UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA



"PROBLEMÁTICA DE LA MUJER INMIGRANTE ISLÁMICA Y efectos jurídicos y sociales en el DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.CANARIAS"

REALIZADA POR.DOÑA ANA MARÍA ÁLVAREZ TUDELA

TUTORIZADA /DIRIGIDA POR EL PROFESOR: DON MANUEL DE JESUS PÉREZ RODRÍGUEZ

DEPARTAMENTO: CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

ÁREA DE CONOCIMIENTO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer a mi Director de Tesis .D. Manuel Pérez Rodríguez la oportunidad que me ha brindado y la confianza depositada a la hora de hacer realidad éste trabajo.

También a todas aquellas personas que han colaborado de forma anónima compartiendo sus vivencias conmigo y como no, a Doña Alicia Navarro Ramos, (Ex-cónsul de la República de Guinea en Gran Canaria) por su valiosa información y ayuda de forma desinteresada.

Por último dedicar este trabajo a mi familia, en concreto a mi marido y a mi hijo, pues gracias a su apoyo incondicional he conseguido hacer de éste sueño una realidad.

INTRODUCCIÓN

La participación de la mujer en los movimientos migratorios ha pasado desapercibida durante mucho tiempo, estas mujeres han sido, totalmente invisibles, en concreto las procedentes de países musulmanes (objeto de estudio) en general, no solamente los que de alguna manera han incorporado la ley islámica en sus sistemas legales, (Estados confesionales que recogen el Islam como religión de Estado). Son mujeres protagonistas y a la vez víctimas de un cambio difícil de una identidad heredada no solo cultural que van adquiriendo como consecuencia de su situación migratoria. En España es notoria la presencia de un importante número de mujeres que profesan la religión islámica no solo como religión sino como forma de vida, forman un colectivo vulnerable frente a una doble discriminación por razón de sexo generada por patrones culturales heredados y a su vez incrementada por el aislamiento social que en ocasiones sufren por razón de su origen. Todo ello ha favorecido el interés por el estudio del Derecho Islámico en sus diversas manifestaciones despertando la atención del legislador y estudiosos pues traspasara las fronteras de los Estados de origen en los que son de aplicación.

El progreso económico habido en nuestro país en las últimas décadas, lo ha convertido en uno de los principales destinos de los flujos migratorios. La crisis que azota no solo España sino también en nuestros países vecinos no ha mermado la presencia de población extranjera (en nuestro caso de origen musulmán) tanto en Europa como en España, lo que nos obliga a buscar posibles soluciones no solo jurídicas sino también sociales a las nuevas necesidades que día a día van surgiendo. El fenómeno de la inmigración masiva al que asistimos en desde hace algunos años presenta unas consideraciones legales interesantes, estamos ante un novedoso" Derecho de la inmigración" de rabiosa actualidad. La convivencia entre personas de diversas procedencias, y culturas, (de origen islámico) sumado a la combinación o mezcla de nacionalidades hace que las situaciones legales privadas traspasen fronteras y necesiten a su vez una regulación jurídica más próxima y accesible.

Éste tipo de situaciones son proclives o propensas a generar conflictos entre Ordenamientos Jurídicos vinculados a más de un Estado. Consecuencia de ello no debería extrañarnos que autoridades españolas resuelvan más de un asunto aplicando derecho extranjero con la posibilidad de que terminen originando situaciones no deseadas o claudicantes que a su vez, generen de forma involuntaria auténticas situaciones discriminatorias por razón de sexo. De todos es sabido que en los países objeto de éste estudio, el sexo ha sido siempre considerado como una de las causas modificativas de la capacidad de obrar de la mujer. En este sentido, las diferencias existentes entre hombre y mujer, hasta ahora habían hecho aconsejable y adecuado restringir y en ocasiones hasta casi anular la capacidad de ésta. La mujer ha

desempeñado y desempeña un papel secundario en la sociedad musulmana (islámica), papel impuesto por la cultura y por el diverso tratamiento de las normas jurídicas. Resulta difícil aplicar legislaciones extranjeras que entran directamente en conflicto por ser radicalmente opuestas y contrarias con un sistema normativo como lo es el español que se esfuerza en alcanzar la igualdad de oportunidades efectiva entre mujeres y hombres, en la aplicación y disfrute tanto de derechos como en obligaciones y responsabilidades en el ámbito privado y público por parte de la Jurisprudencia y Doctrina española. …"*Se contempla una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad*." Párrafo II de la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2007 de 22 marzo.

Asistimos a una etapa clave en la que millones de personas se ven obligadas a desplazarse hacia lugares en los que las condiciones de vida aparentemente son más ventajosas. Se caracteriza por la presencia de personas extranjeras en los Estados de acogida. Ello conlleva a interactuar personas y sistemas jurídicos diferentes, cambiantes, las…*"sociedades multiculturales se caracterizan no por la convivencia entre las diferentes culturas, sino por entendimiento y conocimiento de las personas que pertenecen o se identifican en ellas*."...(1)

Las mujeres musulmanas `procedentes de países islámicos, constituyen un colectivo que demanda y necesita que se respete su identidad, su religión y su cultura de origen que rige su Estatuto Personal. Todo esto da lugar a que en los Tribunales españoles se planteen situaciones de los más variopinto que obligan a tener en cuenta y a estudiar la legislación de los países de origen, cuestión nada fácil por lo heterogéneo del derecho islámico y la diversidad de situaciones que derivan de normativa contenida en los Códigos de Conducta, Estatutos Personales, que rigen en los distintos países musulmanes de tradición o cultura islámica. Se trata de un proceso dinámico y cambiante, no es solamente una simple convivencia entre culturas Todo ello obliga al jurista al estudio de la existencia de una pluralidad de textos normativos propios de cada nacionalidad.

Este estudio estrictamente jurídico, ha sido el resultado de una serie de experiencias trabajando en diferentes instituciones con el colectivo de mujeres inmigrantes, en su mayoría africanas (algunas de ellas de origen musulmán), con mujeres musulmanas que desinteresadamente me han regalado tardes de tertulia ,y con mujeres víctimas de maltratos diversos, entre los cuales se encuentra la violencia de género y la violencia intrafamiliar o también denominada doméstica En el recorrido de éste estudio, cito algún ejemplo de mujeres que merecen ser recordadas, cuyos nombres y circunstancias personales han sido deliberadamente modificados para salvaguardar su identidad. Por otro lado, han sido muchos los autores consultados y algunas las entrevistas y conversaciones con mujeres y autoridades en la materia que de forma anónima, pues no desean que revele cualquier dato que sea susceptible de

identificación en cuanto a su persona y cargo, me han revelado información relevante en la materia. También, desde la propia universidad, he obtenido información especializada en la materia desde la formación a través de asistencia a clases en calidad de alumna en la asignatura "el Derecho Islámico, estudio de los Códigos de Conducta" charlas, ponencias y coloquios relacionados con la materia, Cursos de Expertos en la materia como el "Experto en el estudio y tratamiento de la Violencia de Género dirigido por la Magistrada Doña María Auxiliadora Díaz Velázquez "…

El objeto principal en éste estudio, se centra en el estudio jurídico de los rasgos que definen de la condición de inmigrante de la mujer musulmana, por tanto practicante del Islam, que la hacen diferente a cualquier otra mujer y el tratamiento por parte de nuestras instituciones, evolución jurídica de la justicia en cuanto a Jurisprudencia y Doctrina, centrándonos en el análisis del estatus jurídico de la mujer en su lugar de origen y la normativa extranjera (implicaciones/consecuencias y aplicación), en el caso que nos ocupa, en países de tradición o cultura Islámica(africanos y asiáticos principalmente) y el proceso de integración de sujetos musulmanes en nuestra sociedad. Éste estudio debe servir para informar, profundizar y dar a conocer una realidad social inmersa/sumergida o estancada en el pasado y presente de dos culturas , la occidental y la cultura islámica procedente de países musulmanes practicantes del Islam, y la repercusión que ello tiene en la sociedad canaria. Asimismo otro de los objetivos es estudiar la situación de éstas mujeres de origen musulmán en el proceso de inmigración La mujer adquiere la responsabilidad de mantener su propia cultura y su origen pero a la vez se la hace responsable de facilitar la inserción de sus familias asumiendo lo nuevo sin por ello mermar o dejando de lado su origen La integración social, cultural y jurídica, conlleva la posibilidad de mantener lazos con sus orígenes, raíces de origen, familias, a la vez que se crean nuevos lazos en el Estado de acogida. Se trata de evitar así el desarraigo de personas, familias, en el caso que nos toca mujeres musulmanas, que se ven obligadas a romper con sus pautas, hábitos, cultura que corresponde a una civilización, a una educación.

Este trabajo se encuentra dividido en tres capítulos a través de los cuales se estudia la situación de total y absoluta vulnerabilidad y en ocasiones de injusticia en la que se encuentra la mujer musulmana practicante del Islam durante toda su vida desde el punto de vista social y jurídico.

El Capítulo Primero centra toda su atención en la institución de la familia. La regulación jurídica de ésta institución convierte algunos de los derechos de las mujeres en pura teoría, las instituciones jurídicas se tiñen de actitudes sexistas y los Estados lo justifican por su protección a la institución de la familia. Es notable el esfuerzo de muchos de los Estados musulmanes en aplicar la Ley Islámica, la Sharía en relación al derecho de familia o Estatuto Personal, es de vital importancia la aplicación de la norma religiosa por el significado e importancia que tiene la familia en la transmisión de los valores y de la religión a los hijos. Actualmente, se podría decir que en algunos países musulmanes la Ley Islámica, la Sharìa, es la principal fuente de derecho.

Es necesario llamar la atención tanto sobre el papel del jurista como de la Jurisprudencia y de la Doctrina españolas en un tema tan actual como este que afecta a instituciones del ámbito privado como el derecho de familia.

Es el Derecho Internacional Privado, el único capaz de responder o solucionar la situación personal y familiar de estas personas que se encuentran inmersas entre legislaciones diferentes y en numerosas ocasiones opuestas y contradictorias e incluso prohibidas, situación que se complica con los constantes cambios a nivel normativo que produce ésta situación pendiente de decisiones acordadas a nivel político internacional. Así cada vez es más necesaria la cooperación entre autoridades de diferentes países, evitando así esas situaciones claudicantes poco deseadas y que pueden resultar muy injustas y no aportan beneficio para ninguna de las partes.

