

La convivencia intercultural en el marco de la heterogeneidad internacional

Eloy Miguel Rodríguez Gayán

Universidade da Coruña

SUMARIO. 1. Aproximación a los conceptos de multi/inter culturalidad. 2. Permisividad y control de la convivencia intercultural: “asimilacionismo” versus “integracionismo”. 3. La reciprocidad como salvaguardia de la heterogeneidad cultural internacional. 4. Una muestra de flexibilidad intercultural: la atenuación del orden público en el matrimonio poligámico.

1. Aproximación a los conceptos de multi/inter culturalidad

El número de ciudadanos extracomunitarios aumenta considerablemente cada año, tanto legales como ilegales, principalmente norteafricanos y nacionales de países del Este. El desmembramiento de la antigua URSS y el aumento de los inmigrantes de países musulmanes constituyen un determinante básico en la configuración de la situación política, cultural y jurídica en la actualidad. A todo ello es necesario añadir que el crecimiento natural de la población comunitaria en los últimos años está siendo el más bajo desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Es evidente que la emigración es un fenómeno de choque o ruptura sociocultural. Esas personas se encuentran con un nuevo sistema social que comparado con el de origen ofrece una realidad bastante diferente en múltiples aspectos: políticos, socioculturales, económicos, religiosos, lingüísticos y hasta climáticos y alimenticios⁵³⁶. Existe un nivel inicial en el proceso de integración de los inmigrantes. Las dificultades originadas con el idioma constituyen uno de los primeros problemas para su integración, sobre todo, para sus hijos en proceso de escolarización. Cualquier persona que llegue a un país extranjero y no disponga de medios tiene como necesidad inmediata conseguir un trabajo. El mercado de trabajo es diferente, la gente practica otros cultos religiosos, se relacionan unos con otros de forma diferente e incluso sus hábitos y vestidos también son diferentes. Se afirma que no vienen a colonizar nuevas tierras sino a trabajar, no pretendiendo

⁵³⁶ Vid. E.M. Recio, “Origen, significado y resultados de los flujos migratorios masivos por motivos económicos en el mundo actual”, en *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 21-40; E. Lanas Medina, “Reflexiones sobre la inmigración económica”, *Inmigración y relaciones laborales*, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, 2001, pp. 33-37; M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, “Los dilemas de la política de inmigración”, *Jornadas sobre la Ley de extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral*, Granada, Universidad de Granada, 2001, pp. 153 y 154.

imponer sus costumbres y tradiciones (⁵³⁷). En los primeros momentos de asentamiento la preocupación de consolidarse a nivel personal es prioritaria. Cuanto mayor es el asentamiento, y una vez consolidada su posición, es cuando se inician las exigencias y la defensa de su identidad cultural (⁵³⁸).

A través de un breve análisis conceptual intentaremos delimitar el objeto de nuestro trabajo. El término cultura se define en el Diccionario de la Real Academia Española con varias acepciones. Nos interesan dos en concreto: la primera que entiende la cultura como "conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social". En segundo lugar, como conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo". Es importante, igualmente, la acepción antigua que se integra en el vocablo citado: "culto", definiéndose como homenaje reverente que se tributa a Dios" (⁵³⁹). Valoremos que el término "multi" se concibe como compositivo que significa "muchos". Por su parte "inter" es un prefijo que significa "entre", "en medio", "entre varios". Finalmente "pluri" es también un elemento compositivo que significa "pluralidad".

Se habla indistintamente de multiculturalidad, sociedad multicultural, multiculturalismo, interculturalismo. Sociedad multicultural y multiculturalidad son términos descriptivos. Multiculturalismo, interculturalidad (⁵⁴⁰), normativos. Hay que distinguir entre multiculturalidad como un hecho social (⁵⁴¹) y, de otra parte, las respuestas normativas a las diferentes etapas o manifestaciones en las relaciones derivadas del pluralismo social y cultural, entre las que podríamos hablar del multiculturalismo o interculturalismo, del segregacionismo como políticas, como modelos de gestión de las realidades multiculturales

⁵³⁷ Cf. C. Gregorio Gil, "Familia y entorno social migratorio: dos instancias socializadoras en conflicto", en *Atlas de la inmigración magrebi en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p. 226.

⁵³⁸ Vid. T. Calvo Bueзад, "Inmigración en España. ¿Hospitalidad y racismo?", en *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo*, Valencia, Nomos, 2001, p. 28.

⁵³⁹ Los usos cotidianos del concepto de cultura contienen elementos que flexibilizan sus versiones más totalizantes y estáticas. Implican pluralidad de formas culturales en una misma sociedad, al tiempo que contemplan la relativa autonomía de los individuos y de los grupos respecto a los modelos adquiridos en su primera enculturación, la posibilidad de participar de distintos modelos y, sobre todo, la de cambiar de referencias a lo largo de la vida. También se ha difundido otra versión totalizante, estática y determinista que se tiende a utilizar cuando se hace referencia a la adscripción étnica o nacional (cf. J. Canals Sala, "Invenciones y realidad en la construcción del inmigrante como problema", en *La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales*, Alicante, Compás, 1999, p. 81).

⁵⁴⁰ Vid. R. Aparicio, "Los derechos humanos del migrante", en *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, A. Marzal (ed.), Barcelona, Bosch, 1999, pp. 37-40.

⁵⁴¹ Vid. A. Marzal, "La teoría de las migraciones en Vitoria: El principio de la libre circulación en la *De indis recenter inventis relectio prior*", en *Migraciones económicas masivas y Derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002. Señala el citado autor que en el tema de las migraciones el Derecho las trata de forma incorrecta, al no distinguirlo del fenómeno de la extranjería. No todo extranjero es un inmigrante, y no todo inmigrante en el sentido de los sociólogos es, en términos jurídicos extranjero (cf. *id. loc. cit.*, pp. 45 y 46).

(⁵⁴²). De la conjunción de todos estos elementos concretamos nuestro interés en lo que vamos a definir como “convivencia intercultural”, término aglutinante de posibles conflictos resultantes de la confluencia de múltiples culturas, cuyo derecho presenta una especial vinculación con la religión (⁵⁴³). El contenido de todos estos conceptos debe ser claro para que la incidencia que puedan tener en la realidad social sea la correcta. Independientemente del calificativo que se quiera adoptar la importancia del estudio de la convivencia intercultural es evidente. La Unión Europea hizo balance al comienzo de la década de los noventa del altísimo porcentaje de fracasos en sus proyectos de cooperación al desarrollo, por no tener en cuenta la dimensión intercultural. Se constató un 60% de fracasos en las últimas décadas de cooperación debido a las contradicciones entre modelos externos de cooperación y la realidad sobre la que querían actuar (⁵⁴⁴). Es fundamental determinar los criterios que definen si un grupo constituye un grupo cultural. La definición de cultura (características antropológicas y su importancia para los seres humanos) es crucial para la interpretación del multiculturalismo y, por lo tanto, para un modelo de ciudadanía diferenciada (⁵⁴⁵).

2. Permisividad y control de la convivencia intercultural: “asimilacionismo” versus “integracionismo”

La convivencia se convierte en pilar básico para el desarrollo de la multiculturalidad (⁵⁴⁶). La aceptación por parte del grupo dominante del pluralismo cultural es imprescindible (⁵⁴⁷). El reconocimiento de estos valores comunes debe nacer de un consenso en la base y no ser impuesto desde arriba por el grupo dominante. La Constitución Española de 1978 ha optado por una sociedad plural, multiétnica, multicultural y multirreligiosa, aspectos que se deducen del abandono de la confesionalidad del Estado, la concesión de una amplia autonomía a las nacionalidades y regiones que integran la nación española, el compromiso de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones y de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra (⁵⁴⁸). El Presidente del Tribunal Supremo, en el Discurso leído con motivo del Acto inaugural del Año

⁵⁴² Cf. J. de Lucas, “La(s) Sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp.62 y 63.

