

Matrimonios de extranjeros con residencia en España

ALTAMIRA GONZALO.
Abogada. Miembro
del Consejo Rector del IAM.

Además de todos los cambios culturales que los movimientos migratorios lógicamente proporcionan, desde la perspectiva del derecho y desde el punto de vista de los derechos de las mujeres, este hecho social, los matrimonios mixtos y los matrimonios entre personas extranjeras que residen en nuestro país, están planteando problemas nuevos ante los que no siempre se da una solución acertada, a mi entender.

Un ejemplo de ello es la Sentencia del TSJ de Galicia, de 2 de Abril de 2002, cuyo contenido se comenta en este mismo ejemplar de la revista, existiendo al parecer también otra sentencia en el mismo sentido de un Juzgado de lo Social de Barcelona. La sentencia mencionada reconoce el derecho a percibir pensión de viudedad a las dos viudas de un trabajador senegalés que había muerto en

accidente de tráfico; cada una de ellas cobrará el cincuenta por ciento de la pensión.

En el país de origen del causante de las pensiones, Senegal, está permitida la bigamia y esta persona tenía dos esposas y con ambas varios hijos a quienes, lógicamente, se les ha reconocido pensión de orfandad. Pero en nuestro



país la bigamia es un delito. El artículo 8.1 del Código Civil dispone que las leyes penales entre otras, obligan a todas las personas que se hallen en territorio español. Es materia de orden público. Aún en el supuesto de que la bigamia no fuera delito en nuestro país, no es desde luego una relación jurídica a la que el derecho pueda reconocer efectos similares a los del matrimonio. O al menos ese ha sido el argumento reiteradamente alegado hasta la fecha para denegar la pensión de viudedad a las personas que habían mantenido convivencia marital o de hecho.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en sentencias dictadas para unificación de doctrina han resuelto siempre negando el derecho a cobrar pensión de viudedad en esa situación. Y ello aunque la convivencia haya durado, como ha sido algún caso, treinta años y los convivientes hayan tenido cinco hijos en común. Se fundamenta la negativa en que no han contraído matrimonio porque no han querido, pues, tras la reforma del Código Civil del año 1981, el divorcio permite contraer matrimonio a quien así lo decidiera.

Con este argumento han sido denegadas centenares de pensiones, dejando en situación cercana a la pobreza a muchas mujeres que se dedicaron siempre al cuidado de la familia y que, al fallecer su pareja, carecen de derecho a cobrar la pensión de viudedad. No parece por tanto equitativo que, manteniendo intacta esta jurisprudencia, se comience a consolidar otra tendencia jurisprudencial por la que se reconozca el derecho a cobrar pensión de viudedad a cuantas viudas sobrevivan a trabajadores en España y sean nacionales de países en los que estén legalizados los matrimonios poligámicos. No sólo se está dando plenos efectos jurídicos a una relación que es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, sino que, además, se está dando lugar a tratos discriminatorios en relación con el tratamiento que se dispensa en nuestro país a las uniones de hecho o uniones more uxorio. Si la razón que subyace en el reconocimiento de esas pensiones de viudedad es la situación

de necesidad de la parte de la pareja que ha sobrevivido a la otra, esa situación de necesidad también existe ó puede existir cuando se trata de uniones de hecho.

Otros problemas importantes que ya están teniendo que afrontar los Juzgados son los que se derivan de las crisis matrimoniales que afectan a los matrimonios de personas extranjeras que residen habitualmente en España.

Desde el punto de vista procesal, son competentes los Tribunales españoles si los cónyuges, aun siendo extranjeros, tienen residencia habitual en España. Y la tramitación del procedimiento ha de acomodarse a las leyes procesales españolas (artículo 8.2 del Código Civil). Sin embargo, el matrimonio se regirá por su ley nacional (artículo 9.2 y artículo 107, ambos del Código Civil). Y aquí es donde nos vamos a encontrar con legislaciones profundamente discriminatorias con las mujeres, fundamentalmente las de países musulmanes.

Una de esas instituciones es la dote existente en los países de régimen islámico: es un capital que el esposo entrega a la esposa al momento de contraer matrimonio o de manera aplazada, cesando con la disolución del matrimonio la obligación de alimentos del esposo hacia la esposa. Tampoco existe régimen de comunidad de bienes constante matrimonio y quien puede repudiar es el esposo, pero no la esposa. Si esta regulación de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges la ponemos en relación con una situación jurídica y social de la mujer de auténtica supeditación al varón en los países indicados, concluiremos fácilmente que ese régimen matrimonial es abiertamente opuesto a los mandatos de igualdad y de prohibición de discriminación que proclama nuestra Constitución.

De manera que, ante una petición de separación o divorcio efectuada por cónyuges extranjeros residentes en nuestro país, habrá de aplicarse en cuanto al fondo su ley nacional, estando a cargo de las partes la obligación de acreditar el contenido y la vigencia de

dicha ley, conforme dispone el artículo 12.6 del Código Civil, si bien el Tribunal Constitucional habla de la obligación del órgano judicial de prestar a las partes una efectiva tutela actuando incluso de oficio para la búsqueda de la normativa aplicable. Pero no siempre se podrá o se deberá aplicar la ley extranjera: se exceptuarán aquellas instituciones o normas que sean contrarias a nuestro orden público.

La Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó una sentencia de fecha 28 de Septiembre de 2000, en la que acordó excluir la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges, la ley iraní, para resolver acerca de la petición de divorcio que había formulado la esposa, aplicando en su lugar nuestro Código Civil. Invoca para ello una sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Abril de 1986 acerca de la dimensión del concepto de orden público tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y dado que la ley iraní... *“en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad. Así, conforme a aquélla, el esposo ostenta el derecho absoluto a rescindir el contrato matrimonial unilateralmente, sin aportar motivo alguno para el divorcio. En cambio la mujer no puede obtener el divorcio sin el consentimiento del esposo, a menos que recabe la misma la intervención del Juzgado... discriminación en perjuicio de la mujer, que llega a su culminación, en la referida legalidad, cuando se consagra el derecho del esposo para revocar el divorcio y continuar el matrimonio sin celebrar nuevo contrato matrimonial, no precisando al respecto el consentimiento de la esposa, a la que se deniega todo derecho a tal revocación.”* Por todo lo que, concluye la sentencia de la Audiencia Provincial, se debe aplicar la legislación sustantiva española al procedimiento de divorcio de dos iraníes residentes en España, con exclusión de su ley nacional común al ser contraria al principio constitucional de igualdad.