En este primer capítulo, se diferencia, con respecto a la mujer, una esfera jurídica pública y otra privada. Siendo en esta primera donde las mujeres tienen reconocidos derechos tales como educación, trabajo, participación política, aunque habría que precisar un poco esta afirmación puesto que todavía hay carreras que la mujer no puede estudiar, trabajos que no pueden desempeñar y cargos políticos a los que no tienen acceso por el hecho de ser mujer. Sin embargo las Constituciones de algunos países reconocen la Igualdad de los ciudadanos sin distinción de sexos como principio, y la legislación, los Códigos de Estatuto Personal, como la legislación Civil y Penal, recogen como sujetos tanto hombres como mujeres. En la esfera privada, en cambio, tanto la Sharìa , en algunos países como ley de carácter general, como los diferentes Códigos de Conducta vigentes en los países musulmanes , regulan situaciones jurídicas entre los miembros de la familia donde con carácter en general se mantiene una situación asimilable a la incapacidad jurídica y por lo tanto de vulnerabilidad de la mujer. Instituciones como el Matrimonio, la testificación, la Dote, el Walli o representante legal,…pueden significar la ausencia de libertad de la mujer para tomar decisiones y mantienen de forma tipificada las desigualdades respecto no sólo de los hombres miembros o no de la familia sino ante el resto de la población.

El segundo de los Capítulos se centra en el estudio individualizado de las situaciones de crisis y desavenencias matrimoniales por las que deben atravesar un gran número mujeres cuando deciden llevar a cabo un proyecto de vida de forma independiente y al margen de su marido, tanto en el país de origen como de su reconocimiento en el país de acogida y viceversa .En éste estudio es fundamental entender la incidencia de nuestra Jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado. Veremos la difícil tarea encomendada a Jueces y Tribunales para la resolución de litigios que versan sobre nulidad, divorcios, repudios, tutela de los hijos menores,….donde se producen situaciones de auténtico conflicto entre Ordenamientos Jurídicos tan diferentes en los que se establecen derechos y obligaciones contrarios y en ocasiones opuestos e incompatibles no sólo con la norma interna del país de origen sino con la normativa del país de acogida, y como no, la normativa europea. Dando lugar como resultado a insalvables situaciones claudicantes

que de forma injusta en la mayoría de las ocasiones es la mujer la que resulta ser la gran perjudicada.

Sin perder de vista el desarrollo evolutivo de la situación jurídica de la mujer ,se hace necesario conocer las instituciones que comprenden el Derecho de Familia cuando estamos ante demandas de separación y divorcio en el caso de matrimonios mixtos contraídos con sujetos musulmanes , demandas de filiación, reconocimiento y deberes inherentes, situaciones que suscitan el acceso al matrimonio de personas del mismo sexo, (matrimonio, homosexualidad, familias monoparentales prácticamente inexistentes en el Islam por imperativo legal). Vemos como se plantean estas cuestiones ante la Administración de Justicia española por razón de demandas presentadas ante Tribunales españoles por cuestiones diversas como lo son los matrimonios válidamente contraídos entre sujetos que son musulmanes y los que no lo son como pueden ser el caso de católicos o judíos, tanto en sus países de origen como en el Estado español sin perder de vista la pluralidad, o diversidad legislativa habida o conocida como Derecho Islámico, y dado que hablar del Islam es hablar de heterogeneidad, con una pluralidad de Escuelas Teológicas,(Malequí, Sunií, Shafí, Ambalí) y el predominio de unas sobre otras dependiendo el Estado en el que se encuentre.

El tercer y último Capítulo aglutina, aunque no de forma exhaustiva o absoluta, diferentes circunstancias por las que algunas de estas mujeres musulmanas objeto de estudio resultan ser, por desgracia, de notoria importancia en la actualidad. La mentalidad de la cultura islámica se basa en un modelo patriarcal. Este capítulo está dedicado a todas aquellas mujeres que aún sin saberlo, sufren malos tratos, atraviesan situaciones de especial gravedad que afectan con dureza al colectivo extranjero como son la Trata de Seres Humanos, las redes organizadas de Tráfico de Personas y la situación que millones de niñas en el mundo sufren y son víctimas de Mutilación Genital Femenina, en resumen, manifestaciones de situaciones de violencia de género que sufren las mujeres en general con independencia de su origen, religión o cultura. ”*…La Violencia de Género constituye un grave atentado directo e inmediato contra la dignidad, los derechos individuales, la calidad de vida y la salud física y mental de las mujeres*”. (Preámbulo de la Ley 1672003 de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN……....3

ABREVIATURAS……..……..14

Capítulo I
EL MATRIMONIO ISLÁMICO

1. MATRIMONIO EN LOS ESTADOS MUSULMANES DE ORIGEN ISLÁMICO, EFECTOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL……..…..17

   1.1. Matrimonio y Derechos Humanos……..…..…..21
   1.2. El principio de constitucionalidad de igualdad y su alcance……..…..…..26
   1.3. Acuerdos de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, la ley 26/1992 de 10 de noviembre de 1992……..…..29

2. CONCEPTO DE MATRIMONIO ISLÁMICO……36
3. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO……43

   3.1. Capacidad Ius Connubii……..……..……43
   3.2. Edad para contraer matrimonio……..……..…54

4. IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES……57

   4.1. Impedimentos temporales.....58

      4.1.1. Impedimento de edad……..……58
      4.1.2. Impedimento de afinidad ……..60

4.2. Impedimentos permanentes……61

4.2.1. Impedimento de identidad de sexos/transexualidad……61
4.2.2. Impedimento de consanguinidad……72
4.2.3. Impedimento de lactancia ……72
4.2.4. Impedimento de disparidad de religión,(herencia religiosa)……73

4.3. Dispensa de impedimentos……74

5. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL……74

5.1. Simulación o fraude, matrimonios de complacencia o de conveniencia, "Matrimonios Blancos"……77

6. OBJETO PRINCIPAL DEL MATRIMONIO ……87
7. LA TESTIFICACIÓN MATRIMONIAL……89
8. LA DOTE. SITUACIÓN SOCIAL DE LA MUJER……92

8.1. Concepto……92
8.2. Clases……92

9. CLÁUSULAS A LA HORA DE CONTRAER MATRIMONIO……95
10. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES……100

10.1. Derechos de los cónyuges……100

10.1.1. Derechos del marido……100
10.1.2. Derechos de la esposa……100

10.2. Obligaciones de los cónyuges……103

10.2.1. Obligaciones del marido……103
10.2.2. Obligaciones de la esposa……103

11. MATRIMONIO POLÍGAMO, CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO ATENUADO……107
12. NOTAS……127

13. BIBLIOGRAFÍA……..…..130

Capítulo II

CRISIS MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN……135
2. EL REPUDIO……..140

2.1. Tipos de repudio……144

2.1.1.Revocable……...144
2.1.2.Irrevocable……147

2.2. Efectos del repudio……...150

2.2.1.Personales……..151
2.2.2.Económicos o patrimoniales……...…152

3. DIVORCIO……...……...…155

3.1. Causas……...……...…156

3.2. Competencia judicial……...…159

3.2.1.Ley aplicable a la disolución del vínculo……...159
3.2.2.Reconocimiento de sentencias, Exequatur y consecuencias……..……...159

4. NULIDAD……...……..170

4.1. Causas……...172

5. EFECTOS DE PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO…...173

5.1. La filiación, el derecho de Hadana y la Wilaya……...…173
5.2. Derecho de visitas……183
5.3. Derecho de alimentos……..186

6. DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (disolución del patrimonio común)……189
7. NOTAS……...…190
8. BIBLIOGRAFÍA……194

Capítulo III

MUJER INMIGRANTE DE ORIGEN ISLAMICO VICTIMA DE MALOS TRATOS

1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y MUJER INMIGRANTE……..199

2. APUNTES HISTÓRICOS EN CONSIDERACIÓN DE LA MUJER A TRAVÉS DEL TIEMPO……200

3. LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER INMIGRANTE ISLÁMICA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO ……..……207

4. MARCOS NORMATIVOS FRENTE A LAS VIOLENCIAS DE GÉNERO……..……210

4.1. Ámbito internacional……...210
4.2. Ámbito regional……....212
4.3. Ámbito europeo……213
4.4. Ámbito estatal……..…..215

5. MUJER INMIGRANTE MALTRATADA……...217

6. VIOLENCIA DE GÉNERO……..223

6.1. Concepto……223
6.2. Autor……224
6.3. Víctimas……...224

7. DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO……...226

8. MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA, RESIDENCIA……231

8.1. Mujer extranjera familiar de ciudadano de un Estado miembro de la Unión europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo…….....231

8.2. Mujer extranjera no comunitaria……231

8.2.1. Autorización de residencia y trabajo independiente de las mujeres extranjeras reagrupadas con su cónyuge o pareja……233
8.2.2. Autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de las mujeres extranjeras en situación irregular……..233
8.2.3. Autorización provisional de residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera en situación irregular……235

9. LA ORDEN DE PROTECCIÓN, EFECTOS……..…….. 240

9.1. Concepto……..240

9.2. Medidas cautelares……..242

9.2.1.Medidas cautelares de orden penal……242
9.2.2.Medidas cautelares de orden civil……243
9.2.3.Orden Europea de Protección de las víctimas……243

10. LA TRATA DE SERES HUMANOS (T.S.H.)……244

10.1. Introducción……..244

10.1.1. La organización de la Trata……252
10.1.2. La captación de las víctimas, formas de llevar a cabo……253
10.1.3. Boy friend o lover boy……253
10.1.4. La deuda……254

10.2. La Trata de Seres Humanos y el Tráfico Ilegal de Personas. Regulación en el Derecho Internacional ……258

10.2.1. El delito de Trata de Seres Humanos……258
10.2.2. El Tráfico Ilegal de Personas e inmigración clandestina……264

10.3. La Trata de Seres Humanos y el Tráfico Ilegal de Personas. Regulación en el Ordenamiento Jurídico Español……267

10.3.1 La Trata de Seres Humanos en el Ordenamiento Jurídico Español,……267
10.3.2. El delito de Tráfico Ilegal de Personas en el Ordenamiento Jurídico Español. Estudio del Artículo 318 Bis del Código Penal……279

10.3.2.1. Artículo 318 Bis del Código Penal como tipo básico.....282
10.3.2.2. Artículo 318 Bis del Código Penal como subtipo agravado……284

10.4. La Trata de Seres Humanos y la Ley Orgánica de Extranjería……....286

11. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (M.G.F.).....297

11.1. Proyección física de la MGF……...297
11.2. Concepto……..300
11.3. Regulación jurídica……305

11.3.1. Legislación internacional……305
11.3.2. Consejo de Europa……309

11.3.3. Convenio de Estambul……310
11.3.4. Regulación jurídica de la Unión Europea……311
11.3.5. Regulación jurídica estatal……313

12. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL……325

13. DERECHO DE ASILO Y MGF……327

14. NOTAS……334

15. BIBLIOGRAFÍA……338

16. CONCLUSIONES……342

ABREVIATURAS

ACNUR ……..…Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Refugiado

AP……..……Audiencia Provincial

Art……Artículo

ATS…….Auto del Tribunal Supremo

BOE…….Boletín Oficial del Estado

C.C……..……Código Civil

CF…….....Código de familia

CFM…….....Código de Familia marroquí

CPM……. Código Penal Marroquí

CE……..…..Constitución Española

CEDH…….…...Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

CGPJ…….……Consejo General del Poder Judicial

DGRN…….....Dirección General del Registro y Notariado

DIPr……....Derecho Internacional Privado

DOCE…….....Diario Oficial de las Comunidades Europeas

LEC…….…..…..Ley de Enjuiciamiento Civil

LO…….…….....Ley Orgánica

LOTC…….……..……Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LOPJ……Ley Orgánica del Poder Judicial

LRC…….Ley del Registro Civil

SAP…….Sentencia de la Audiencia Provincial

Sent……..……...Sentencia

STC…….Sentencia del Tribunal Constitucional

SETDH…….....Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJCE……..…...Sentencia del TJCE

STS…….....Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ……Sentencia del Tribunal Superior de justicia

RD……..….Real Decreto

TC……...Tribunal Constitucional

TEDH……..... Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS…….....Tribunal Supremo

TSJ..……Tribunal Superior de justicia

TUE……Tribunal de la Unión Europea

UE…….…….Unión Europea

Capítulo I

EL MATRIMONIO ISLÁMICO

1. MATRIMONIO EN LOS ESTADOS MUSULMANES DE ORIGEN ISLÁMICO, EFECTOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL……...19
2. CONCEPTO DE MATRIMONIO ISLÁMICO……..…..37
3. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO…….…..…44
4. IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES…….58
5. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL…….……...75
6. OBJETO PRINCIPAL DEL MATRIMONIO…….…..89
7. LA TESTIFICACIÓN MATRIMONIAL……..…….…..91
8. LA DOTE.SITUACIÓN SOCIAL DE LA MUJER.....93
9. CLÁUSULAS A LA HORA DE CONTRAER MATRIMONIO.....97
10. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES…… 102
11. MATRIMONIO POLÍGAMO, CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO ATENUADO……...109
12. NOTAS…….…127
13. BIBLIOGRAFÍA……131

Capítulo I

EL MATRIMONIO ISLÁMICO

1. MATRIMONIO EN LOS ESTADOS MUSULMANES DE ORIGEN ISLAMICO, EFECTOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.

En la actualidad, los países occidentales albergan población procedente de otros países cuyos modelos culturales, sociales y jurídicos distan/discrepan mucho del nuestro. Conviven diferentes modelos de familias, que son el reflejo de las diferentes culturas de origen, procedentes en gran medida de países musulmanes. En concreto cobra especial relevancia y resulta muy interesante la inmigración procedente de países musulmanes, cuyos sujetos profesan el Islam como religión de Estado, y por tanto, la Sharía como su principal norma jurídica.

España, en concreto Canarias, se ha convertido en destino de una gran cantidad de inmigrantes en busca de nuevas posibilidades de mejorar su vida. Caracterizándose por tener un marcado perfil multicultural. Se trata de personas procedentes no solo de modelos culturales y sociales sino también jurídicos muy diferentes al nuestro. Uno de los colectivos cada vez más numeroso que poco a poco va cobrando una mayor presencia y por tanto más importancia es el colectivo procedente de países musulmanes que practican el Islam como religión de Estado, como modelo de vida y la Sharía como fuente jurídica.

Nuestro Ordenamiento Jurídico recoge el Derecho y a su vez el Principio a la Igualdad, a la Identidad y a su vez, a la Diversidad Cultural. Todo ello en aras a facilitar la integración social de inmigrantes de origen islámico generando de ésta manera conflictos jurídicos basados en una educación religioso-cultural. **No olvidemos que éste es un estudio jurídico, no religioso.**

El Derecho llamémoslo Islámico, tiene un marcado carácter tradicional, con un fuerte arraigo en valores culturales y sobre todo religiosos, éste carácter tradicional es el principal factor de tratamiento desigual y en ocasiones discriminatorio de la mujer en las relaciones jurídico-familiares. El derecho de familia es una institución altamente controvertida está fuertemente arraigada a la religión (Islam).Se regula un modelo de familia patriarcal, en el que la mujer y el hombre no tienen el mismo trato, o mejor dicho, tienen un trato desigual de total primacía del varón frente a la posición de inferioridad de la mujer y sus deberes.. Se trata de un derecho en su mayoría marcadamente religioso, basado en el Corán, y en la Sounna, en la que se encuentran los hadiths (palabras, usos del profeta). Vemos de esta manera como el Derecho Islámico es al tiempo la norma religiosa y la ley civil (también es penal, mercantil y fiscal pero no son objeto de estudio). Aun así, su estudio jurídico se complica dependiendo del Estado en cuestión, sirva como ejemplo Marruecos…" existen tres estatutos que rigen con independencia de la nacionalidad, tales son el Estatuto Musulmán, el Estatuto Hebraico o Israelí local, y el Estatuto de otros extranjeros no musulmanes que se sujetan en marruecos a ley nacional del marido"…, donde podemos incluir a los Católicos por ejemplo.(5)

Actualmente en los países de origen musulmán,…" las mujeres tienen reconocidos algunos derechos, como el acceso a la educación, trabajo, participación política"… (6). (3) Las mujeres en ciertos países, no en su práctica totalidad, todavía no pueden acceder a cualquier carrera. En algunos países musulmanes algunas de estas leyes están vetadas por el único hecho de ser mujer. También existen trabajos que no pueden desempeñar. "Una profesora paquistaní es asesinada por dar clase a niñas". Diario el País. Sociedad .Madrid 20 de marzo de 2013. En cambio otros si, por ejemplo carreras como medicina, en concreto la especialidad en ginecología enfermería, profesora "de niñas", pues no pueden tener trabajos incompatibles con su fe, con su naturaleza femenina y con sus condiciones físicas. No se debe generalizar, pues es conveniente diferenciar a la musulmana urbana de la musulmana rural. La mujer está hecha para estar en su casa, y satisfacer a su marido y criar a sus hijos. La mujer tiene debilidad física puesto que se puede quedar embarazada y parir, tienen la menstruación. No pueden estar a solas con un hombre extraño no pueden estrechar la mano a un hombre. No pueden viajar solas, no pueden elegir donde desean vivir, pero en algunos países se admiten que se interpongan ciertas condiciones en el matrimonio. No pueden casarse sin permiso previo. Como vemos son muchas las limitaciones que tiene la mujer en general en países musulmanes pero sobre todo hay que tener en cuenta las diferencias que existen entre la mujer de la ciudad, cosmopolita, y la mujer rural criada en aldeas.

Si bien las Constituciones recogen en mayor o menor medida el Principio de Igualdad de los ciudadanos, (en este caso concreto nos referimos no sólo a hombres)

también lo hace la legislación positiva puesto que consideran sujetos de derecho tanto a hombres como mujeres. Las Constituciones Islámicas (países musulmanes) regulan el Derecho público pero no incluye los Derechos privados, bienes y Derechos de los individuos. La libertad y la Igualdad de los Derechos Humanos aceptados en occidente contradicen de alguna manera al Derecho islámico.

En democracia, el Estado es laico, laicismo o separación entre Estado e Iglesia, esto resulta incompatible en los Estados musulmanes con su fe y con el Corán. En el mundo/cultura islámica no hay apostatas, sólo creyentes del Islam. El Derecho islámico no prevé al apóstata ni al ateo. Para el Islam Dios es soberano absoluto del Estado el Rey el Califa o el Imán serán sus representantes. Las palabras de Dios se obedecen sin discusión. La Ley Islámica no es producto de un parlamento, es revelada por Dios al profeta y la practican /interpretan los Imanes y los ulemas. No existe en el Derecho Islámico el derecho individual, la Ley/Derecho islámico es una ley que abarca todos los aspectos de la vida de los individuos en una comunidad.

En la cultura islámica se es miembro de la comunidad religiosa, o sea, se es musulmán antes que ciudadano. Lo que conlleva a tratar de diferente manera ante la ley al sujeto musulmán y al que no lo es. En el ámbito privado, tal es el de la familia, esto no ocurre así exactamente. Está impregnado de actitudes que pueden ser consideradas en occidente como sexistas, los propios Estados son los que mantienen el modelo de familia tradicional fuera esta la legislación civil propiamente dicha.

La mujer en la cultura islámica, es considerada con un estatus de incapacidad jurídica puesto que necesita estar asistida para casi todos los actos durante su vida, por ejemplo podemos citar la figura del tutor matrimonial, el tutor testamentario ya que a la mujer le está vetado el ser tutora. (En ciertos Ordenamientos sí se admite que la mujer será tutora testamentaria, lo que equivaldría a albacea en el mundo occidental). Ello se debe a una serie de razones, entre otras Dios creó a la mujer para estar /permanecer en las casas y satisfacer las necesidades de sus esposos (no de cualquier hombre). La mujer tiene limitada la capacidad de razonamiento, su debilidad física por naturaleza a causa de la menstruación, embarazos, partos… todo ello son señales de inferioridad. En la cultura islámica la mujer ostenta un rango de subordinación a su marido importante, puesto que está de alguna manera al servicio del hombre, pero no cualquier hombre. Sirva como ejemplo de ello el fin último del matrimonio, no es otro que la procreación.(7)

Dependiendo de la escuela jurídica de la que se trate, en la corriente/rama Suní: Hanefí Malekí, Shafí, Hambalí y por otro lado la corriente/rama Chií varía la legislación

y la regulación jurídica de las instituciones de un Estado a otro. …Estados como Marruecos, Túnez, Argelia… Han introducido grandes innovaciones con respecto al derecho de origen islámico (3). Otros como Yemen, Sudán, por el contrario siguen fieles al derecho islámico clásico. (Sirva recordar que sólo se abordan en éste estudio aspectos jurídicos).

Ley 11-1984, modificada por Decreto 27-2-2005.

Artículo 87 del Código Argelino de Estatuto Personal "*La madre sustituirá al padre en la realización de los actos de carácter urgente concernientes a sus hijos en caso de ausencia o impedimento de éste*"

Ley 7003 de -2-2004

Artículo 24 del Código Marroquí de Estatuto Personal. "*La Tutela en el matrimonio es un derecho de la mujer que ejercerá la mayor de edad según su decisión o interés*"

Artículo 25"*La mujer mayor de edad podrá contraer matrimonio por sí misma o confiar esto a su padre o uno de sus parientes*"

Vemos por ejemplo como hoy día en pleno siglo XXI destaca la modernización del derecho de familia en algunos países musulmanes (de cultura/origen islámico) tales son a titulo ejemplificativo el caso de las leyes de familia de Marruecos modificadas el 3 de febrero de 2004, Argelia modificadas el 27 de febrero de 2005, llegando a puntos insospechados puesto que en algunos aspectos superan a la ley de familia más evolucionada del mundo musulmán como es la Ley del Estatuto Personal de Túnez. Estas modificaciones inciden especialmente en diferentes aspectos como son la edad de ambos cónyuges para contraer matrimonio y la diferencia de edad entre ellos, la manutención en caso de crisis o desavenencias matrimoniales, la conclusión del contrato matrimonial, el deber de obediencia de la esposa, instituciones tan características y propias como el repudio, la poligamia, incluso la guarda y custodia de los hijos son cuestiones que han evolucionado positivamente (estas cuestiones se van a estudiar a lo largo de este trabajo de una forma individualizada por eso en este epígrafe no vamos a ahondar sobre este tema) Esto ha ido produciendo transformaciones sociopolíticas y a su vez ha dado lugar a un empoderamiento que poco a poco va ganando la mujer en casi todos los ámbitos de la sociedad.