⁵⁴³ En este sentido, no adoptamos completos los términos de interculturalidad e interculturalismo, sino que tomamos su raíz “intercultural”.

⁵⁴⁴ Cf. A. Colomer Viadel, “Una propuesta de cooperación intercultural en el Mediterráneo”, en *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo*, Valencia, Nomos, 2001, p. 21; A. Kerdoun, “Flujos migratorios y estabilidad en el Mediterráneo: Las razones de una cooperación”, *ibid.*, p. 83; M^a.C. Méndez Altozano, “La dimensión humana, social y cultural de la Asociación Euromediterránea: De los textos a la acción”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, BOE, 1999, pp. 89-95.

⁵⁴⁵ Cf. M. Gianni, “¿Cuál podría ser la concepción liberal de ciudadanía diferenciada?”, en *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 26.

⁵⁴⁶ Vid. A. Rovira Viñas, “Nuevos entusiasmos”, *Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea*, Madrid, Escuela Diplomática, 1998, pp. 51-54; F. Benzo Sáinz, “La política de inmigración del Ministerio del Interior”, *ibid.*, pp. 129-134.

⁵⁴⁷ Vid. T. Calvo Buezas, “Inmigración en España: ¿Hospitalidad y racismo?”, en *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo*, Valencia, Nomos, 2001, p. 28.

⁵⁴⁸ Cf. Ch. Stallaert, “El multiculturalismo en el entrecruce de la convivencia nacional y extranjera”, *La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales*. Alicante, Compás, 1999, pp. 150 y 159.

Judicial 2002, manifestaba la existencia de una realidad plural, consciente de que nos encontramos ante una integración enfrentada con la multiculturalidad, siendo determinante la actitud que adopte el extranjero y con la que se encuentre, procedente de otros, en la tierra de acogida. Se relacionarán, debilitando o fortaleciendo aquellos ordenamientos originarios, su voluntad de integración cultural, social o religiosa y en algunos supuestos de abandono de lo que hasta entonces fueron sus signos distintivos, o por el contrario, una actitud de conservación de todas ellas. Algunas actitudes de integración o de repliegue cultural dependerán del clima hallado, hospitalidad o la aridez del entorno⁽⁵⁴⁹⁾. Parece constatarse que el grado de integración depende de los tipos familiares. Las familias no forman un conjunto homogéneo. Los roles parentales, el papel de las mujeres, las pautas de natalidad, la importancia de los preceptos islámicos, varían en función del origen rural o urbano de los padres, la antigüedad de su experiencia migratoria, la existencia o no de una colonia migrante fuertemente estructurada, y el tipo de vínculos con la sociedad de origen⁽⁵⁵⁰⁾. Ciertamente la integración debe ser bipolar y el entendimiento y la comprensión el mejor medio⁽⁵⁵¹⁾.

Adaptar los Principios Constitucionales a la multiculturalidad extranjera significa elaborar una serie de “controles” que permitan el desarrollo de la identidad cultural del grupo receptor. El mantenimiento del ejercicio de las culturas y tradiciones en el marco de la Constitución, aparentemente, se establece para los españoles. Sin embargo, este margen pierde su eficacia desde el instante en el que el fenómeno de la inmigración no significa, simplemente, una “sucesión” de culturas que van a mantener determinados grupos étnicos o religiosos. Muchos de los individuos pertenecientes a esos grupos adquirirán la nacionalidad española. Es precisamente esta adquisición la que se baraja como un medio de alcanzar una integración flexible⁽⁵⁵²⁾. Eso significa que nos encontraremos con grupos de españoles no de origen que estarán en su perfecto derecho de mantener y defender su cultura aunque sea manifiestamente contraria al concepto de lo “tradicional”. Se considera que si los inmigrantes mantienen su nacionalidad se les protege culturalmente, si el país de acogida les otorga la nacionalidad serán privados de ese derecho. La conexión nacionalidad no sirve en esta nueva sociedad. Sería preferible la conexión de la residencia ya que supondría la integración de los inmigrantes como un colectivo más de los ya existentes en la sociedad moderna, como ciudadanos del país de acogida, siendo igual el trato para los inmigrantes nacionalizados o no⁽⁵⁵³⁾. Todo este panorama estaría comprendido dentro de los márgenes constitucionales, no

⁵⁴⁹ Vid. F.J. Hernando Santiago, “Extranjeros, pero no extraños ante la justicia”, *Discurso Leído en el Solemne Acto Inaugural del Año Judicial el día 16 de septiembre de 2002*, Madrid, Tribunal Supremo, 2002, p. XXIV.

⁵⁵⁰ Cf. Colectivo Ióe, “Hijos de inmigrantes marroquíes en España”, *Atlas de la inmigración magrebi en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p.216.

⁵⁵¹ Aunque pueda resultar sencillo analicemos el ejemplo que señala C. Gregorio Gil cuando traduce las palabras y comentarios de una profesora de un colegio: “...los conflictos que genera la presencia de “fanáticos” que se niegan a comer cerdo en el comedor escolar, a fin de cuentas el Corán no obliga a los niños, y por lo tanto podrían comerlo. A los niños se les explica que la prohibición de comer cerdo tenía lógica cuando fue impuesta por Mahoma en aquel clima y con los medios de entonces con los que no podía evitarse la triquinosis” (vid. C. Gregorio Gil, *loc. cit.*, p. 227).

⁵⁵² Vid. R. Rubio Marín, “El reto democrático de la inmigración ilegal (A la luz del debate actual en España)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 182-191.

⁵⁵³ Cf. P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 167 y 168; vid. A. Quiñones Escámez, “El

debiendo olvidar que existen culturas en las que lo jurídico, social, político y cultural están indisolublemente unidos a la Religión (⁵⁵⁴). Esto conduce a la paradoja de que un Estado confesional como el español permite el desarrollo de unas culturas que precisamente no se caracterizan por su laicidad (⁵⁵⁵).

La problemática que suscita la convivencia intercultural genera dos dinámicas contradictorias: la del respeto hacia las peculiaridades de las otras culturas y la de la integración de las minorías en el medio de convivencia en el que desarrollan sus vidas (⁵⁵⁶). La primera implica la asunción de una sociedad heterogénea y la segunda la estricta defensa de la homogeneidad del esquema de valores y principios del medio social de acogida (⁵⁵⁷), del respeto a los Derechos humanos (⁵⁵⁸). Las migraciones actuales provocan la convivencia

estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: Exclusión, alternancia y coordinación de sistemas”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, BOE, 1999, pp. 181, 184-186.

⁵⁵⁴ Vid. B. Dupret, “Política, Religión y Derecho en el mundo árabe”, *El Islam jurídico y Europa*, A. Borrás, S. Mernissi (ed.), Barcelona, Icaria, 1998, pp. 21-43.

⁵⁵⁵ Los ordenamientos extranjeros llamados a regular una concreta cuestión pueden carecer de una nítida definición de contornos que acompañan en general a los occidentales entre las reglas de Derecho, las reglas sociales y las normas religiosas. Algunos textos sagrados de ciertas confesiones religiosas contienen las habituales disposiciones reguladoras de la esfera transcendente del individuo entremezcladas con reglas de organización social y otras calificables de más jurídicas. La admisión de reglas religiosas o de derecho extranjeras en momento alguno podrán legitimar la adopción de medidas de punición sobre el individuo distintas del puro rechazo social o la reprobación religiosa (vid. F.J. Hernando Santiago, *loc. cit.*, pp. XXV-XXVI; T. Freixes, “Criterios básicos de la jurisprudencia europea en materia de Derechos de los extranjeros”, en *Migraciones económicas masivas y Derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 91-122; D.M. Eliche Moral, “Los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros en España. Especial referencia a la libertad religiosa”, *Inmigración y relaciones laborales*, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, 2001, pp. 249-253).

