a lo que se ha dado en llamar conflicto de civilizaciones. Parece claro que en los sistemas jurídicos occidentales la desacralización del matrimonio y la «monogamia sucesiva» que el divorcio autoriza no resultan suficientes para evitar el choque entre dos concepciones fundamentalmente opuestas del matrimonio.

El problema –aunque conocido desde la Antigüedad– revive en nuestros días merced al incremento en los últimos años de la inmigración de poblaciones procedentes de países de islámicos. Proyectado el fenómeno sobre las relaciones privadas internacionales de la familia se produce un movimiento –por así decirlo– de varias «subestructuras normativas» del Derecho internacional privado, cuyas recíprocas relaciones no pueden aislarse como si de compartimentos estancos se tratara. En efecto, las normas de extranjería permitirán «bajo un control normativo material» la instalación del inmigrante con su familia; léase, sólo aquella que responda al modelo occidental europeo de familia nuclear. Al propio tiempo, y en el marco de una política estatal dependiente de las directrices internacionales y comunitarias (52), deberá favorecer la integración de la familia en el territorio de acogida respetando la identidad cultural de las personas y sus derechos fundamentales. La norma de extranjería aborda, así, la reglamentación familiar prohibiendo y limitando, mediante condiciones y requisitos, la reagrupación de más de un cónyuge aunque su ley personal admita la poligamia. En el proceso aplicativo, la norma material desplaza la intervención de la norma de conflicto no permitiéndole preguntar –llegado el momento– sobre la ley aplicable al estatuto personal. Esto prueba que ambas subestructuras normativas (norma material-norma de conflicto) se correlacionan en las respuestas jurídicas que una y otra ofrecen en cada sector.

Ahora bien, sistemas jurídicos que, como el nuestro, mantienen una concepción amplia del estatuto personal y que han optado por la conexión de la nacionalidad, aunque limitado su alcance desde la reforma al Código Civil de 1974, empiezan a presenciar –merced a la sedentarización y al carácter familiar de la inmigración– el enfrentamiento ante sus tribunales de las leyes nacionales de estas familias inmigrantes; leyes que, como queda dicho, son las que rigen su estatuto personal.

Cuando la controversia se plantea en el plano judicial se revela entonces la correlación de soluciones entre *forum* y *ius*. Y es que, declarada la competencia judicial de nuestros tribunales, el juez que deba decidir sobre los efectos reconocibles a un matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero aplicará la norma de conflicto interna. Y, cierto, podrá oponer la cláusula de orden público realizando un test de aplicación, pero lo que no podrá oponer es el «orden público natural de la norma de extranjería» para no reconocer efectos. En otras palabras, en este proceso de aplicación, la norma material de extranjería será sutilmente desplazada por la norma de conflicto, y sólo el orden público podría oponerse, atenuándose según sea el efecto pretendido.

Finalmente, si en plano judicial se reconoce un determinado derecho al cónyuge de estatuto poligámico (ad. ex. una prestación de la Seguridad Social) habrá que ver si esta concreta circunstancia y los intereses en presencia serán lo suficientemente relevantes como para incidir sobre la norma de extranjería modificando, ante el caso concreto, la respuesta general de ésta.

En el marco de este comentario hemos apuntado algunas soluciones judiciales y tendencias doctrinales sugeridas frente a los agudos problemas derivados del estatuto poligámico en un concreto ordenamiento jurídico. Parece claro que desde el propio ordenamiento jurídico del foro no hay respuestas únicas, ni tampoco fáciles, sobre todo si tenemos en cuenta las distintas formas de entender la integración social de los extranjeros desde las instituciones públicas y por la propia ciudadanía. Lo que sí es cierto es que el fenómeno migratorio y las políticas de inmigración en la Europa «común-comunitaria» van a provocar en breve plazo un cambio de orientación todavía más restrictivo en las leyes de extranjería de los Estados miembros (53).

La pregunta que dejamos abierta es si este cambio de orientación legislativa en materia migratoria tendrá suficiente efecto como para desencadenar revisiones paralelas y «conexas» del sistema de derecho internacional privado interno y, en concreto, en la solución conflictual a algunos de los problemas relacionados con la ley aplicable al estatuto personal.