La cultura islámica, y por consiguiente Sistema Jurídico o Derecho islámico tiene cabida en nuestra cultura de corte occidental no sólo a través de la inmigración sino a través de nuestro Ordenamiento Jurídico. Veremos a lo largo de este estudio de qué manera se reconocen a través de nuestro propio Ordenamiento Jurídico instituciones reguladas en el Derecho Islámico. Quepa como ejemplo la propia institución del

matrimonio donde el legislador español confiere validez a normas de Derecho Islámico y su posterior aplicación de forma simultánea a la legislación civil española, "siempre y cuando no sean contrarias a nuestra Constitución y a nuestro Ordenamiento Jurídico, pues de lo contrario constituiría una Cuestión de Orden Público, lo que conllevaría a su no aplicación.

Como ejemplo de ello podemos citar el Acuerdo de Cooperación con las C.I.E. Ley 26/1992, de 10 de noviembre, en relación al artículo 59 del Código Civil, se aplica el derecho musulmán en cuanto a la regulación de la forma coránica de contraer matrimonio. La legislación civil española aquí tiene carácter subsidiario, en cuanto que tiene aplicación en lo no regulado por dicho Ordenamiento Jurídico. (8)

1.1.Matrimonio y Derechos Humanos

En España esta institución se basa entre otros en los preceptos constitucionales y en los Derechos contenidos o bajo el amparo universal de los Derechos Humanos. Declaración de 1948 y Pactos de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Los países de origen islámico/ musulmán, aunque son parte de la O.N.U. y son instrumentos legales de las N.U., no reconocen, no están de acuerdo con esta Declaración de 1948 porque está hecha bajo el pensamiento occidental, creen que en el mundo occidental no se tiene en cuenta o no se entienden la cultura, los principios y los Derechos de origen islámico no le han ratificado pues éstos pactos se consensuan conforme a la órbita de occidente, que se basan en el individualismo y no en la colectividad.

En la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981 del 19 septiembre (no se acepta la de 1948) se establecen unos Derechos básicos, supeditados a las estipulaciones de la Ley Islámica, tiene una compleja red de lazos donde se inspira la fidelidad a unos Derechos Humanos. 1992 Declaración de Túnez, estos derechos están tamizados o interpretados por la norma islámica, por tanto aunque se recoge el principio de igualdad sigue el mismo estatus subordinado de las mujeres. Se recogen los valores y las prioridades que han predominado en el pensamiento islámico con un fondo totalmente teocrático, se recogen inmutables los principios del Islam.

En los Derechos Humanos, una premisa es la prohibición tajante de discriminación por razón de sexo. Una persona no puede ser discriminada por su origen ni por su razón sexual.

Los Derechos se someten, pues no cabe contradicción, a las disposiciones del Islam (mensaje del Islam), el tratamiento en cuanto al Estatuto de la mujer mantiene la concepción tradicional y conservadora que fundamenta las relaciones familiares en una sociedad patriarcal donde prevalece la consideración de superioridad del varón y el pleno sometimiento de la mujer. Fiel reflejo en esta Declaración es el elemento religioso como denominador común de los Estados que comparten la cultura islámica .El sentido o interpretación que tome su aplicación dependerá y quedará subordinado del concepto que cada Estado parte asume en cuanto a la aplicación de la Sharía.

Paradójicamente Naciones Unidas lo ha recogido en los textos, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos de 1976, en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, también se recoge el reconocimiento de los Derechos Humanos en la Unión Europea, en la Carta de San José. Siempre quedaba patente y se esgrime la Igualdad y no la esclavitud. El Corán hace alguna alusión a la esclavitud en algunas de sus Azoras, (AZORA XXIV, LA LUZ, versículos 31-33) (pero ésta no es práctica generalizada).El Corán también admite la discriminación sexual, pues de alguna manera considera a los hombres como superiores a las mujeres. (AZORA IV, LAS MUJERES, versículo 38) (9) El contenido del Corán lo dice Dios, soberano absoluto y su palabra hay que obedecerla, es infalible en lo que digan los Ulemas e Imanes, ellos son los teólogos, son los que interpretan el Corán. Su interpretación nunca se cuestiona.

El Islam, la Ley islámica, niega algunos de los Derechos a las mujeres y no sólo las mujeres sino también a las minorías religiosas. Así los cristianos y los judíos no son considerados en la misma posición no sólo social sino política y jurídica en cualquier otro ámbito que a un musulmán.

La posición de la mujer en el Corán resultaría, o más bien podría considerarse un tanto discriminatoria vista desde un punto de vista occidental. Visto así las mujeres sólo tendrían obligaciones y muy pocos derechos en comparación al hombre, la mujer sólo posee diferentes atribuciones de funciones.

> *…"Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios ha favorecido a unos respecto de otros, y porque ellos gastan parte de sus riquezas en favor de las mujeres"... (CORAN AZORA IV, versículo 38) (Traducción de Juan Vernet, quinta edición, 2014)*

1992, Declaración de Túnez, reconocimiento del carácter universal de los Derechos Humanos, pero indicando que tienen que ser tamizados, respetando así los Principios Islámicos.

Aparentemente pocos son los derechos desde éste punto de vista, que asisten o poseen las mujeres, estos se limitan o se ven reducidos a poseer y heredar algunos bienes, participar en asuntos públicos en algunos Estados, pedir el divorcio… Numerosos Estados musulmanes han ratificado la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1981 pero con restricciones, y reservas en virtud de las cuales su aplicación queda condicionada por los principios del Islam. Tal vez sea el momento de cuestionarnos la compatibilidad o el acierto de dichas reservas y restricciones con el objeto y la finalidad que persigue este tipo de Tratados y Declaraciones Universales. Amparándose en la imposibilidad de aplicación en sus respectivos Ordenamientos Jurídicos internos del derecho o principios contenidos en estos Tratados y justificando esta manera el no reconocimiento de las disposiciones de los Tratados Internacionales. Aunque más que imposibilidad, deberíamos hablar de incompatibilidad entre ambos Ordenamientos Jurídicos, uno de carácter general de corte internacional, donde se establece una serie de Principios Universales y por otro lado, los diferentes Ordenamientos Jurídicos de estos Estados cuyos Principios Fundamentales se basan en el Islam y por tanto tienen o tendrían una difícil o imposible aplicación pues contradicen el espíritu de éstos tratados.

En realidad hay que separar la cultura o corriente islámica como puede ser la Chií, doctrina islámica que no se basa en los Códigos de Conducta como fuente principal del derecho. En estos países, la población de origen Chií practica la fuentes básicas del Corán, en algunos de estos países las mujeres se cubren con Burka, está de forma un tanto excepcional en vigor el matrimonio temporal, tema controvertido donde los haya, por ejemplo. *[El matrimonio temporal Mut´ah hoy en día a grandes rasgos, en general es algo prohibido. Consiste en la determinación de un pago previo de bienes como dote por una mujer a su tutor, el precio varía en función de si es virgen o no, haciendo el trato con su tutor, su duración es de un período de tres semanas a tres meses (de ahí su temporalidad). La cantidad de dinero, dote, (SADOQ) la recibe el tutor. El marido a los tres meses podría romper este contrato y dejarla libre. Si ella se queda embarazada, su marido tiene la obligación de pasar una manutención, aunque ésta no es la finalidad en este tipo de matrimonios. En general se prohíbe, queda prohibido legalmente el matrimonio Mutah.*

Otro tipo de matrimonio temporal, en particular, se practica en algunas zonas de Irán el matrimonio temporal o Sigheh. Fuente: Zahída Membrado, especial para EL MUNDO, Teherán "sexo por contrato en Irán". **E**n los países donde existen los Códigos de Conducta, no se trata de romper con la tradición, sino que de alguna manera se matiza -disminuye esa rigidez a la hora de aplicar el derecho, aunque mantenidos sus principios como inamovibles. Aun así en algunos de éstos países vemos cómo a las mujeres poco a poco se les van reconociendo ciertos derechos de los que antes carecían. Así, sirva como un mero ejemplo, en países como Marruecos, una mujer puede hacer algo que las mujeres occidentales consideramos tan normal como es conducir un vehículo, tal vez sea una conducta objeto de críticas pero en absoluto sancionable no ocurre lo mismo en países como Yemen, Arabia Saudí, Kuwait...

En el Islam, no existe como en otras religiones "evangelizaciones". El Islam implica en principio la predeterminación. Los seres humanos que han nacido como sujetos islámicos, en el Islam, son designados o elegidos por Dios. Por eso, al ser elegidos, el Islam niega totalmente la apostasía o sea, *"aquel que nace islámico tiene que morir islámico". "No cabe la posibilidad de renegar el islamismo, convirtiéndose a otra religión o declarándose ateo, no hay posibilidad de apostasía*". Es por ello que en muchos de estos países el individuo en cuestión resulta rechazado por la sociedad "el individuo ha negado, es ingrato, está marcado para la sociedad porque ha negado a Dios'.

En la mayoría de los países occidentales como es el caso de España, estamos en un Estado laico lo que significa la libertad de ser ateo, católico, profesar cualquier religión y no pasa nada puesto que está aceptado por la ley y por la sociedad. Se dice que estamos amparados con una ley laica.

Dentro de la cultura islámica (en ciertos aspectos, religión y derecho llegan a confluir), no hay lugar para los ateos ni paganos, para ellos y los que no son aparte de su propia religión, judíos o cristianos, fuera de estas religiones se consideran paganos. A los judíos y a los cristianos se les tolera por ser religiones de Libro, o sea, Reveladas. En el Líbano, por ejemplo, existen diferentes legislaciones para judíos, cristianos y musulmanes. Se practica de forma similar la legislación medieval española el" Principio de Personalidad de las Leyes". Vemos cómo la Ley Islámica se trata de una ley con un carácter un tanto rígida en el sentido de que se trata de una ley que no es susceptible de cualquier interpretación, esto solo está al alcance de unos pocos, es una ley bastante rígida no admite crítica, visto de esta forma se podría considerar como un derecho bastante rígido, en el sentido de que no se cuestiona. Niega el razonamiento lógico y niega también la crítica. *"Obedecer y no criticar, no hay ninguna disyuntiva... Ni los propios jueces pueden interpretar el Corán. Esto está reservado exclusivamente a los Ulemas e Imanes*". La primera característica del Derecho Islámico es la remisión a Dios como legislador supremo, diferente de los sistemas jurídicos de corte occidental que se sitúa en el factor humano. Dios es la fuente de las fuentes, su palabra es el elemento normativo tipo marco plasmado en un texto positivo, el Corán. La Sharía es la ley islámica, y tiene origen divino. Esto no contradice los Códigos de Conducta objeto de éste estudio.