⁵⁵⁶ Vid. F. Checa Olmos, “Las migraciones como fenómeno sociocultural. Una apuesta para su comprensión y estudio”, en *La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales*, Alicante, Compás, 1999, p. 29. El Islam no es un sistema inmóvil y monolítico sino que, como conjunto de valores y creencias se adapta y acomoda a distintos contextos y situaciones sociales. No obstante, la religiosidad entendida como manifestación y práctica de la religión, tiene una dimensión individual y social. Parece que los estados de ansiedad, nerviosismo, melancolía y tristeza, que hacen que cuerpo y mente estén en baja forma propicia la penetración de un *yin* (categoría situada entre los ángeles y los hombres, que creados por Dios a partir del fuego, habitan en este mundo y, pese a poseer un cuerpo etéreo, comen, beben y pueden engendrar hijos, estando presentes en la vida diaria del musulmán). Estos estados son generalmente causados, principalmente por estar alejados de la familia, por no sentirse a gusto en la sociedad de acogida aunque se tenga un buen trabajo, es decir motivos relacionados directamente con su situación como emigrantes (cf. S. Tarrés Chamorro, “Religiosidad de los inmigrantes magrebies: yines y chaitanes”, *ibid.*, pp. 128 y 141).

⁵⁵⁷ Cf. J.M^a Espinar Vicente, “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, I. García Rodríguez (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, p. 183.

⁵⁵⁸ Vid. P.A. de Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, julio-agosto, 1998, pp. 541-545; J. Bonet Pérez, “Diversidad y Derecho humanos en el Mediterráneo”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, BOE, 1999, pp. 19-31.

dentro de un mismo territorio de personas que se adscriben a culturas distintas y las practican dentro de ese territorio, dando lugar a las sociedades multiculturales, de modo que las fronteras culturales dejan de ser externas (entre Estados) y pasan a ser internas, es decir, entre colectivos que viven en un mismo territorio (⁵⁵⁹). Sin embargo, integración no debe significar necesariamente la desaparición de la identidad cultural del colectivo minoritario, siempre que exista respeto por parte del grupo receptor (⁵⁶⁰). La integración social es un concepto complejo que no debe identificarse con integración cultural y que no puede describirse en los términos unidireccionales que sugieren que el anfitrión ingiera al de fuera permaneciendo inalterado. Son procesos de interacción, de adaptación mutua que exigen cambios en ambas partes y que harán crecer la pluralidad (⁵⁶¹). Ahora bien, no debe confundirse integración con imposición (⁵⁶²). En numerosas ocasiones se da por supuesta la equivalencia entre cultura y sociedad. El planteamiento de la integración en términos culturales presupone que es un concepto que se concibe como aculturación, es decir, como sustitución de los referentes culturales originarios por los dominantes en el actual país de residencia. La integración debe reservarse para un contenido jurídico y socioeconómico que remita a la igualdad de oportunidades. La integración forma parte de los Derechos humanos, mientras que la asimilación es sólo una opción entre otras y únicamente tiene sentido cuando se hace libremente (⁵⁶³). Se respeta la identidad del grupo que se pretende integrar pero también hay que cuidar que esa integración no acabe convirtiéndose en un intento de “imposición” de valores de la cultura que se pretende integrar y que signifiquen la permisividad por el receptor (⁵⁶⁴). Extrayéndolo del marco jurídico internacional de protección de las minorías, algunos autores consideran que a partir de un espacio común de derechos y libertades, el Estado debe garantizar los ámbitos de libertad en los que las minorías diferenciales puedan desarrollar libremente sus respectivas personalidades, pero siempre que no se traspasen tres límites: la puesta en práctica de estas opciones grupales no puede suponer la modificación de los derechos esenciales básicos consagrados por el sistema, en ningún caso se permitirá la renuncia individual o colectiva a estos derechos; los comportamientos propios de cada minoría sólo pueden considerarse lícitos cuando no afecten a los derechos de la mayoría o de

⁵⁵⁹ Cf. P.A. de Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t-I, 2001, p. 41.

⁵⁶⁰ Vid. A. Borrás, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t-249, (1994-V), pp. 334-361.

⁵⁶¹ Cf. J. de Lucas, “Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva Ley 4/2000 en España”, en *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo*, Valencia, Nomos, 2001, p. 144.

⁵⁶² Vid. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Las migraciones ilegales desde la perspectiva de los Derechos del hombre”, en *Migraciones económicas masivas y Derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 75-89; J.C. Remotti, “La integración social de los inmigrantes”, *ibid.*, pp. 123-153.

⁵⁶³ Cf. J. Canals Sala, *loc. cit.*, pp. 84 y 85. Frente a las teorías asimilacionistas se encuentra el sistema de los trabajadores invitados (*Gastarbeiter*), propio de los países europeos de habla alemana en los que se niega la ciudadanía política a los trabajadores inmigrantes. Otra respuesta frente a la diversidad cultural es la “pilarización”, mantenida en Holanda y que ha consistido en el establecimiento de escuelas, sindicatos y medios de comunicación separados para protestantes y católicos, extendiéndose posteriormente a las minorías étnicas (vid. J. Rex, “Multiculturalismo e integración política en el Estado nacional moderno”, *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 26, 2002, pp. 33 y 34).

⁵⁶⁴ Vid. J.H. Carens, “Inmigración y Justicia: ¿A quién dejamos pasar?”, *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y política*, núm. 26, junio, 2002, p. 15.

las otras minorías (⁵⁶⁵). Se trata en definitiva de diversificar a partir de una raíz común y no de proveer al sistema de tantas raíces como minorías existan (⁵⁶⁶).

3. La reciprocidad como salvaguardia de la heterogeneidad cultural internacional

No es habitual encontrar referencias al concepto de “reciprocidad” en los estudios relativos a la multiculturalidad (⁵⁶⁷). La reciprocidad consiste en una correspondencia mutua de una persona o cosa con otra. Dando un paso más, podríamos referirnos a comportamientos recíprocos. Se entiende por recíproco estar dispuesto a corresponder del mismo modo a un determinado comportamiento ajeno. Ahora bien, cabe plantearse si sería conveniente y posible hablar de reciprocidad o comportamientos recíprocos en el ámbito de la interculturalidad. La traducción debería efectuarse tanto en aspectos sociales, políticos y jurídicos. Debe tenerse en cuenta que existen dos tipos de reciprocidad: una interna, que consistiría en un respeto mutuo de identidades con los márgenes, ya anteriormente señalados, en el ámbito de un determinado Estado. Es decir, se permitiría un desarrollo cultural propio de las minorías, siempre y cuando esas mismas no pretendan sobreponerse a valores ya existentes en la mayoría receptora o incluso eliminarla. En segundo lugar, existiría una reciprocidad “internacional”. Esta se convierte en un medio para evitar posibles conflictos que se plantean en la interna. Consistiría en respetar recíprocamente los valores, los derechos humanos de las culturas cuando éstas se convierten en minorías en un Estado extraño.

⁵⁶⁵. En el art. 30 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se dispone: “Nada en la presente Declaración podrá interponerse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. Si se realiza una análisis comparativo con la Declaración Islámica Universal homónima de 1981 se observa que carece de un artículo similar, toda vez que el espíritu de dicha declaración gira en torno a una confesionalidad religiosa manifiesta, por lo que sería francamente incoherente, incongruente y, en cierto modo absurdo que una determinada exégesis islámica pretendiera adherirse a la ética axiológica islámica y al mismo tiempo se adhiriera a la Declaración Universal de las Naciones Unidas (cf. E. Mikunda Franco, *Derechos humanos y Mundo islámico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 100). El Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24 y también el principio de exclusividad de la jurisdicción reflejado en su art. 117.3, impiden radicalmente el florecimiento de estructuras de justicia religiosa, grupal o tribal y también el empleo de cualquier clase de fuerza distinta de aquella que legitima nuestro texto constitucional, por lo que, de producirse, deberán ser perseguidas y sancionadas las conductas en las que así se haga con arreglo a nuestro sistema de justicia (cf. F.J. Hernando Santiago, *op. cit.*, p. XXVI). “Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas” (art. 3,2 LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). “A los efectos de esta ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural” (art. 23,1 LO 4/2000).