En nuestro país parece confirmarse tal conexidad a la vista de la propuesta de modificación de la respuesta conflictual a la separación y al divorcio en los supuestos de tráfico externo (54). En efecto, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (55), propone la modificación del art. 107 CC en materia de ley aplicable a la separación y al divorcio «para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración» (56). Con la finalidad de solventar «los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio» (Exposición de Motivos Considerando IV-4.^a), el Proyecto de Ley intenta superar los límites que supone la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges y hace primar el interés de la persona de lograr la separación o el divorcio «por ser expresión de su autonomía personal». En este sentido, cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, la propuesta de reforma al art. 107 CC, da preferencia a la aplicación de la ley española sobre la ley extranjera que fuera aplicable, si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Sin ánimo de llevar a cabo, en este momento, una valoración crítica sobre el tenor del precepto, no podemos por menos que terminar estas breves reflexiones haciendo notar la paradoja de abordar la modificación de una institución civil, como es la respuesta conflictual a la separación y al divorcio en supuestos de tráfico jurídico externo, desde

una ley que se inserta en el Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado por el Gobierno, en septiembre de 2002, para dar respuesta penal «frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos» y «frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos» (Exposición de Motivos IV numerales 1.º, 2.º y 3.º). El último numeral (4.º), sin embargo, cambia «el tono» y enuncia medidas que responden al objetivo de «mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfruten de semejantes derechos a los nacionales» (sic) y, a tal, fin revisa las conexiones del art. 107 CC.

NOTAS AL PIE

(1) Quiero expresar mi agradecimiento a las profesoras E. PÉREZ VERA y P. ABARCA JUNCO por los valiosos comentarios realizados al primer borrador de este trabajo. Igualmente, a los profesores del Área de Derecho del Trabajo de la UNED, J. MALPARTIDA MORANO, por facilitarme el texto de la sentencia, y F. SUÁREZ GONZÁLEZ, por allanarme el camino de la publicación en esta Revista.

(2) La decisión resulta además particularmente interesante por ser una de las primeras manifestaciones en la jurisprudencia laboral española del respeto a la identidad cultural de los inmigrantes como atenuación del correctivo del orden público. Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S. Derecho internacional privado, Madrid, 2000, pág. 37.

(3) Del relato de hechos probados de la sentencia no se deduce que la segunda esposa estuviera inscrita en el padrón municipal con el resto de la familia. Sin embargo, en la nota aparecida en la prensa, al parecer la segunda esposa compartía el mismo domicilio que el causante y, en la actualidad, se encuentra residiendo en Senegal.

(4) Vid. FLAQUER, L. El destino de la familia, Madrid, 1998, págs. 68-75, esp. pág. 71. Sobre la crisis de las institución matrimonial y la conveniencia de reformar su regulación jurídica, vid., ESPINAR VICENTE, J. M. «Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio», en Actualidad Civil, núm. 19, semana del 5 al 11 de mayo de 2003.

(5) No aparece el término en el DRAE, mas sí el adjetivo conyugado/a como expresión de «unido en matrimonio» y sinónimo de casado. Baste recordar al hilo de esta idea que la familia protegida por el art. 39.1 CE no es exclusivamente la de origen matrimonial, según célebre STC 222/1992, de 11 de diciembre, que abrió la posibilidad de incluir en el concepto de familia a una gama indeterminada de modelos.

(6) Vid., ABARCA JUNCO, P. «La regulación de la sociedad multicultural», en Estatuto personal y multiculturalidad de la familia (A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE, –Coord.–), Madrid, 2000, pág. 172.

(7) «... l'on peut ne pas vouloir accepter la polygamie, mais l'on ne peut ni l'ignorer, ni la rejeter complètement, sans lui attribuer le moindre effect juridique». Vid., BUCHER, A. La famille en droit international privé, R. des C., t. 283, 2000, pág. 129.

(8) La expresión en LOUSSOUARN, Y. / BOUREL, P. Droit international privé, Dalloz, 1999, § 252. Siendo el orden público uno de los temas recurrentes del Derecho internacional privado, la bibliografía es tan amplia como variados los supuestos en los que se proyecta. Véanse especializadas y exhaustivas referencias en CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Introducción al Derecho internacional privado vol. I., Granada, 1997, págs. 445-447.