No existe en el Islam el concepto que tenemos de derechos individuales de la persona en los países occidentales pues es sabido que sólo existen obligaciones hacia una colectividad, todo pertenece a la colectividad, todo aquel que se salga o se escape

de la convivencia colectiva, de la razón colectiva, se considera al margen la ley por lo tanto podría tipificarse como ilegal, está muy mal visto.

Vemos de esta manera, como el ser humano no tiene derechos entendidos éstos desde un punto de vista o corte occidental, sólo tiene obligaciones hacia la comunidad.

Pero por si esto fuera poco, la dificultad a la hora de entender, no acaba aquí puesto que dentro de un mismo Estado existen dependiendo de las corrientes/ramas, diversas interpretaciones por ello hemos de distinguir entre **sunnies y chiítas** (10)

La situación de la mujer en la cultura jurídica de países musulmanes poco a poco está tomando un gran protagonismo en la actualidad, no sólo por la propia evolución de las sociedades como tales, sino por sucesos o hechos acaecidos últimamente ocurridos fuera de nuestros límites nacionales.

Se trata de un número considerable el de los sujetos de origen musulmán afincados en España que contraen matrimonio y forman nuevas familias en nuevos Estados o países de acogida bien con población autóctona ciudadanos españoles o bien con nacionales de sus propios países. Ello no implica que el trato recibido sea el mismo que si de nacionales se tratara. Veremos como no es de aplicación el principio de igualdad, tal y como en numerosas ocasiones se pretende.

Es en la institución del matrimonio donde el tratamiento discriminatorio hacia la mujer se manifiesta con mayor claridad en algunos Ordenamientos Jurídicos. Éste es el caso del Derecho Islámico que favorece, como ya hemos visto, en mayor medida al hombre en detrimento de la mujer., Y es en el derecho de familia contenido en alguno de los 14 Códigos de Conducta objeto de estudio donde quizás se goza de mayor importancia religiosa. Es interesante conocer el contenido de este Derecho a efectos de conocer sus instituciones, el contenido de las mismas, efectos jurídicos y su posible aplicación/regulación en España. Puesto que es de los que mayores problemas plantea a la hora de su recepción en nuestro país. Se trata de un derecho extranjero y por tanto en principio puede ser aplicable según nuestras normas de conflicto. Como consecuencia de todo esto, como ocurre en bastantes ocasiones, la aplicación directa de algunas normas de ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros como es el caso de los ordenamientos de países islámicos que se pueden mostrar favorecedoras de situaciones discriminatorias por razón de sexo. Su aplicación en nuestro país podría entrar en conflicto con nuestro Ordenamiento Jurídico pues vulnera preceptos legales y constitucionales, lo que puede llegar a constituir algunas de sus instituciones una Cuestión de Orden Público.

1.2. El principio constitucional de igualdad y su alcance respecto de los extranjeros residentes en España *(RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo) recoge textualmente:*

"...En cuanto a la posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución por razón del distinto trato dado en materia de matrimonio entre españoles y extranjeros, ha de recordarse la jurisprudencia constitucional sobre la materia. A este respecto se debe destacar la Sentencia de la Sala 2. ª del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1984 (n. º 107/1984, rec. 576/1983), conforme a cuya doctrina «cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible.... Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.

En efecto, a tenor del artículo 13 de la Constitución «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley». Ello supone –a juicio del Alto Tribunal– que «el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley». Ahora bien, ello no supone, como advierte el Tribunal, que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. De modo que esta configuración puede: a) prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles; b) puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda

excluida «a priori» la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad.

En consecuencia el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, según nuestra Jurisprudencia Constitucional, depende del derecho afectado. Así hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros (cfr. art. 23 C.E.), y finalmente otros que «pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio». A la vista de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su auto 222/1994, de 11 de julio, antes referido, a esta tercera categoría debe asimilarse el derecho al matrimonio. Así resultaría también del hecho de la ubicación sistemática del artículo 32 en la Sección 2.ª del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, esto es, entre los «Derechos y deberes de los ciudadanos», y no en la Sección 1.ª reservada para los «Derechos fundamentales y las libertades públicas». En consecuencia no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevenida y parcial del artículo 9 n.º 1 del Código civil por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión «estatuto personal» con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita"...

El Derecho islámico en general posee una concepción del hombre y de la familia muy diferente a los principios inspiradores del Ordenamiento Jurídico español , de alguna manera veremos cómo se van introduciendo en nuestro Ordenamiento Jurídico instituciones tales como el matrimonio de inmigrantes, originarios de países islámicos, pero además de la vía de la inmigración, nuestro Código Civil en su artículo 59 afirma "*…el consentimiento matrimonial puede prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.*.".

Cierto es que el artículo 49 del mismo texto establece las formas en las que se puede contraer patrimonio siendo, el matrimonio uno, el civil, y las formas de prestar el consentimiento varias.

El matrimonio contraído bajo la ley/derecho musulmán, la Sharía, está condicionado por la religión islámica. Religión y Derecho están fuertemente vinculados el uno al otro, esto hace que choque frecuentemente con nuestro Ordenamiento Jurídico. Éste enfrentamiento hace del estudio del matrimonio una tarea ardua y compleja sobre todo cuando se prevé la diferencia de Derechos y Deberes entre los cónyuges dependiendo siempre del sujeto de que se trate sea varón o mujer, cuestión todavía más difícil o imposible si se trata de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

Démonos cuenta de un detalle, los Acuerdos de Cooperación con las CIE, han suavizado la ley por la que se rige el matrimonio musulmán con la cuestión de Orden Público Internacional. Así, no contiene una serie de premisas establecidas en la Sharía como son la figura del Walli y la institución de la dote.

El Derecho Musulmán es un Derecho estrictamente religioso, como tal Derecho religioso sus preceptos chocan con las normas de la mayor parte de los países europeos en concreto con el Derecho Civil español, el Derecho Internacional Privado. *"La religión acompaña/rige durante toda su vida al sujeto, pues la persona nace sujeta a unos principios que ya están determinados que no se pueden ignorar".* (5)

La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hace siempre con arreglo a la ley española. La remisión al derecho extranjero se entiende hecha a su ley nacional. Ahora bien tengamos en cuenta la existencia del reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española .En ningún caso la ley extranjera tendrá aplicación cuando resulte contraria al Orden Público español. El conflicto de leyes, respecto a sujetos musulmanes residentes en España, se soluciona conforme al Derecho español, pues siempre que una norma extranjera aplicable como consecuencia de las reglas o leyes españolas o extranjeras, sea contrario al Orden Público español, no tendrán aplicación alguna en España. Si traspolamos esto a la regulación jurídica del matrimonio, siempre y cuando el Derecho musulmán o cualquier Código de Conducta aplicable sea contrario al Derecho español, éste no tiene aplicación ni cabida alguna en nuestro Ordenamiento Jurídico, se trata del supuesto al que me refería *(RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*), en concreto cuando se trate de un matrimonio entre personas del mismo sexo, se aplicará al mismo la normativa española puesto que en ningún país islámico se reconoce este matrimonio, pues es contrario al Derecho musulmán ya que no solo constituye una cuestión de Orden Público en el país de origen, sino que contradice lo establecido en el derecho positivo, en el Corán y ley islámica, llegando a ser constitutivo de delito la homosexualidad.

Si tenemos en cuenta el desconocimiento por parte de diversos ordenamientos jurídicos extranjeros del matrimonio entre personas del mismo sexo y la inexistencia de una norma de conflicto específica en nuestro Ordenamiento sobre los requisitos de este tipo de matrimonio y sobre todo la capacidad jurídica de ambos contrayentes veremos como existe una posible laguna legal en nuestro derecho conflictual. La solución no es tratar cada asunto de forma aislada sino acudir a la ley material española. Así podemos afirmar que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros

residentes en España del mismo sexo es válido en cuanto a la aplicación de la ley material española, aunque la legislación extranjera en cuestión no permita o no reconozca la validez de este tipo de matrimonios por ser una conducta delictiva en algunos casos. Independientemente de si se ha celebrado en España o en el extranjero siempre y cuando se cumpla los requisitos de forma y de competencia establecidos. Según la (RDGRN 29-8-92) ""*…dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España siempre y cuando uno de ellos tenga domicilio en territorio español…."*

Se puede prestar consentimiento en forma religiosa en virtud de los Acuerdos de Cooperación suscritos por el Estado Español con las distintas confesiones religiosas .Éstos Acuerdos de Cooperación son una de las formas posibles de llevar a la práctica el mandato constitucional de cooperación entre el Estado Español y las confesiones religiosas. Así como promover las condiciones y eliminar posibles obstáculos que puedan impedir el libre ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa.

1.3. Breve estudio sobre el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, la ley 26/1992 de 10 de noviembre de 1992.

Tenemos que tener en cuenta que España es un Estado aconfesional, lo que permite tanto a españoles como a extranjeros elegir la religión que quieran profesar. El artículo 16 de la Constitución Española (en adelante C.E.) reconoce un Estado laico, en el sentido que se limita a no reconocer con carácter oficial a ninguna religión, el Estado será quien deba cooperar con las distintas confesiones.

> "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del Orden Público protegido por la ley.
>
> 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
>
> 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones". (Artículo 16 de la Constitución Española)"

Se puede celebrar matrimonio en base a las distintas confesiones, reconocidas a través de unos Acuerdos o Convenios de Cooperación firmados con el Estado para que esta institución sea real y tenga efectos jurídicos.

En España se encuentran inscritos Acuerdos de Cooperación con las Confesiones evangélica, israelita y musulmana. No se trata de un Tratado Internacional, se trata de leyes que han sido pactadas entre partes, los diferentes Estados, las confesiones

religiosas son colectivos de práctica del Derecho de Libertad Religiosa, y el Estado no tiene competencia alguna para regular la vida religiosa de sus súbditos. Los Acuerdos se aprueban mediante ley así posteriormente se incorpora entrando a formar parte del Ordenamiento Jurídico español.