⁵⁶⁶ Cf. J. M^a. Espinar Vicente, *loc. cit.*, p. 188.

⁵⁶⁷ Vid. C. Gregorio Gil, *loc. cit.*, p. 229.

Significa comprobar si las facilidades de integración ofertadas por los países occidentales existen en países cuya cultura y derecho se amparan en la religión. Comprobar si los derechos humanos se respetan en determinados Estados musulmanes y analizar si es necesario tomar medidas que hagan que esos Estados permitan el mismo avance cultural, religioso, jurídico que se les permite a ellos (⁵⁶⁸). Es evidente, a la vista de los diferentes puntos que hemos analizado, que en España y en la mayor parte de Estados europeos nos encontramos en una etapa de convivencia intercultural, respetándose en mayor o menor medida ciertos derechos y principios de otras culturas (⁵⁶⁹). Se aprecia que algunas comunidades étnicas constituyen comunidades transnacionales que tienen intereses más allá de los Estados nacionales en los que están establecidas. Es aquí donde entra en juego la separación entre la esfera pública y privada. Los que defienden la extensión de los valores públicos a la esfera privada basan su propuesta en el respeto por los derechos humanos. Algunas de las comunidades sostienen que sus prácticas culturales no aluden a la esfera privada en exclusiva, que es lo que manifiestan las comunidades musulmanas cuando afirman que el Islam es una forma de vida (⁵⁷⁰). Desde el punto de vista del Derecho internacional privado español se pretenden aportar soluciones que permitan la convivencia pacífica de sistemas. Sin embargo, ésta parece impensable teniendo en cuenta el movimiento de identidad cultural que están experimentando los países musulmanes, agudizando sus particularidades: vinculación de las relaciones familiares con los valores tradicionales de la ley islámica, ya que la laicidad de los sistemas jurídicos parece impensable (⁵⁷¹). Hay que tener muy en cuenta cuál es el tratamiento, la situación y la conexión entre derecho y religión en determinadas culturas.

Es un hecho poco conocido que uno de cada tres musulmanes vive en Estados dominados por otras religiones (católica: Francia, España, Bélgica; protestante: Reino Unido, Estados Unidos; cristiana ortodoxa: Rusia, Macedonia; hindú, budista etc. El Islam, o lo que los musulmanes denominan *umma* (comunidad de creyentes), se extiende desde Indonesia a Marruecos, y desde el Círculo Polar al Trópico de Cáncer, englobando 57 Estados de regímenes políticos extremadamente diversos, que van desde el emirato medieval hasta la república constitucional, pasando por otros como los ultraconservadores, islámico-cristianos, modernistas y laicos (⁵⁷²). ¿Teniendo en cuenta estas características, los países árabes son igual de permisivos con los extranjeros que allí residen, los cristianos en los países

⁵⁶⁸ Vid. E. Jayme, *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten*, Heidelberg, C. Winter, 1999, pp. 25-26.

⁵⁶⁹ No debería confundirse la existencia de una convivencia intercultural en nuestro país y en Europa con el mantenimiento de normas de extranjería que pretenden una regulación de los movimientos migratorios. Habrá convivencia cultural con aquellos que se adapten al ordenamiento jurídico. Cuestión diferente, y que aquí no vamos a tratar, es la relativa a la conveniencia y rigidez de la normativa correspondiente a la extranjería. Algunos planteamientos consideran que la sociedad de acogida debe dar el primer paso, que no es el de la tolerancia, la condescendencia paternalista o los buenos modales propios de la gente civilizada, sino el de la garantía de derechos, teniendo particular importancia desde el punto de vistas de la relación entre integración y reconocimiento de derechos (que no son una consecuencia, sino una condición para la integración) y en particular acerca de la atribución de derechos políticos (cf. J. de Lucas, *loc. cit.*, pp. 144 y 145).

⁵⁷⁰ Cf. J. Rex, *loc. cit.*, p. 37.

⁵⁷¹ Vid. P. Maestre Casas, "Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado", en *Mundialización y familia*, A.L. Calvo Caravaca, J.L. Iriarte Ángel (ed.), Madrid, Colex, 2001, p. 199.

⁵⁷² Cf. S. Zéghidour, "A Nova conciencia islâmica", *O Correo Unesco*, diciembre, 2001, pp. 42 y 43.

musulmanes puedan desarrollar libremente sus convicciones y su religión en la misma medida que aquí se les permite? Para ello es necesario retomar el concepto de reciprocidad⁽⁵⁷³⁾. No se trata de que los emigrantes que se instalan en España se adapten en su totalidad a la cultura española, ni que tampoco los españoles que se trasladen a países islámicos hagan lo mismo. Debe existir una interrelación, pero no una necesidad de integración total que absorba la propia identidad cultural del individuo⁽⁵⁷⁴⁾. Sabemos que no es así, por lo que deberían adoptarse todas aquellas medidas de carácter internacional que “orienten” a esos países a respetar lo que ellos pretenden que se les respete aquí. No obstante, la reciprocidad debería concebirse en casos extremos de vulneración de respeto a los derechos y valores esenciales, como una medida de retorsión. Los movimientos migratorios se producen mayoritariamente de países islámicos hacia los occidentales. Eso significa que si en esos países no existe ningún

⁵⁷³ Según determinadas valoraciones es posible diferenciar dos modelos teóricos de integración. El asimilacionista, que tiende a que sea el inmigrante el que se adapte a la sociedad receptora, sin que ésta cambie en lo más mínimo sus estructuras para acoger a la nueva población, ni posibilite espacios de desarrollo de otras formas culturales. El modelo de reciprocidad pretende que ante la nueva situación migratoria se produzcan cambios no sólo en la población migrante, sino también en la población autóctona y en el conjunto de las estructuras sociales, culturales y educativas para que se acomoden al nuevo contexto pluricultural y multiétnico (cf. C. Gregorio Gil, *loc. cit.*, p. 229). Algunas de las diferencias, sin tener en cuenta violaciones evidentes de los derechos humanos son: prohibición de celebración del matrimonio con disparidad de cultos, poligamia, prohibición de la mujer de heredar los bienes del marido, reducción de derechos sucesorios frente a los varones, desigualdad jurídica entre los cónyuges, posibilidad de repudio sólo al alcance del marido, prohibición de adopción (cf. P. Maestre Casas, *loc. cit.*, p. 200).

⁵⁷⁴ Pueden resultar muy ilustrativos los ejemplos de integración que señala I. Castián. Por ejemplo, las declaraciones de un ama de casa de treinta y cinco años que vive en España desde hace dieciocho: “Hay que coger la cultura del país en el que se está”. Esta persona y su marido, han dejado de lado toda su práctica religiosa y sus tabúes alimenticios; celebran la Navidad, mantienen dieta española, su vestimenta y decoración son similares a los de cualquier familia española, hablan castellano con sus tres hijos. Consideran que es así como deben actuar todos los inmigrantes, si quieren que los nativos los acepten. En apoyo de su postura recurre al ejemplo de algunas familias españolas radicadas desde hace años en su Larache natal, las cuales han aprendido el árabe y cuyas mujeres visten con chilaba y saben preparar el cus-cus (cf. I. Castián, “Cambio cultural e integración: marroquíes en Madrid”, en *Atlas de la inmigración magrebí en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos sociales. Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p. 231). Evidentemente nos encontramos ante un sistema de integración asimilacionista. No obstante podemos analizar otro supuesto. Obrero cualificado que vive en España desde hace veintiocho años, casado con española, siendo precisamente su matrimonio lo que le ha llevado a plantearse un equilibrio entre su cultura y la española. En la medida en que considera que lo más importante en el Islam y el Cristianismo son unas creencias y unos valores morales y estos resultan coincidir en lo fundamental (la creencia en un Dios), la confesión religiosa se convierte en un factor unificador entre marroquíes y españoles. Siendo importantes los valores y las creencias, resulta posible compaginar aspectos de la práctica ritual de ambas religiones. Él ha asistido a bodas y bautizos católicos, encontrándose igual de bien en la iglesia como si hubiese estado en una mezquita. Su mujer, estando con él en Marruecos ayunó durante el Ramadán. Su hija hizo en España la comunión con el resto de compañeras. Su hija no ha sido educada en ninguna de las dos religiones en particular (cf. *id.*, *loc. cit.*, pp. 231 y 232). Nos encontramos ante ejemplos de integración y reciprocidad “personal”, dependiente de la asimilación y del carácter que cada uno quiera dar a su integración, en este caso de modo positivo y conciliador, pero que nada tiene que ver con la falta de reciprocidad que de forma evidente se establece en los países islámicos, y en los que habrá que comprobar hasta qué punto están dispuestos a admitir nuestros márgenes.