(9) Vid., GUZMÁN ZAPATER, M. «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado» (II), en Derecho internacional privado, vol. I. (E. PÉREZ VERA, –Dir.–), UNED, Madrid, 2002, págs. 162-169.

(10) Sobre la relevancia de la Constitución para el sistema de Derecho internacional privado en materia de orden público, vid., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. «El sistema español de Derecho internacional privado», en Derecho internacional privado, vol. I. (E. PÉREZ VERA, –Dir.–), op. cit., págs. 55-56. Vid., CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Derecho Internacional Privado (I), Granada, 2002, pág. 297.

(11) El examen de esta noción esencial no puede ser entendida –hoy en España– bajo criterios puramente nacionales, pues, tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho internacional de los Derechos humanos desempeña relevante papel para la integración del contenido del orden público en el Derecho internacional privado, ex art. 10.2 CE. Vid., GUZMÁN ZAPATER, M. «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado» (II), op. cit., pág. 163. en el concreto ámbito del Derecho de la Unión Europea, véase de la misma autora, «¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas)», en Aranzadi Civil, núm. 5, junio 2001, págs. 16-40.

(12) Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE 243, de 10 de octubre de 1979).

(13) Baste con señalar a los efectos de este caso que, respecto de la forma ésta se apreciará siempre que el matrimonio hubiere sido contraído de conformidad con la ley del lugar de celebración o de acuerdo con la ley personal de cualquiera de los cónyuges (interpretación analógica del art. 50, en relación con el art. 49 CC). Respecto a los matrimonios celebrados en forma religiosa en España véase, Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993 (BOE, 24 de febrero de 1993). Y, con carácter general, vid.,

ABARCA JUNCO, P. «La celebración del matrimonio y su nulidad», en Derecho internacional privado, vol. II. (E. PÉREZ VERA, –Dir.–), op. cit., págs. 107-116; CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Derecho internacional privado, vol. II., 3.^a ed. 2002, págs. 67 y ss.; ESPINAR VICENTE, J. M. El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado, Madrid, 1996, pág. 110; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S. Derecho Internacional Privado, op. cit., pág. 435; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. et. al., Derecho Internacional Privado, Parte especial, Madrid, 1993, pág. 419.

(14) Entre otras: res. 8 abril 1999, La Ley, 2000, núm. 159; res. 27 abril 1999, La Ley, 2000, núm. 1890; res. 14 de mayo de 2001, La Ley, 2001, núm. 8639; res. 8 de marzo de 1995, AC 1995, núm. 260.

(15) En la doctrina española, los aspectos del derecho de familia en el tráfico externo relacionados con la multiculturalidad han sido examinados por diversos autores. Con carácter amplio véanse las obras colectivas: Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (I. GARCÍA RODRÍGUEZ –ed.–, Alcalá de Henares, 1999); Estatuto personal y multiculturalidad de la familia (A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL -Coord.–, Madrid, 2000); y, La multiculturalidad: especial referencia al Islam, (A. RODRÍGUEZ BENOT -Dir.–, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII Madrid, 2002). En este mismo ámbito, la doctrina y la jurisprudencia española han señalado las diferencias en los aspectos personales, familiares y laborales de los derechos de nuestro entorno socio cultural y de los derechos que, por su origen, están vinculados a los inmigrantes, vid., SÁNCHEZ LORENZO, S. «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado», en Cursos de Vitoria-Gasteiz, 1996, págs. 168 y ss.

(16) No es objeto de este trabajo el estudio de la pensión de viudedad del art. 174 LGSS. Baste con decir que, en presencia de varios enlaces matrimoniales (cuando el causante contrajo nuevo matrimonio) el TS, en unificación de doctrina, ha establecido que, «la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la proporción que ha de asignarse a este último». STS en unificación de doctrina, de 26 de abril de 1995 y auto TS en unificación de doctrina, de 26 de noviembre de 1998 (Ar. 3733 y Ar. 10039, respectivamente). Vid., por todos, ALONSO OLEA, M. / TORTUERO PLAZA, J. L. Instituciones de la Seguridad Social, Madrid, 2000, pág. 131.