Todo ello teniendo en cuenta que a diferencia de este tipo de acuerdos, los acuerdos jurídicos con la Santa Sede sí tienen calificación de Tratado Internacional puesto que la Santa Sede sí tiene personalidad jurídica internacional, (Estado del Vaticano)de esta manera se reconoce el Derecho Canónico como derecho originario, a diferencia del resto de confesiones que no son sino ordenamientos derivados.

Como en el caso que nos ocupa, la Comisión Islámica, ley 26/1992 de 10 noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. (BOE NÚM.272, de 12 noviembre 1992, páginas 38214 a 38217.),vemos como el artículo 49 de nuestro Código Civil, permite sin hacer distinciones a cualquier español contraer matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista dentro o fuera de España (RDGRN 2-11-81), artículo 49 C.C. En caso contrario sería ignorar o ir en contra del artículo 16 de la Constitución. El matrimonio que regula el Código Civil, es solamente el civil, pero se puede contraer tanto de forma civil como religiosa siempre que ésta forma sea o éste legalmente prevista bien dentro o fuera de nuestro territorio, ante el encargado del Registro Civil o acogiéndose a la lex loci del Estado donde se celebre.

Esta ley tiene un artículo único que regula ." las relaciones de cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España se regirán *por lo dispuesto en el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España…"*y establece el citado Acuerdo de cooperación en su exposición de motivos"…*el Estado, también por imperativo constitucional, viene obligado, en la medida en que las creencias religiosas de la sociedad española lo demanden, al mantenimiento de las relaciones de cooperación con las diferentes Confesiones o Comunidades religiosas, pudiendo hacerlo formas diversas con las Confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas"*...(11)

La ley Orgánica de Libertad Religiosa establece la posibilidad de que el Estado pueda cooperar con las Confesiones o Comunidades religiosas mediante la adopción de Acuerdos o Convenios de Cooperación. Para ello establece dos premisas.

1- Estas Confesiones o Comunidades Religiosas deben estar previamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas.

2- Que hayan alcanzado en la sociedad española un arraigo en base al número de creyentes y éste resulte notorio.

Una Confesión religiosa deberá demostrar ante la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, órgano consultivo del Gobierno en materia de libertad religiosa, en el Ministerio de Justicia, su arraigo social "emitiendo informe sobre la declaración de notorio arraigo de las iglesias, confesiones o federaciones de las mismas".(12) (lo que se traduce como tener un número importante de practicantes arraigados de su confesión en España,. …"un arraigo que, por el número de sus creyentes y por la extensión de su credo, resulte evidente o notorio"… (Ley 26/1992, Exposición de motivos, Anexo , Acuerdo de Cooperación del Estado español con la CIE)

Cumplidos estos requisitos, las entidades religiosas presentarán su proyecto ante el Ministerio de Justicia, en concreto Dirección General de Asuntos Religiosos y por otro lado, el representante legítimo de su confesión. Así se da comienzo a la formación de los Acuerdos.

…"La religión islámica… representada por distintas comunidades de dicha confesión inscritas en el Registro de Entidades Religiosas e integradas en alguna de las dos federaciones igualmente inscritas denominadas Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas, y Unión de Comunidades Islámicas de España que , a su vez, han constituido una entidad religiosa inscrita con la denominación de "Comisión Islámica de España como órgano representativo del Islam en España ante el Estado para la negociación, firma y seguimiento de los acuerdos adoptados."…(Ley 26/1992, Exposición de motivos)

Hoy en día existen en España Comunidades o Entidades islámicas que no forman parte de la CIE y por tanto no están incluidas en el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión islámica de España. A pesar de su voluntad reiterada de acogerse al mismo, existe una enorme dificultad para obtener el acuerdo de las dos federaciones, requisito imprescindible para poder acceder a la CIE. El RD 1348/2011de 14 de octubre, por el que se desarrolla el artículo 1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la CIE aprobado por la Ley 26/1992 de 10 de noviembre (BOE A-2011-16594, núm255 de 22/10/2011) en sus apartados 2 a 5 del artículo único, establece un nuevo mecanismo de acceso,:

- *2. "Las comunidades o Federaciones Islámicas……podrán pedir su incorporación a la Comisión Islámica de España mediante solicitud en la que se*

manifieste la aceptación del acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España."

Éste escrito deberá dirigirse a la subdirección de asuntos religiosos.

- *En el plazo de 10 días el Registro de Entidades Religiosas notificará a la Comisión islámica de España la solicitud de integración para que pueda manifestar su conformidad o formular oposición motivada, o sea que conteste de forma motivada (la Comisión necesita el acuerdo de las dos federaciones)*
- *En el plazo de 30 días a contar desde la presentación de la solicitud el Registro debe emitir una resolución. …"Dependiendo de que se cumplan los requisitos del apartado 2, la resolución confirmará o denegará la anotación de la integración en la CIE.*

El Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992 de 10 de noviembre (BOE A-1992-24855) incluye o recoge normas relativas o concernientes a..."la atribución de efectos civiles del matrimonio celebrado según el rito islámico"...(exposición de motivos Acuerdo de Cooperación con la CIE, desarrollado en el art.7)cuyo ámbito territorial al tratarse de un Acuerdo aprobado mediante ley tiene eficacia en territorio español , no es de aplicación, por tanto quedarían fuera de las previsiones legales los que se celebren fuera del territorio español.(Instrucción de la RDGRyN de 10 de febrero de 1993).

El sistema matrimonial contenido en la reforma del derecho de familia de 1981 establece en base al artículo 16.3 de nuestra Constitución *…" ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones."…*El matrimonio queda así sujeto a las prescripciones de nuestro Código Civil, pero pudiendo celebrarse en la forma civil o religiosa. En el pasado la única forma era la religiosa, que era la forma católica la única existente en la sociedad española en virtud del Acuerdo con la Santa Sede de 3 enero 1979. Hoy en día el Estado español se configura como un Estado democrático y pluralista tras varias reformas el Código Civil contempla en su artículo 59 las diferentes confesiones religiosas a la hora de prestar el consentimiento.

Los acuerdos que hoy en día continúan vigentes con las diferentes confesiones refuerzan y afianzan la posición mantenida por la Doctrina Civilista mayoritaria pues sólo existe una sola configuración de un único tipo de matrimonio, el civil, sujeto a las prescripciones contenidas en nuestro C.C. independientemente de cuál sea su forma(civil o religiosa) (artículos 49 y 59 CC). A la hora de contraer matrimonio existe

un requisito previo y esencial, el certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del Registro Civil tras la tramitación de un expediente matrimonial en base a la legislación del Estado para apreciar así la idoneidad de ambos contrayentes.

Es de destacar que los efectos civiles de los matrimonios celebrados ante los ministros de las confesiones protestantes e israelitas, (14) quedan automáticamente reconocidos a través de sus respectivas ceremonias religiosas. Mientras que según el contenido del Acuerdo con la Comunidad Islámica (su artículo 7) la atribución o despliegue de efectos civiles al matrimonio contraído bajo el rito coránico (sujeto al derecho Islámico) condiciona la eficacia civil de estos matrimonios al requisito de que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.

> *"artículo7.1- se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil."*

Se trata de un requisito adicional o añadido, no podemos perder de vista por un lado el Derecho Islámico tradicional y por otro las normas que regulan el matrimonio en el C.C., ya que se puede de ésta manera ir en contra del Orden Público español, pongamos como ejemplo la exigencia o constitución de la dote (sadaq o mahr) como requisito de capacidad matrimonial *Raymond Charkes "Le Droit Musulman" París 1982 en* PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993

No obstante, los efectos civiles en los matrimonios contraídos bajo el rito protestante o israelita, surgen o tienen efecto jurídico desde el mismo momento en que se llevan a cabo las ceremonias religiosas, una vez cumplidos los requisitos previos para ello. En cambio, no ocurre lo mismo en el matrimonio contraído bajo el rito coránico pues, la ceremonia no es suficiente para producir efectos civiles, se necesita dar un paso más pues éstos permanecen condicionados por ejemplo a los requisitos de capacidad previstos en el Código Civil e inscripción posterior en el Registro Civil. PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993

La regulación contenida en los Acuerdos de Cooperación planteó bastantes dudas en cuanto a su aplicación. Es a través de la resolución de DGRN de 10 febrero 1993donde se trata de aclarar algunas cuestiones

En primer lugar el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España, entra en vigor según la Disposición Final Segunda de la ley 26/1992 del 10 noviembre,… "al día siguiente de su publicación en el B.O.E"…

A tenor del artículo 2.3 de nuestro Código Civil, "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario".

Podemos decir y afirmar entonces que de ésta manera sus efectos jurídicos no tienen carácter retroactivo, o sea que no se retrotraen en el tiempo salvo que la normativa dispusiera otra cosa. Así sólo se regularán los matrimonios previstos en el Acuerdo pero que hayan sido celebrados a partir de su entrada en vigor, se excluyen o se dejan fuera del mismo todos aquellos que fueron contraídos con anterioridad a su publicación.

Los matrimonios celebrados con anterioridad se consideraban válidos si cumplían una de éstas dos premisas: el matrimonio se ha celebrado en el extranjero de acuerdo con la lex loci, artículo 49 del C.C. y 256 -3º RRC (RGRYN 25/11/1978,) o celebrado en España si los contrayentes son extranjeros siempre que esa forma fuera o estuviera conforme a la ley personal de cualquiera de ellos, artículo 50 del C.C. y 256-4ª RRC. (RDGRN de 10 febrero 1993, apartado I)

En segundo lugar, no se contemplan (se quedan jurídicamente fuera) los matrimonios musulmanes contraídos bajo el rito coránico fuera del territorio español.

La nueva regulación introducida por la ley 26/1992 del 10 noviembre se aplicará a los matrimonios contraídos de forma religiosa islámica pero celebrados en España cuando uno o ambos tengan la nacionalidad española. (RDGRN de 10 febrero 1993 apartado II) Ahora bien, ¿qué ocurre si ambos sujetos son extranjeros, y ninguno de ellos tiene nacionalidad española? (RDGRN de 7 noviembre 2005.)

Los contrayentes extranjeros tienen dos opciones.

1- *Celebrar su matrimonio según la forma religiosa admitida o conforme a la ley personal de alguno de los cónyuges, artículo 50 del Código Civil. En este caso, la inscripción en el Registro Civil requerirá la comprobación exigida por el artículo 65 del Código Civil y por los artículos 256-257 del Reglamento del Registro Civil.*

2- *Si la forma religiosa no está permitida por la ley personal de ninguno de los contrayentes, el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación permite contraer matrimonio* con *sujetos españoles.*

Así vemos como también los extranjeros pueden ser sujetos pasivos de estos Acuerdos.

Podemos afirmar que con éste Acuerdo, el legislador reconoce cierta validez a las normas de Derecho Islámico relativas a la celebración del matrimonio, ya que son de aplicación simultánea las normas civiles, lo que supone aplicación subsidiaria de la legislación española en todo lo no regulado por el Ordenamiento musulmán, siempre y cuando dicho Ordenamiento no vulnere nuestra Constitución.