mecanismo de respeto y asimilación de nuestra cultura, y en Europa se mantiene una postura de relativa integración el resultado es evidente: la multiculturalidad quiebra y se convierte con los años en una monocultura (⁵⁷⁵). En este caso la palabra cultura acaba acompañada del elemento compositivo “mono” que significa “único o uno sólo” (⁵⁷⁶).

Lo evidente es que existen ciertas diferencias que pretenden ser salvadas. Una de las peculiaridades del sistema jurídico de los actuales Estados islámicos es la no separación entre el ámbito y las fuentes de lo religioso, por una parte, y las de lo civil o estatal, por otra. Sin embargo habría que tener en cuenta que a partir de los siglos XIX y XX la rápida evolución de la sociedad y la imposibilidad de encontrar en la *Sharia* respuesta detallada a todos los problemas que se plantean son, entre otros, factores que conducirán a introducir en las comunidades islámicas normas de derecho positivo importadas de Occidente. Existen

⁵⁷⁵ Vid. B. Botiveau, “Derecho islámico: de lo político a lo antropológico”, *El Islam jurídico y Europa*, A. Borrás, S. Memissi (ed.), Barcelona, Icaria, 1998, pp. 48-54; R. Babadji, “Aproximación a las relaciones de la *charia* y el derecho positivo en el mundo árabe”, *ibid.*, pp.101. El universo político árabe se muestra adverso a los derechos de las minorías culturales, religiosas o étnicas. Es un mundo plano donde el discurso difumina, por unos nexos de legitimación agregadores y legitimadores, los caminos propios de la comunidad y de los grupos donde son absorbidos y dispersados los conflictos que recorren las sociedades. En este desierto político de las libertades, la existencia de los derechos humanos parece, en un primer momento, inimaginable. Los regímenes políticos árabes se fundamentan en un sistema de legitimación que hace referencia a unos principios rectores de la autonomía individual. La legitimidad se fundamenta en unos valores de grupo globalizantes, sacralizados o seculares, tribales, estructurales del orden social y económico. Se presenta un nacionalismo compacto como el crisol obligado de la integración social (cf. J. Maila, ¿Son los Derechos humanos impensables en el mundo árabe?, en *El Islam jurídico y Europa*, A. Borrás, S. Memissi (ed.), Barcelona, Icaria, 1998, pp. 123 y 124). En los países de acogida las comunidades pueden mostrar una vocación de modernización como estrategia, lo que les puede permitir luchar por la igualdad de trato, más allá de si la cohesión de grupo se ancla en el uso de su lengua materna o en la celebración de ceremonias religiosas propias. No hay que olvidar que ciertos sectores de la segunda y tercera generación pueden desertar de su comunidad y cultura y asimilarse a la del país de acogida. Todo esto supone que el problema de la multiculturalidad puede tener un carácter temporal y simple (cf. J. Rex, *loc. cit.*, pp. 37 y 38).

⁵⁷⁶ Resulta muy interesante el análisis realizado por E. Mikunda Franco, en el que a través de un estudio comparado de estructuras jurídicas conflictivas entre derechos humanos islámicos y occidentales refleja las siguientes situaciones. Según la Declaración islámica universal de Derechos humanos, al usar y disfrutar de estos Derechos, las personas sólo están obligadas a hacerlo en los límites prescritos por la Ley islámica, para asegurar el reconocimiento y el respeto de los Derechos y libertades legítimas de terceros y satisfacer las justas exigencias de moralidad, orden público y bienestar general de la Comunidad musulmana. Algunas diferencias con los sistemas occidentales las constituyen, por ejemplo, el hecho de que en las normas islámicas primigenias, basadas en la palabra revelada de Dios, no admiten ni la modificación ni su derogación. En los países islámicos se aplican de forma restringida ciertos Derechos humanos en al menos cinco ámbitos: matrimonial, donde el hombre está autorizado a casarse con una mujer cristiana o judía, mientras que la mujer musulmana únicamente puede desposarse con musulmán; hereditario: donde la mujer recibe una parte menos que la del varón; religioso: los apóstatas del Islam se convierten *ipso iure* en delincuentes, perdiendo sus Derechos civiles de herencia, Derechos matrimoniales, etc.; relaciones paternofiliales: el hijo de matrimonio mixto lícito sólo puede ser educado en el Islam; nacionalidad: se necesita ser musulmán para acceder al poder público (cf. E. Mikunda Franco, *op. cit.*, pp. 104 y 105; vid. M^a.A. Asín Cabrera, “La imagen del menor en el Derecho de familia islámico”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, BOE, 1999, pp. 155-166).

actualmente dos grandes grupos de países en cuanto a la aplicación de la *Sharia*. Aquellos en la que es hoy la principal fuente de derecho, y otros en los que ha quedado reducida a la regulación de las cuestiones del estatuto personal (⁵⁷⁷). No obstante, los motivos religiosos impiden, en ocasiones, un acercamiento a los valores o tradiciones de Occidente (⁵⁷⁸). Muestra de ello lo constituye el alejamiento de los países islámicos de los Convenios internacionales que pretenden la igualdad del hombre y de la mujer y de la labor de la Conferencia de la Haya. A pesar de la voluntad de modernizarse, de liberalizar su derecho y de organizar sus relaciones con otros países en un espíritu de apertura y de no discriminación, los musulmanes se encuentran con límites infranqueables. Esas barreras basadas en la religión pretenden ser justificadas teniendo en cuenta el mismo carácter que el Derecho romano tiene para los países latinos. El Derecho musulmán es producto de la historia. Los lazos entre el estado y la religión es base del Islam para aceptar la laicidad. Se establece la distinción entre estado islámico y el Islam como religión del Estado. El primer concepto ha sido descartado porque significa que la ley debe siempre ser conforme al derecho musulmán, mientras que la segunda formulación, que es la que ha sido adoptada, por ejemplo en Túnez, significa solamente que el Islam es una de las fuentes de inspiración para el legislador. Según esta distinción en la mayor parte de Estados musulmanes donde el Islam es simplemente religión del Estado, el derecho positivo es generalmente moderno, diferente del Derecho musulmán clásico en la mayor parte de disciplinas jurídicas (⁵⁷⁹). Si bien se denota cierto interés en mostrar un intento de adecuación del Islam a la estructura del resto de Estados, existiendo un aperturismo sobre todo en materia económica, las particularidades y diferencias más evidentes siguen manteniéndose en el estatuto personal (⁵⁸⁰). Hay un dato significativo del Islam que nos puede servir como termómetro de reciprocidad. Se habla de liberalismo en las relaciones entre no musulmanes que residen en esos países, frente a privilegios de religión en las relaciones entre musulmanes y no musulmanes (⁵⁸¹). Es decir, el liberalismo se mantiene en aquellas relaciones en las que no colisionan intereses religiosos. Se trata de relaciones de personas que podrán mantener su identidad sin aparente posibilidad de integración en el sistema musulmán. Esta conclusión puede obtenerse desde el instante en el que se comprueba la existencia de privilegios en las relaciones entre musulmán y no musulmán, en aquellos supuestos en los que interrelacionan dos religiones diferentes, primándose claramente una de ellas (⁵⁸²).