(17) La teoría del efecto atenuado del orden público tuvo su origen en Francia en el asunto Rivière (C. Cass., de 17 de abril de 1953), exhaustivamente tratada por la doctrina francesa, vid., por todos, LAGARDE, P. «Public Policy», IECL, vol. III., cap. II, Private International Law, 1994, págs. 39-43. Igualmente, por la doctrina suiza y alemana al referirse a la teoría de la Binnenbeziehung o del Inlandsbeziehung (teoría del orden público de proximidad). Vid., OTHENIN-GIRARD, S. La réserve d'ordre public

en droit international privé suisse, vol. 110, Zurich, 1999, pág. 32, esp. págs. 381-430 (Ordre public et mariage polygamique).

(18) «Sur en plan plus général, l'ordre public atténué engendre l'effet pervers de protéger la partie qui exploite la divergence des régimes de conflit de lois», vid., BUCHER, A. L'ordre public et le but social des lois, R. des C., t. 239 1993, pág. 49; id., La famille en droit international privé, R. des C., op. cit., págs. 130-131.

(19) En matière de polygamie et de répudiation, la pratique française penche ainsi en faveur d'une réaction affirmative de l'ordre public lorsque l'époux réclamant protection est rattaché à la France, en raison notamment de sa nationalité ou de sa résidence habituelle. Vid., LAGARDE, P. Hommage Rigaux, París, 1993 pág. 281.

(20) El Affaire Baaziz produjo dos sentencias: la primera, de 17 de febrero de 1982, Rev.crit.dr.internat.privé, 1983, pág. 275; y, la segunda, de 6 de julio de 1988, Rev.crit.dr.internat.privé, 1989, pág. 7 (con nota de Y. LEQUETTE). Citado, entre otros autores, por G. DROZ, a propósito de los matrimonios poligámicos en Europa continental, en Cours général de droit international prive, R. des C., t. 229, 1991, pág. 151.

(21) «La conception de l'ordre public français s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci». Vid., DROZ, G. Cours général de droit international prive, op. cit., pág. 152. Y crítica en LEQUETTE, Y. Rev.crit.dr.internat.privé, 1989, pág. 78, «Il vaudrait mieux poser le principe que la seconde union ne serait considérée comme valable que lorsqu'elle est valable aux yeux de la loi personnelle du mari de la seconde épouse mais également de la loi personnelle de la première épouse».

(22) Téngase cuenta que un sector doctrinal francés ha cuestionado seriamente esta posibilidad si el matrimonio poligámico se celebra ante las autoridades consulares de su país en el territorio del Estado del foro. Para H. GUADEMET TALLON, tal celebración sería admisible si la ley personal de los tres interesados (esposo, primera y segunda esposa) permitiera la poligamia. Recuérdese que en nuestro país se admite la celebración del matrimonio entre español y extranjero bajo la forma islámica, pero no se admite el matrimonio consular ante la autoridad consular del cónyuge extranjero. Vid., ABARCA JUNCO, P. «La celebración del matrimonio y su nulidad», en Derecho internacional privado, op. cit., pág. 112.

(23) En el caso concreto, se trataba de una demanda de alimentos entre esposos iraníes; la ley iraní es descartada por los vínculos «notables» de las partes con Alemania, país de su residencia. De la aplicación del derecho iraní resultaba que la esposa no tenía derecho a alimentos y al carecer de otros recursos, pasaría, por aplicación del derecho material del foro a depender de la asistencia social alemana (Decisión OLG Oldenburg,

de 16 de septiembre de 1980, IPRax, 1981, pág. 136), cita de QUIÑONES, A. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Barcelona, 2000, pág. 53, nota 109.

(24) Es la teoría de un DI Privado en dos escalones (Zweistufentheorie). Vid., JAYME, E. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, R. des C., t. 251, 1995, págs. 234-254, con referencia a la doctrina en nota 785.

(25) Desde la perspectiva de la nacionalidad en el contexto de las sociedades multiculturales y la integración social de los inmigrantes, vid., LARA AGUADO, A. «Nacionalidad e integración social» (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre), Diario La Ley, núm. 5694, 10 de enero de 2003.