Ahora bien, el estudio de la capacidad de los contrayentes en el expediente previo a matrimonio, debe concretarse a que se reúnan en el momento del matrimonio las condiciones establecidas en el Código Civil con respecto a la capacidad de los contrayentes. (16)*. El Acuerdo con la Comisión Islámica, no impone la necesidad de tramitar un expediente previo al otorgamiento del certificado de capacidad, este requisito está expresamente recogido en el artículo 252 de RRC. No se puede entrar a estudiar si ambos contrayentes forman o no forman parte de una comunidad religiosa conforme a la cual pueden* celebrar matrimonio pues esto iría en contra del artículo 16.2 de la Constitución ya que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología religión o creencias. PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993

El oficiante, no puede ser cualquier ministro de culto, debe reunir unos requisitos establecidos en el acuerdo (artículo 3.1Ley 26/1992), Los testigos deben ser mayores de edad en base al artículo 57 del Código Civil y artículo 7.1 ley 26/1992 Para determinar la capacidad de los testigos hay que estar a la vista lo dispuesto en la legislación estatal y a lo que prevean las normas propias de las confesiones religiosas, en este caso la Ley islámica establece para la validez de los testimonios de que los testigos sean musulmanes, sanos de espíritu, poseedores de la capacidad jurídica necesarias y ser honorables. Raymond Charles,"le Droit musulmán" en PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993

Podemos reseñar excepciones, pues en la escuela Hanefí, y en los Códigos de conducta, se permite muy excepcionalmente que alguno de los testigos (dos varones o un varón y una mujer) sea de religión no islámica, especialmente cuando se trata de matrimonios mixtos (mujer judía o cristiana, nunca al revés, el varón siempre es musulmán), aunque no es muy normal o usual, mientras que la escuela Malekí, aunque exige testigos, no se anula un matrimonio por falta de éstos. La corriente Chií no exige testigos para la realización del matrimonio.

Es requisito indispensable en cuanto a la validez de los matrimonios, su inscripción en el Registro Civil competente, que será en virtud del principio de territorialidad el correspondiente al lugar donde se ha celebrado el matrimonio. Sin embargo resulta curioso que en el acuerdo con la Comisión islámica no se fije un plazo determinado para promover la inscripción del matrimonio en el registro tan solo en el art´7.2 recoge un plazo de 6 meses en el certificado de capacidad para contraer matrimonio *"… Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción podrá ser promovida en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior…" (Artículo 7.4 ley 2671992)*

2. **CONCEPTO DE MATRIMONIO ISLAMICO.**

Lo que se pretende en este apartado es estudiar la eficacia, sus efectos y las posibles consecuencias que puede tener en el Ordenamiento Jurídico Español el haber contraído matrimonio según el rito coránico tanto en España como en el extranjero.

El matrimonio es una unión legal y duradera en el tiempo entre un hombre y una mujer con la finalidad de vivir en fidelidad y sobre todo fundar una familia, veremos más adelante la importancia de la descendencia en el matrimonio En nuestro Ordenamiento Jurídico, esta unión lo es en igualdad (art. 66 CC) tanto de derechos como de deberes de ambos cónyuges, por mutuo y libre consentimiento(art 45 CC), con el deber de respetarse, vivir juntos(art 68 CC) guardarse fidelidad, ayudarse y socorrerse mutuamente(art 67 CC). Dentro de éste derecho de igualdad hay una serie de derechos y obligaciones por parte de ambos cónyuges, entre ellos hay que incluir las responsabilidades domésticas así como el cuidado de ascendientes, descendientes y personas dependientes a su cargo (art 68 CC).

El matrimonio en el derecho de familia musulmán (estatuto personal) constituye un contrato de características civiles, a través de una propuesta con su debida aceptación, se formaliza ante testigos capacitados. Lo normal es que sean dos sujetos varones aunque pueden ser dos mujeres y un varón, depende de las escuelas. La significación/consideración religiosa en lo que al matrimonio se refiere, hace que sea obligatorio para el varón musulmán que tenga medios suficientes, pues esto legitima una descendencia conforme a su credo, esto impide la mujer musulmana casarse con un varón no musulmán (ver impedimentos matrimoniales, impedimentos de credo).(8) Existen algunos impedimentos para llevar a cabo algunas uniones relacionadas con grados de parentescos consanguíneos y también en caso de amamantamiento por parte de la misma persona. Entre las condiciones para un matrimonio se encuentra la dote que debe recibir la novia. Esta dote es acordada por las partes, normalmente por el tutor o walli de la mujer, pasa a formar parte del patrimonio exclusivo de la contrayente, ya que

el marido no posee ni puede ejercer ningún derecho sobre el dinero o bienes que componen de la dote. Al ser el matrimonio un contrato de naturaleza civil se pueden incluir diferentes cláusulas en el mismo. (Ver la institución de la dote, situación social de la mujer y las cláusulas a la hora de contraer matrimonio dentro de éste estudio)

Si bien podemos ver similitudes a la hora de estudiar las características de ésta institución, también será objeto de éste estudio poner de manifiesto grandes contradicciones que hacen difícil o imposible el reconocimiento de sus efectos y por tanto la merma de la eficacia del matrimonio coránico por nuestro Ordenamiento.

Es en el matrimonio, en el derecho de familia o Estatuto Personal donde se visualiza de una forma clara el trato discriminatorio hacia la mujer en Ordenamientos Jurídicos de corte o tradición islámica/coránica.

> *... "Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios ha favorecido a unos respecto de otros, y porque ellos gastan parte de sus riquezas en favor de las mujeres. Las mujeres piadosas son sumisas a las disposiciones de Dios; son reservadas en ausencia de sus maridos en lo que Dios mandó ser reservado. A aquellas de quienes temáis la desobediencia, amonestadlas, mantenerlas separadas en sus habitaciones, golpeadlas. Si os obedecen, no busquéis procedimiento para maltratarlas"... (Corán, Azora IV, Las mujeres, versículo 38*). (9)

Se trata de un contrato entre un hombre y una mujer púberes, tiene por objeto la unión de ambos con la finalidad de crear una familia. No es sino un contrato de derecho privado por medio del cual un hombre varón, tiene el derecho exclusivo sobre una o más mujeres simultáneamente (poligamia) y con carácter permanente a cambio de una cantidad o bienes ya convenida. (La dote). Visto de esta manera podríamos pensar que se trata de una compraventa, esto la doctrina no lo tiene tan claro y se podría descartar. El matrimonio va unido a la dote, pero ésta no es un precio. Por otro lado el matrimonio es un mandato coránico cuya última y primordial finalidad es la procreación. (12), (8)

El matrimonio coránico es un hecho civil no exclusivamente religioso es propiamente dicho un contrato obligatorio, pero es un contrato singular para todo aquel varón musulmán que tenga medios suficientes para poder casarse debe hacerlo. Constituye de esta manera como ya se ha dicho, una obligación o mandato coránico Está mal visto socialmente ser un musulmán soltero. Pero la finalidad esencial en el matrimonio es la procreación, (buscar una descendencia necesaria para perpetuar su

credo). El objetivo esencial del matrimonio es procrear y legalizar las relaciones íntimas. En el Derecho Islámico hay que tener en cuenta que toda relación sexual fuera del matrimonio está mal vista, para la mentalidad islámica sería lo que un pecado mortal para un cristiano.

De la comparación de ambas formas de contraer matrimonio (el occidental y el islámico) podemos sacar varias conclusiones, pues es cierto que aunque tienen similitudes como el carácter consensual, la supuesta libertad de ambos cónyuges a la hora de contraerlo, el expediente previo a la celebración ante el Juez de Familia del lugar donde aquel se vaya a celebrar. (En éste expediente deberán hacerse constar toda la documentación requerida).... Nos encontramos por otro lado con diferencias insalvables tales que hacen poner en tela de juicio la naturaleza de ésta institución en nuestro Ordenamiento Jurídico y viceversa. Si bien el Corán y por tanto los países musulmanes que secundan este rito, admiten el matrimonio poligámico, el matrimonio temporal como Muthá en general se considera prohibido,(ya hemos explicado que no está claro que se siga declarando su validez), en otros como Irán el matrimonio Sigheh,(matrimonio de carácter temporal , va desde una hora hasta 99 años, donde un hombre casado de manera temporal o permanente puede contraer Sigheh con una mujer viuda o divorciada con la única finalidad de legalizar relaciones sexuales)Fuente: [1]*Zahída Membrado, especial para EL MUNDO, Teherán "sexo por contrato en Irán"*. En algunos de estos países éste hecho podría ser válido pero inadmisible en países de corte occidental pues constituiría una cuestión de Orden Público, también a sensu contrario, no sería en algún modo objeto de reconocimiento el matrimonio entre personas del mismo sexo y las relaciones More Uxorio… Cuestiones éstas que serán analizadas en siguientes apartados pues su estudio requiere que se le dedique un apartado independiente.

La familia así constituida está bajo la dirección del marido, es el "jefe de la familia", es quien ostenta la supremacía.

Algunos Códigos de Conducta han evolucionado positivamente. El argelino suprime esta concepción de su legislación positiva, Orden 02-05 del 18 de Muharram de 1426/27 de febrero de 2005, Artículo 36, "se establecen idénticos deberes para el esposo y para la esposa, que tienen como finalidad principal la armonía familiar, colaboración entre los cónyuges y el acuerdo mutuo en la gestión de los asuntos familiares, y en la educación de los hijos". El marroquí da un paso más, (3) suprime la supremacía del marido y pone fin a la concepción patriarcal de la familia, puesto que introduce el principio de igualdad en cuanto reconoce que la familia es responsabilidad tanto del marido como de la esposa. Ley 5184 de 5 de febrero de 2004 que deroga el código de 1957-58 modificado en 1993. Artículo 4." La familia es responsabilidad de ambos

cónyuges", el artículo 25 termina con la obligación de que intervenga en la formalización del matrimonio el tutor de la mujer, El artículo 27 permite concluir el matrimonio sin determinar la dote, el artículo 67 elimina del contenido del acta matrimonial la declaración relativa a la virginidad o no de la mujer. Todo esto es legalmente, pero no ocurre siempre así, en la práctica en la intimidad es donde la mujer todavía no es totalmente libre a la hora de tomar algunas decisiones de cierta relevancia sin el previo consentimiento de su marido.

El compromiso matrimonial (islam) no tiene ningún efecto jurídico, como nosotros lo entendemos, no es obligatorio, no existe el noviazgo como nosotros conocemos. El objetivo es restarle al matrimonio un carácter clandestino, darle publicidad matrimonio, conocerse ambos novios, en ocasiones se trata de ver el rostro de la futura esposa, verle las manos…. Y luego negociar la dote. En una pedida de mano occidental, ya no existen estas cosas pues se encuentran prácticamente en desuso. En el mundo occidental todavía existe la pedida de mano, donde se entregan los anillos y los regalos, pero esto es algo que hoy en día tiende a estar en desuso.