⁵⁷⁷ Cf. Z. Combalá, "Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico", *Aequalitas*, núm. 6, enero-abril, 2001, p. 15.

⁵⁷⁸ Para un estudio detallado *vid J. Déprez*, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspect méthodologiques", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t-211, (1988-IV), pp. 19 y ss.

⁵⁷⁹ Cf. M. Charfi, "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t-203, (1987-III), pp. 337-347.

⁵⁸⁰ *Vid. M. Charfi, loc. cit.*, pp. 347-348. Resulta especialmente interesante el análisis que realiza el citado autor en torno a algunas de las prohibiciones en materia económica del Islam que son salvadas mediante otros sistemas alternativos.

⁵⁸¹ *Vid. M. Charfi, loc. cit.*, pp. 350 y 410.

⁵⁸² Liberal en la acogida y en la aplicación del estatuto extranjero, el sistema islámico se cierra a las leyes extranjeras y deviene proteccionista cuando existe una relación familiar mixta, entre nacional de Estado musulmán del foro, y en general siempre que un musulmán se vea involucrado en dicha relación. Se excluye toda ley extranjera y se asegura una prioridad absoluta al estatuto personal. La regla deriva del derecho musulmán clásico según el cual un musulmán implicado en una relación

Estamos de acuerdo en que la flexibilidad es necesaria para alcanzar cierta compaginación de culturas. Pero no debemos confundir la permisividad o flexibilización desde un punto de vista jurídico con la que existe desde un punto de vista social, religiosos o político. Es cierto como apunta S. Sánchez Lorenzo que el fin del colonialismo, los movimientos migratorios y la intercomunicación cultural propician un factor de multiculturalidad, siendo un fenómeno clave para comprender el auge de la libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia. Todo ello afecta a la propia consideración del Derecho extranjero, a la atenuación del orden público como correctivo funcional⁽⁵⁸³⁾, a la búsqueda de soluciones eficientes en el marco social en que se desarrollan las situaciones jurídicas, e incluso a dar entrada a un cierto universalismo, consistente en evaluar la posibilidad de soluciones de eficiencia global⁽⁵⁸⁴⁾.

4. Una muestra de flexibilidad intercultural: la atenuación del orden público en el matrimonio poligámico

Todo lo expuesto hasta el momento debe ser aplicado al siguiente supuesto. Pensemos en un senegalés que trabajó en España como autónomo, en posesión de permiso de trabajo, renovado convenientemente en cada momento. Casado con dos senegalesas, habiéndose contraído ambos matrimonios según la legislación senegalesa y teniendo en cuenta que se admite en dicha ley el matrimonio poligámico. De ambos matrimonios nacieron hijos. En 1995 el esposo fallece en accidente de tráfico. Las viudas solicitaron las correspondientes pensiones de viudedad y de orfandad, que son denegadas por no estar el causante incluido en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social; por no serle de aplicación el art. 7,5 de LGSS y tampoco las normas internacionales de carácter multilateral al tratarse de un trabajador por cuenta ajena. Esta decisión es recurrida y al respecto contamos con dos

familiar no puede regirse más que por la ley del Islam. La misma intransigencia en la salvaguarda del Islam se constata en otras soluciones que aplican de oficio el estatuto musulmán a todo extranjero y sin tener en cuenta su nacionalidad (cf. J. Déprez, *loc. cit.*, p. 102).

⁵⁸³ Vid. P.A. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, “Derechos humanos...”, pp. 545 y ss; J.M^a. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 129 y 130.

⁵⁸⁴ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, pp. 207, 210 y 211. En cuanto a posibles soluciones legislativas y jurisprudenciales (vid. A. Borrás, *loc. cit.*, pp. 166-195; E. Zabalo Escudero, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 9-25; P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural”, *ibid.*, pp. 163-165; M^a.P. Diago Diago, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado”, *Aequalitas*, núm. 6, enero-abril 2001, p. 9; J.-Y. Carlier, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, A.L. Calvo Caravaca, J.L. Iriarte Ángel (ed.), Madrid, Colex, 2000, pp. 33-38. Serían varias las soluciones debiendo ser ponderadas convenientemente. En primer lugar, soluciones de Derecho material: Derecho material uniforme, creación de un Derecho material musulmán adaptado a modo de Código europeo del estatuto personal para musulmanes, adaptar el Derecho material caso por caso. En segundo lugar, soluciones de Derecho internacional privado: tener en cuenta la diversidad de situaciones y dejar a la jurisprudencia el cuidado de responder caso por caso, reforzar la especialización de las normas de conflicto para cada materia del estatuto personal, una autonomía de la voluntad limitada a una opción de derecho entre la ley nacional o la ley del domicilio (*id. ibid.*, pp. 33-35).

Sentencias muy significativas, la del Juzgado de lo Social de La Coruña, de 13 de julio de 1998 y en Suplicación la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002. Como vamos a comprobar el resultado es el mismo, aunque en Suplicación se añaden argumentos importantes.

Es evidente que nos encontramos ante un supuesto de matrimonio poligámico (⁵⁸⁵), prohibido por la legislación española (⁵⁸⁶). El tratamiento de la poligamia (⁵⁸⁷) en cuanto a la forma de celebración suele estructurarse diferenciando entre matrimonios celebrados o a celebrar en España y matrimonios celebrados en el extranjero (⁵⁸⁸), todo ello combinado con la participación, en cada caso, de españoles o extranjeros (⁵⁸⁹). La interpretación alcanzada por ambos Tribunales manifiesta un indicativo del camino a seguir en un entorno de interculturalidad. Cada una de las viudas solicita su correspondiente pensión, si bien el primer aspecto determinante es el de la validez de los dos matrimonios contraídos. El argumento esgrimido por nuestros tribunales es el de considerar que existen dos viudas legales según la legislación senegalesa, pero unidas en un matrimonio prohibido por la legislación española. El razonamiento del Juzgado de lo Social es el siguiente: “Ahora bien, no exige la ley (⁵⁹⁰) 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”.

⁵⁸⁵ Vid. S. Aldeeb, *Mariages entre partenaires suisses et musulmans. Connaître et prévenir les conflits*, Lausanne, Institut Suisse de Droit Comparé, 2000, pp. 18 y 19; *id.* “La Suisse face à l’inegalité entre homme et femme en droit musulman”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, I. García Rodríguez (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 343-349; M. Sychoold, “English private international Law of Marriage in the face of religious diversity”, *ibid.*, pp. 320-322; T. Losada Campo, “Los derechos humanos de la mujer desde la perspectiva jurídica musulmana comparada con la occidental”, en *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, A. Marzal (ed.), Barcelona, Bosch, 1999, pp. 67-78; C. Campiglio, “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, octubre-diciembre, 1990, pp. 876-878.

⁵⁸⁶ Vid. P. Abarca Junco, “La celebración del matrimonio y su nulidad”, en *Derecho internacional privado*, vol-II, Madrid, Uned, 2001, p. 104; A. Quiñones Escámez, “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 191-194.

⁵⁸⁷ Vid. Z. Combaliá, *loc. cit.*, p.16; J. Déprez, *loc. cit.*, pp. 157-167.

⁵⁸⁸ Vid. C. Campiglio, “La familia Islamica nel Diritto internazionale privato italiano”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, enero-marzo, 1999, pp. 25-30.