(26) Sobre las soluciones jurídicas que la doctrina española postula en orden a la superación de las particularidades y la heterogeneidad de la «multiculturalidad» véase, entre otros: BORRÁS, A. «La sociedad europea multicultural: la integración el mundo árabe», en El Islam jurídico y Europa (A. BORRÁS / S. MERNISSI –ed.–), Barcelona, 1998, págs. 163-198, esp. págs. 189-196; QUIÑONES ESCÁMEZ, A. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, op. cit., págs. 23-65. De carácter específico, vid., ASÍN CABRERA, M. A. «La mujer y el derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración», en La construcción cultural de lo femenino, Universidad de La Laguna, 1998, págs. 127 y ss.; DIAGO DIAGO, M. P. «La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español, en AequAlitas (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), enero-abril, 2001, págs. 6-13; LÁZARO GONZÁLEZ, I. «Inmigración y Derecho internacional privado», en Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes, Comillas, 2000, págs. 97-139.

(27) Vid., PÉREZ VERA, E. «Derecho de extranjería», en Derecho Internacional Privado, vol. I, op. cit., págs. 243 y ss.

(28) LO 4/2000, de 11 de enero reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social –BOE, de 23 de diciembre de 2000–. En el Derecho comunitario, la Propuesta de Directiva europea sobre reagrupación familiar va más allá al prohibir, tratándose de matrimonio poligámico, la autorización de entrada y residencia de otra esposa ni de los hijos de ésta, salvo si el interés superior del hijo lo exigiere. Vid., Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, Documento COM (1999) 638 final CNS1999/0258, DO C 116, de 26-04-2000, modificada por Propuesta modificada de la Comisión, Documento COM (2000) 624 FINAL, DO C 62 E, de 27-02-2001. Nuevamente modificada por Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, Documento COM (2002) 225 final1999/0258 (CSN) DO C 203, de 27 de agosto de 2002.

(29) A efectos probatorios ha de quedar constancia de la realidad del hecho y de la identidad de las personas. En derecho español es el art. 323 LEC el aplicable para determinar la fuerza probatoria del documento público extranjero. Cuestión distinta es la de los efectos del acta o del certificado en orden a la prueba misma del matrimonio, a cuyo fin habrá de estarse a lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo. Vid., JIMÉNEZ BLANCO, P. «La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros», en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. I., 2001, págs. 365-404.

(30) En este contexto, se entiende por «matrimonio fraudulento» el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro. Vid., la resolución CE de 4 de diciembre 1997, sobre medidas en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DO C núm. 382 de 16/12/1997), la Circular 1/2002, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería y, la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 (BOE, de 25 de enero de 1995).

(31) Vid., STS de 23 de enero de 1999, –Ar. 1999/1330–, sobre el alcance de la presunción affectio maritalis a efectos de entender la subsistencia del vínculo jurídico y la convivencia.

(32) En la tramitación previa del expediente administrativo, habrá de aportarse una declaración jurada del solicitante manifestando que no reside con él en España otro cónyuge.

(33) Vid., art. 41.1 del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería (RD 864/2001, de 20 de julio. BOE, de 21 de julio de 2001).

(34) Ello trae como resultado una mayor severidad en el tratamiento del derecho a vivir en familia de los residentes de estatuto poligámico y abre la vía –en muchos casos– a la cohabitación de hecho con las esposas, aunque sólo una de ellas ostente la residencia a título de cónyuge reagrupado. Vid., MIRALLES SANGRO, P.-P. «La aconstitucional Ley de extranjería: una discriminación lesiva de los derechos humanos», en Revista A Distancia, UNED, vol. 19, núm. 1, verano, 2001, págs. 193-202.

(35) Vid., JAULT-SESEKE, F. Le regroupement familial en droit comparé français et allemand, París, 1996, § 183, nota, 81; con comentario a la resolución de la Bundesverwaltungsgericht, de 30 de abril de 1985; ref., IPRax., 185, pág. 351.

(36) Conseil d'Etat, de 11 de julio de 1980, Rev.crit.dr.internat.privé, 1981, pág. 658 (asunto Montcho), vid infra, nota 41.

(37) Asunto Dame Benammour, C. A. Versailles, de 31 de marzo de 1965, cit. en OTHENIN-GIRARD, S. La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, op. cit., pág. 399, notas 1479 y 1546.