⁵⁸⁹ Para un estudio detallado (*vid.* I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 276-284). El matrimonio poligámico celebrado en España o por español nunca puede ser inscrito pues es condición inexcusable acreditar la capacidad nupcial de los contrayentes. Si este se celebra y fuera declarado nulo tendría los efectos de un matrimonio putativo (*cf.* P. Abarca Junco, *loc. cit.*, “La regulación de...”, pp. 172 y 173). *Vid.* M. Requejo Isidro, “Matrimonios sucesivos y matrimonio putativo en Derecho internacional privado. (A propósito de la STS de 25 de noviembre de 1999)”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 27, 2000, pp. 35-45.

⁵⁹⁰ Se refiere al art. 174 de la LGSS que en relación con la prestación de viudedad se reconoce al cónyuge supérstite.

El Derecho español no contiene regla alguna sobre la validez formal de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero. El hecho de que estos matrimonios sólo acaedan en supuestos excepcionales al Registro Civil español no justifica tal laguna, pues la validez de tales matrimonios se puede suscitar ante los tribunales españoles con ocasión de una demanda de alimentos, sucesiones, divorcio, liquidación del régimen económico, etc. Por vía de analogía con el supuesto previsto en el art. 50 C.c. procederá considerar la validez formal del matrimonio si se atiende a las formas previstas en la ley del país de celebración o en la ley personal de cualquiera de los contrayentes ⁽⁵⁹¹⁾. El Tribunal Superior de Justicia amplía los argumentos del Juzgado de lo Social reseñando lo siguiente: “Lo cierto es que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. El Código Civil en el art. 49,2 contiene la norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros, junto con el art. 50. Sin embargo, no hay tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español; laguna a integrar aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 49,2 del C.c. (o en el art. 50 del mismo Código) de forma que tal matrimonio puede ser reconocido a los efectos del Derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros. Con el contexto de los arts. 49 y 50 es dable reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contraídos de conformidad con el ordenamiento del lugar donde fueron celebrados: reconocerlos si fueron celebrados conforme al derecho extranjero en vigor”. Cabe afirmar que es el art. 49,2 y no el art. 50 el precepto más adecuado para integrar esta laguna. No carece de todo fundamento afirmar que con base en este último procede considerar la validez formal del matrimonio si se atiende a las formas previstas por la ley del lugar de la celebración, puesto que este art. 50 permite a los extranjeros contraer matrimonio en España también conforme a la ley española que es la *lex loci*. Sin embargo esta referencia se efectúa a los efectos de aclarar que los extranjeros pueden contraer matrimonio ante autoridades españolas, y no sólo en una forma establecida en su ley personal. El art. 49,2 es el que establece en el Derecho internacional privado español la competencia de la *lex loci celebrationis*; el art. 50 añadiría la de la *lex patriae*, en principio para los supuestos de matrimonios entre extranjeros en España ⁽⁵⁹²⁾. En el caso de matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero, ante la laguna de los arts. 49 y 50 la doctrina se muestra flexible y adopta una solución eficiente. Los contrayentes pueden optar entre las formas de celebración de matrimonio previstas en el país del que son nacionales o en el país de celebración del matrimonio. Podrán elegir el Derecho más apropiado dentro de un círculo relativamente amplio de leyes aplicables ⁽⁵⁹³⁾.

⁵⁹¹ Cf. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 460; Vid. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol-II, 3ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 73; S. Adroher Biosca, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 322 y 323; E.M. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 153 y 154.

⁵⁹² Cf. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado*, □ranzadi, 2002, p. 274.

⁵⁹³ Cf. J. Carrascosa González, *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro.com, 2002, p. 213.

Lo que parece haberse aplicado en las Sentencias reseñadas es el orden público en su versión atenuada, en el estilo de la línea iniciada por la Sentencia de la Cour de Cassation francesa de 17 de abril de 1953 (⁵⁹⁴), en la que se estableció que la reacción adversa a una disposición contraria al orden público no es la misma según obstaculice la adquisición de un derecho en Francia o se trate de dejar que se produzcan en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley competente en virtud del Derecho privado francés (⁵⁹⁵). Efectos de la institución extranjera, en sí misma inadmisibles, son aceptados, en particular cuando se trata de reconocer en el foro decisiones extranjeras, siendo, como es sabido, el sector del reconocimiento en el que opera el llamado efecto atenuado. Se abre paso la idea de que la exigencia en el marco de la sociedad multicultural de respetar los valores de culturas extrañas, así como los valores de la cultura occidental que no podrían considerarse superiores, deben limitar decisivamente la operatividad de la cláusula de orden público. Las reservas de orden público tratan de evitar, bien la aplicación de normas extranjeras por los tribunales del foro, bien la eficacia de resoluciones extranjeras cuando el resultado a que conducen en el caso concreto es incompatible con los valores superiores o los principios fundamentales del ordenamiento del foro. En la compatibilidad con el orden público lo determinante es el resultado que se produce a la luz de las circunstancias del caso concreto, no tratándose en ningún caso de evaluar en abstracto una normativa extranjera en atención a los valores imperantes en el foro (⁵⁹⁶).

El matrimonio se considera válido según la legislación senegalesa y produce efectos en España. Por su parte, el Juzgado de lo Social mantiene que “la prestación que se concede es la de viudedad por la legislación española consistente en una única prestación del 45% de la base reguladora, por lo que la totalidad de la misma habría 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 y 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,

⁵⁹⁴ Vid. P. Lagarde, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 263-282; F. Rigaux, “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t-213 (1989-I), pp. 157 y 158; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo *op. cit.*, p. 455.

⁵⁹⁵ Cf. A. Borrás, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Icaria, 1998, p. 169. Se plantea la citada autora, en relación con la multiculturalidad, si realmente la recepción en el ordenamiento o en la jurisprudencia de elementos de culturas muy alejadas no significa, de hecho, una discriminación frente a otros extranjeros de culturas más próximas y que, en razón de esa proximidad, no reciben la menor consideración en cuanto a la recepción de sus normas particulares en el ordenamiento del foro (*id.*, p. 165). *Vid.* P. Abarca Junco, *loc. cit.*, “La regulación de...”, p. 173; H. Muir Wait, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit international privé)”, en *Mundialización y familia*, A.L. Calvo Caravaca, J.L. Iriarte Ángel (ed.), Madrid, Colex, 2002, pp. 11-22; R. El-Husseini, “Le droit international privé et la répudiation islamique”, *Revue critique de droit international privé*, julio-septiembre, 1999, p. 430. Dicho planteamiento de concesión de efectos a todo acto lícito en el extranjero, aun cuando esté prohibido en España, parecería extensible a aquellos supuestos de matrimonios entre personas del mismo sexo (*vid.* E.M. Rodríguez Gayán, *op. cit.*, *Derecho...*, pp. 101 y 102; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 452).

⁵⁹⁶ Cf. P.A. de Miguel Asensio, “Derechos humanos...”, *loc. cit.*, pp. 547 y 548.

mientras que aquella norma se refiere a la sucesión de matrimonios, por lo que manteniéndose la convivencia de ambas esposas, de conformidad con la legislación nacional hasta el día de su fallecimiento, lo lógico es dividir la totalidad de la pensión entre ambas” (⁵⁹⁷). Realmente la pensión no se concede según la legislación española en sentido estricto, ya que considera que al no tratarse del mismo supuesto contemplado en la ley española en la que se contempla la sucesión de matrimonios, sino de dos matrimonios válidos en el momento del fallecimiento, la solución es diferente: división al 50%. Igualmente se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia: “la legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen... no la tiene en orden a provocar la causación de la pensión de viudedad íntegra autónoma para cada viuda sino entrando también en juego en este aspecto (como limitador o delimitador) el orden público, estrictamente la de nuestro sistema de Seguridad Social en cuanto que reconoce viudedad al cónyuge supérstite causándose una pensión de viudedad o única prestación del 45 % de la base reguladora correspondiente. No prevista ni considerada legalmente viable la causación de una pensión de viudedad íntegra propia para cada cónyuge supérstite la consecuencia procedente es la distribución entre estos de la pensión de viudedad única causada”.