(38) Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. BOE de 31 de diciembre de 1990. La jurisprudencia del TEDH en presencia de litigios que afectan no sólo a la vida familiar sino también a la inmigración recuerda que, «de existir un obstáculo serio para la vida en familia en otro país como es, por ejemplo, la imposibilidad de obtener la autorización de residencia legal por parte de los miembros del demandante o en presencia de grandes dificultades de integración social y cultural, el derecho garantizado por el artículo 8 prevalecería» (entre otras, SS TEDH Berrehab c/ Países Bajos, de 21 de junio de 1988; Moustaquim c/ Bélgica, de 28 de febrero de 1991; Beldjoudi c/ Francia, de 26 de marzo de 1992; Nasri c/ Francia, de 13 de julio de 1995; Boultif c/ Suiza, de 2 de agosto de 2001).

(39) Sobre el alcance universal de los derechos humanos y su eventual repercusión en el funcionamiento de la reserva del orden público. Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P. «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado, en Revista General de Derecho, julio-agosto, 1998, págs. 541 ss., esp. págs. 547-548.

(40) En materia de residencia de menores la jurisprudencia alemana justifica la extensión de la protección del artículo 6 § 1 de la Ley Fundamental a las uniones poligámicas sobre la base de las obligaciones de educación y cuidado de los padres respecto de los hijos. El Tribunal Constitucional alemán, sin embargo, no reconoce que la unión poligámica sea una unión matrimonial en el sentido del citado artículo de la ley fundamental. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos en el asunto núm. 14501/1989, de 6 de enero de 1992 contra los Países Bajos reconoce a los Estados el derecho a estimar la poligamia contraria a su orden público y en tal sentido señala que, el margen de apreciación del que disponen los Estados partes en materia de inmigración y los imperativos derivados del control de la inmigración y del orden interno deben prevalecer en este caso sobre los intereses familiares de los demandantes.

(41) Sobre la protección de los menores desde la perspectiva del derecho de extranjería español, véase, ASIN CABRERA, M. A. «Una variable singular de extranjería en España: la situación y protección jurídica de las mujeres inmigrantes embarazadas y de los nacidos en territorio español», en Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna, Estudios homenaje al profesor A. Pérez Voituriez, núm. 18, vol. 1, 2001, págs. 79-97; ESTEBAN DE LA ROSA, G. «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas», en Diario La Ley, núm. 5714, de 7 de febrero de 2003; y, FÁBREGA RUIZ, C. F. Protección jurídica del menor inmigrante, Madrid, 2002, en especial págs. 55-71 («Derechos del menor versus Derechos del inmigrante»).

(42) Conseil d'Etat, de 11 de julio de 1980, Rev.crit.dr.internat.privé, 1981, con nota de J. M. BISCHOFF, págs. 658-665.

(43) Vid., nota J. M. BISCHOFF, loc. cit.

(44) La Ordenanza de 1945 ha sufrido numerosas modificaciones; la última en virtud de la Ley de 11 de mayo de 1998. Vid., TURPIN, D. «La loi 98-349, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et le droit d'asile», Rev.crit.dr.internat.privé, 1998 (4), págs. 523 ss. Sobre la constitucionalidad de esta limitación, el Tribunal Constitucional francés declaró que era conforme a la Constitución, considerando que las condiciones de una vida familiar normal son aquellas que prevalecen en Francia, país de acogida, las cuales excluyen la poligamia; de ahí que las limitaciones legales a la reagrupación de familias poligámicas y las sanciones que de ello se derivan no resultan contrarias a la Constitución francesa. Cit., JAULT-SESEKE, F. Le regroupement familial en droit comparé français et allemand, op. cit., § 195 y nota 98.

(45) TA Nantes, 23 mayo 1990 y TA París, 1 febrero 1990, Rev.crit.dr.internat.privé, 1990, pág. 675.

(46) Conseil d'Etat, 11 febrero 1994, Rev.crit.dr.internat.privé, 1994, pág. 317.

(47) Vid. P. LAGARDE en comentario a las mencionadas sentencia, loc. cit. pág. 677.

(48) Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. Curso de Derecho Internacional Privado (según las explicaciones en el curso académico 1982-83 en la Universidad Autónoma de Madrid), págs. 35-37.

(49) Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LO 4/2000 reformada por LO 8/2000, con referencia a los Acuerdos de los Jefes de Estado y de Gobierno adoptados en octubre de 1999 en Tampere (Finlandia) que apuesta por fomentar la política de integración y erradicar la discriminación, el racismo y la xenofobia, respecto de los nacionales de terceros países en la UE.

(50) Otros problemas se suscitan en el régimen jurídico de la reagrupación familiar cuyo examen nos apartaría de la finalidad de este trabajo. In extenso, véase, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / GRIEDER MACHADO, H. «La reagrupación familiar de los extranjeros en España», en El nuevo derecho de extranjería (A. RODRÍGUEZ BENOT / C. HORNERO MÉNDEZ -Coord.-), Granada, 2001, págs. 97-143; ESPLUGUES MOTA, C. / DE LORENZO SEGRELLES, M. El nuevo régimen de extranjería en España, Valencia, 2001, págs. 70-104; ESPLUGUES MOTA, C. «Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)», en La Multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2002, págs. 89-142; MOYA ESCUDERO, M. «Derecho a la reagrupación familiar», en Comentario sistemático a la ley de extranjería, Granada, 2001, págs. 673-707.

(51) Ello no significa que no pudiera acceder a la residencia bajo otro título. En todo caso, lo que sí podría enervarse sería la obligación de obtención del visado acreditando ser beneficiaria de una prestación de viudedad de la seguridad social, tener hijos a su cargo y la concurrencia del arraigo familiar.

(52) El desarrollo de una política común de inmigración en la Unión Europea es una de las medidas necesarias para la consecución de la libre circulación de personas en un espacio de libertad, seguridad y justicia (ex. arts. 61 a 63 del TCE, Título IV del Tratado tras Amsterdam). No es éste el lugar para analizar el programa y las realizaciones concretas alcanzadas desde que el Consejo Europeo en la Cumbre de Tampere (1999) acordó impulsar el desarrollo del Título IV del TCE y, posteriormente, en los Consejos Europeos de Laeken (2001) y Sevilla (2002) se ratificó este propósito acordando, en especial, centrar esfuerzos en una estrategia contra la inmigración ilegal. Para una visión general comprensiva del estado actual de las realizaciones y propuestas, vid., BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. «Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea», en Revista del Poder Judicial, núm. 66, 2002, págs. 107-142.

(53) Existe una suerte de sintonía en las reacciones en cadena de los Estados miembros cuando se trata de reformar sus leyes de extranjería con el fin de establecer mayores controles a la entrada de los nacionales de terceros países. Alemania, Italia, Holanda, Dinamarca y España han anunciado en menos de un año que endurecerán sus actuales leyes de extranjería. En el ámbito comunitario, la propuesta modificada de directiva sobre reagrupación familiar es el primero de los bancos de prueba para avanzar en una política común de inmigración. Cauce privilegiado hasta ahora de acceso legal y rápido de los miembros de la familia del trabajador inmigrante, la reagrupación familiar ha quedado «herida» en su inicial concepción jurídica como «derecho que trascendía parcialmente la legislación nacional» y «pertenece al marco jurídico internacional» (Propuesta de 1999). El actual enfoque (Propuesta de 2002) restringe sensiblemente el ejercicio de este derecho mediante cláusulas stand still y cláusulas de emplazamiento alejándose, con tales sutilezas, del marco de máximos del texto de 1999.

(54) Precepto cuya actual redacción no ha sido alterada desde que en 1981 la Ley 30/1981, de 7 de julio recuperó el divorcio en nuestro país como causa de disolución del matrimonio (BOE de 20 de julio de 1981). Al respecto, interesantes reflexiones y propuestas de una norma de conflicto amplia en la que se respete la tradicional conexión de la nacionalidad rectora del estatuto personal, las realiza TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. «Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil», en Actualidad Civil, núm. 3, semana del 13 al 19 de enero de 2003.

(55) BOCG núm. 136-1, de 21 de marzo de 2003.

(56) En este sentido, recuérdese la queja presentada al Defensor del Pueblo por una ciudadana marroquí residente en España que se sintió discriminada por la aplicación a

su demanda de divorcio de la legislación de su país favorable al varón. Diario El País 15 de octubre de 2002.