Lo cierto es que en aunque nos encontremos ante un matrimonio polígamico la postura adoptada resulta correcta ya que realmente no se está vulnerando ningún derecho fundamental, sino todo lo contrario, se concede una pensión en partes iguales a dos mujeres casadas con el mismo hombre. La única diferencia de fondo respecto de un hombre que contrae matrimonio, se divorcia, se vuelve a casar y se vuelve a divorciar, y en el momento de su fallecimiento hay también dos esposas divorciadas previamente, es la simultaneidad de vínculo que se da en el matrimonio polígamico. Además, como ya se ha señalado, si fuera aplicado el orden público en su sentido más rígido, sería empleado única y exclusivamente para salvaguardar no un derecho fundamental, sino derechos económicos de la administración que no está dispuesta a conceder una pensión (⁵⁹⁸).

Resulta llamativa la concepción de orden público que se emplea en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Por un lado pretende ser flexible en la interpretación del orden público español: “a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977 que mantuvo que la excepción de orden público no es regla absolutamente rígida sino que admite inflexiones”. Sin embargo, el orden público es empleado, derivado de la Ley de Seguridad Social, para el cálculo de la pensión. “No habiendo previsión al efecto pues en el caso de los

⁵⁹⁷ Vid. J. Déprez, “Nota a la Sent. Cour de Cassation (Ch. soc.) 8 mars 1990”, *Revue critique de droit international privé*, t-80, 1991, pp. 694-711.

⁵⁹⁸ Vid. J. Déprez, *loc. cit.*, p. 699; A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, pp. 191-194. Señala el autor a raíz de la Sentencia de 8 de marzo de 1990 anteriormente señalada, relacionada, igualmente con un matrimonio polígamico, “que no se trata de un orden público de protección de valores de los ciudadanos, sino de un orden público de gestión, de equilibrio de la seguridad social”. Evidentemente se trata de intereses económicos. En Francia el reconocimiento de la poligamia afecta sólo a los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero y confieren el derecho de ambas esposas a entrar en la liquidación del régimen económico matrimonial, a la sucesión, a los alimentos; pero sólo la primera esposa tiene derecho a pensión de la seguridad social y a los beneficios sanitarios de la misma. Se admite el derecho a las prestaciones sanitarias de la seguridad social con carácter sucesivo, nunca simultáneo. La primera o la segunda mujer pueden recibir las prestaciones en función de cual de ellas fue inscrita con el marido, pero no las dos a la vez (*cf.* I. García Rodríguez, *op. cit.*, p. 281).

vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de cursarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica (art. 4,1 C.c. de las previsiones del art. 174,2 LGSS y jurisprudencia al efecto, SSTs de 10-11-99; 26-9-00, 17-7-00) para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiéndose que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante. En primera instancia se ha mantenido el criterio de división por partes iguales, no siendo este criterio objeto de impugnación en Suplicación ni por el Instituto Nacional de la seguridad Social ni por las demandantes”.

Tal vez la atenuación del orden público resulte aparentemente novedosa, y la solución alcanzada de dar validez al matrimonio y repartir la pensión por partes iguales innovadora, pero lo cierto es que esta solución era ya contemplada hace años para otros países, a través de la técnica del Tratado internacional⁵⁹⁹. Concretamente el Convenio de 8 de noviembre de 1979, ratificado por Instrumento 5 julio 1982 (Jefatura del Estado) con Marruecos en materia de Seguridad Social (B.O.E. de 13 de octubre de 1982), dispone en el Título II Capítulo IV (Supervivencia. Pensiones) en su art. 23 que “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí, será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.

Finalmente, en el caso que nos ocupa existe una aparente “relajación” de los controles a los que habitualmente nos tienen acostumbrados las autoridades españolas. Ambas Sentencias centran su atención en dejar bien claro que para que haya derecho a prestación de viudedad es necesario un matrimonio, y en el presente caso lo tenemos aunque sea poligámico, ya que así lo permite la ley personal de los contrayentes. Ahora bien, que la ley personal lo permita no significa necesariamente que el matrimonio celebrado en Senegal sea considerado como tal, pero no a efectos de la poligamia sino de forma. Hay dos cuestiones diferentes: que la ley personal permita el matrimonio poligámico y que esto se tenga en cuenta para concederle efectos en España⁶⁰⁰, y otra que el matrimonio allí celebrado pueda ser considerado como tal⁶⁰¹. El reconocimiento de la validez del matrimonio depende, obviamente, del cumplimiento de sus condiciones. Si el matrimonio se ha celebrado conforme a una ley extranjera la prueba de la celebración del matrimonio se determina a través de los medios de prueba admitidos por dicha ley. En este caso la ley extranjera sólo alcanza a probar la existencia del acto y, todo lo más servirá exclusivamente como presunción de validez formal, no sustancial, en la medida en que tales medios no

⁵⁹⁹ La conclusión de Convenios bilaterales o la participación en Convenios multilaterales podría considerarse como una posible solución a los problemas derivados de la inmigración. Este tipo de normas facilita, por un lado, la vida de los inmigrantes en el Estado de recepción y, por otro, regular de antemano ciertas relaciones jurídicas respecto a dicho Estado. Así los países de origen pretenden asegurar el respeto de su identidad cultural, esencialmente religiosa, mientras que los Estados de recepción buscan una mayor apertura de los pueblos musulmanes hacia la cultura europea (cf. A. Borrás, *loc. cit.*, p. 177; *vid. M^a.P. Diago Diago, loc. cit.*, pp. 9 y 10; M^a.A. Asín Cabrera, *loc. cit.*, pp. 161 y 162).

⁶⁰⁰ *Vid. M. Morere, “Le mariage mixte et l’ordre public coranique”, La Revue Marocaine de droit, 1953, pp. 251-254; S. Aldeeb, A. Bonomi, (ed.), Le Droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux, Zurich, 1999, pp. 1-29; F. Sarehane, “Maroc”, J.-Cl. de droit comparé, t-II, 1998, pp. 11-16; A. Fattal, Le statut légal des non-musulmans en pays d’Islam, Imprimerie Catholique, 1958, pp. 127 y ss; R. Najjar, Le mariage dans le droit hébraïque et islamique. Recherches de droit comparé, Amman, Imprimerie Catholique, 1966, pp. 57-71; J.J. Nasir, The Islamic law of personal status, 2^a ed., Londres, Graham, 1990, pp. 55-57; F.-P. Blanc, Le droit musulman, Paris, Dalloz, 1995, pp. 1 y 37-50; S. Aldeeb, Mariages entre partenaires suisses et musulmans, 3^a ed., reimpression, Lausanne, Institut Suisse de Droit comparé, 2000, pp. 5-21.*

⁶⁰¹ *Vid. S. Aldeeb, op. cit.*, p. 5.

alcanzan a los requisitos de capacidad o consentimiento, que deben juzgarse a la luz de la ley nacional de cada contrayente (⁶⁰²). Este planteamiento lo realizamos a la vista de la trayectoria mantenida por las autoridades españolas para el caso de matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre español y extranjera. En estos supuestos, en ocasiones, los matrimonios celebrados en el extranjero no son admitidos en el ordenamiento español (no por ser poligámicos) sino porque se asegura que la forma en la que han sido celebrados no es precisamente la de un matrimonio (⁶⁰³). En estas dos Sentencias no existe ninguna mención al respecto por lo que debemos entender que se han realizado las comprobaciones oportunas, o también, que la atención se ha visto centrada en el hecho de encontrarnos ante un matrimonio poligámico, relajando otros controles.

⁶⁰² Cf. J. Carlos Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 460 y 461.

⁶⁰³ Vid. E.M. Rodríguez Gayán, Nota a la Res. D.G.R.N. de 3 de septiembre de 1990", *Revista española de Derecho internacional*, vol-XLIII, 1991-2, 1991, pp. 527-530.