Conocerse implica que la joven le mostrará su rostro y enseñará sus manos que previamente las habrá decorado con hennas, todo esto es para negociar la familia de la novia la dote. Realmente es en esto en lo que consiste el compromiso, el hecho de que un hombre conozca a su futura esposa. Este compromiso podrá llevar al matrimonio o no. No existe ningún efecto jurídico en la ruptura, ahora bien, si no llega a buen término lo que ocurrirá es que está mal visto ante la sociedad, pero si en el compromiso se entrega parte de la dote y no se lleva a cabo el matrimonio hay obligación de restituir la misma. De hecho la mujer puede casarse con otro hombre rechazando al primero con el que se comprometió, ese matrimonio es válido y tiene efectos jurídicos.

De la misma forma que existen matrimonios concertados también existen matrimonios en los que no ha habido noviazgo pero si un **compromiso matrimonial.** Este compromiso no es como nosotros lo entendemos, no es un contrato ni tiene efecto legal alguno. Ya hemos dicho que el objetivo del mismo es evitar el carácter clandestino que podría tener la celebración del matrimonio sujeto al rito coránico, se trata de dar publicidad al mismo. Este compromiso matrimonial, puede considerarse como un precontrato a efectos "morales", donde se concierta la futura dote, si se rompe no pasa nada, se devuelven los regalos si ya se hubieran entregado. Jurídicamente es irrelevante pero moralmente no pasa desapercibido, puesto que aunque no se trata de una infidelidad si se considera una mentira. Hay que tener en cuenta dos puntos fundamentales en éste precontrato:

- Que no exista ningún impedimento (parentesco, consanguinidad, de afinidad y de leche)

> *… "No contraigáis matrimonio con las mujeres que desposaron vuestros padres. Se exceptúa las que con anterioridad a este mandamiento hayáis desposado: sería una torpeza detestable y un pésimo camino. Se os prohíbe tomar por esposas a vuestras madres, a vuestras hijas, a vuestras hermanas, a vuestras tías paternas y maternas; a vuestras sobrinas, sean hijas de hermano o de hermana; a vuestras nodrizas, aquellas que os amamantaron; a vuestras hermanas de leche; a las madres de vuestras esposas; a vuestras pupilas, nacidas de vuestras mujeres con las que habéis mantenido relaciones; si no hubieseis tenido relaciones con ellas, no cometéis falta; a las esposas de vuestros hijos nacidos de vuestros riñones; os está prohibido reunir dos hermanas. Se exceptúa los matrimonios que hayáis contraído con anterioridad este mandamiento"… (CORÁN, AZORA IV, La mujer, versículo 26-27) (9).*

- Que la novia no esté prometida en otro matrimonio.

Decimos que se trata de un contrato singular porque, en un contrato, las dos partes deben estar en la misma situación. En primer lugar ya lo dijimos anteriormente, el marido se encuentra una situación de superioridad y esta situación se recoge tal cual no sólo en el Corán (*AZORA IV, La mujer, versículo 38), (9)* sino que también es recogida así en algunos Códigos de Conducta. En el matrimonio islámico tradicional la mujer no está en la misma situación que el hombre, porque entre otros requisitos, tiene que tener un tutor matrimonial y a su vez el consentimiento se debe de hacer bien por representación o bien por ella misma en presencia siempre de su tutor. Así, cabe preguntarse si realmente hablamos de libertad a la hora de prestar el consentimiento El consentimiento es básico, si el mismo está viciado el matrimonio no es válido.

Así, una vez llegado el matrimonio, implica la oferta o "IJAB", y la aceptación o QUABTUL, que normalmente es por el tutor matrimonial o Walli. Lo normal es que sea el padre de ella, abuelo, tío, hermano mayor… y en caso de no haberlos porque por ejemplo han fallecido todos, lo será un juez. En marruecos tras la reforma de 1993 el walli pasa a ser una excepción pues si la mujer es mayor de edad la figura del tutor es potestativa El acto se llevará a cabo ante dos testigos musulmanes. Lo normal que sean los testigos dos varones musulmanes, pero también puede ser un varón y dos mujeres musulmanas. Esto es lo normal, lo que dice la Sharía, pero dependiendo de las escuelas hay excepciones. Por ejemplo, la escuela Anefí, (Egipto, Líbano…) en la que siempre serán varones, no permiten mujeres, pero se admite que en ocasiones uno de ellos pueda ser una mujer musulmana. Cabe preguntarse al respecto ¿Puede ser un no musulmán? .En el matrimonio islámico lo aceptable es que se contraiga entre un hombre y una mujer ambos musulmanes, pero también se pueden casar un musulmán con una cristiana o con una judía, ¿es en este supuesto donde puede ser testigo un judío o un

cristiano? En cambio una musulmana jamás podrá contraer matrimonio con un judío o con un cristiano. Esto está prohibido totalmente desde Marruecos hasta Indonesia.

En cambio en la corriente Chiíta, no exigen testigos, no requiere la figura del testigo para la validez del matrimonio (para la corriente Suní el testigo es imprescindible).En la escuela Malikí, normalmente hay testigos pero la falta de éstos no invalida el matrimonio .pero casi siempre se exige un Cadí en una ceremonia religiosa, o sea, un ministro. Nosotros, en occidente, tenemos al Alcalde/sa, Juez/a, Cónsul, cura… Además, no es necesario que se encuentren el mismo lugar los contrayentes, lo importante es que ante el Cadí estén el novio y un Wali representando a la novia. Vemos de esta manera lo relativo que puede ser el consentimiento de la novia puesto que no se exige que esté presente. Podríamos hacer una comparación entre este tipo de matrimonio y el matrimonio por poderes, pero no es posible puesto que en el matrimonio por poderes la mujer es libre para realizar el consentimiento, no necesita estar asistida puesto que tiene capacidad jurídica para el mismo.

Lo lógico sería pensar que la mujer tiene un papel decisivo en el contrato matrimonial a tenor sirva de ejemplo del artículo 5 del Código de Estatuto Personal Marroquí, *"el matrimonio no se concluye salvo con aprobación y conformidad de la esposa y su firma en el estrato del contrato matrimonial en presencia de los notarios".* Todo ello no es incompatible con la asistencia o representación del Wali a la hora de prestar el consentimiento.

Veremos cómo algunos Códigos de Conducta admiten que un sujeto musulmán se pueda casar con una cristiana o con una judía. En este caso los testigos podrían ser o bien un musulmán y una cristiana/judía, o un musulmán y dos cristianas/judías? Esto resulta en algunos Estados del mundo Suní (la mujer siempre musulmana). Existe otra escuela más abierta que es la Anefí practicada en Egipto, Líbano... que admiten hasta dos testigos que no sean varones musulmanes. Un varón y dos mujeres si la novia no es musulmana, **(**La escuela Anefí admite dos testigos varones, pero" no exige que se trate de musulmanes probo"(18) **.**Por ejemplo el caso de matrimonio de musulmán con cristiana, .pero puede variar dependiendo del Estado en cuestión, puede ser testigo un varón musulmán y dos mujeres también musulmanas,)

Otra condición, además de estar presente los dos testigos, que no existan impedimentos, no debemos confundir el matrimonio nulo con el matrimonio irregular o anulable. El matrimonio es nulo cuando afecta directamente al contrato, no hay aceptación o no hay dote, entonces el matrimonio deviene nulo. Mientras que se

considera irregular o anulable cuando no afecta al contrato en sí, sino que afecta la relación conyugal, puede ser un defecto de carácter temporal o definitivo, es decir un vicio que puede ser prescindible o subsanable

Si existe una irregularidad y el matrimonio no se ha consumado, se rompe el vínculo. Entonces la dote no es debida y la consecuencia es un repudio de la mujer y los regalos hechos por la mujer deben ser devueltos. Si existe el vicio, el hombre deberá repudiar a la mujer y recibir los regalos y la dote (devolvérselos) en caso de que se hayan entregado. Ahora bien, si el matrimonio se ha consumado esta irregularidad está cubierta y el hecho ilícito se considera inexistente. Así vemos como depende en gran manera de la consumación o no del matrimonio

Existen 14 Códigos de Conducta en los Estados musulmanes (Argelia, Egipto, Irak, Jordania, Libia, Líbano, Marruecos, Mauritania, Omán, Siria, Sudán, Túnez, Kuwait, Yemen) El hecho de tener un derecho islámico, un derecho codificado (Derecho de sucesiones y de familia) es un avance, no significa esto que se cree un derecho islámico diferente a la hora de codificar el mismo, del que no está codificado. Tan sólo es una garantía (ambos van de la mano). Para ciertos aspectos, esto está escrito en una ley especial y tanto los jueces como los sujetos musulmanes tienen que regirse y adherirse a esta ley, de su nacionalidad que ya está codificada. Ocurre lo mismo que aquí en España cuando hay una ley especial.

Esto no quiere decir que los Códigos de Conducta sean más modernos o más avanzados. Se recoge en la Sharìa (Corán) la costumbre y las palabras del profeta (19).

El Código de Conducta marroquí hace suya la definición de matrimonio tradicional en el derecho musulmán:

> "…*El matrimonio es un contrato legal de unión y cohesión entre hombre y mujer, de manera duradera, cuyo gesto es la honradez y la honestidad, así como la multiplicación de los miembros de la nación por la creación de una familia bajo la custodia del esposo sobre bases estables, que garantice a los contratantes asumir sus obligaciones en seguridad, paz, afecto y respeto…".*

A través del matrimonio se crea el vínculo, este vínculo es perpetuo, tiene carácter de perpetuar en el tiempo. (8) Tiene dos características esenciales, la condición de validez del matrimonio islámico pues no se puede contraer matrimonio para un tiempo determinado, esto es nulo. Es un elemento imprescindible del matrimonio. El matrimonio musulmán/islámico tiene carácter de perpetuidad aunque se pueden

establecer condiciones por las que puede disolverse el mismo como pueden ser el repudio, el divorcio… Son figuras que hacen temblar la institución como tal del matrimonio. No obstante podemos poner el ejemplo de los países con población que practica el matrimonio temporal, "todavía hoy siguen declarándose válidos por gran parte de la escuela Shií/Chií."(8)

Visto así, vemos que el matrimonio es un contrato cuyo objeto es una relación que existe entre una pareja heterosexual, es un compromiso que cualquiera de las partes puede romper.

3. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

3.1. Capacidad para contraer matrimonio. Ius Connubii

Tanto los requisitos propiamente dichos que en toda celebración del matrimonio deben existir, derivan o forman parte de la naturaleza del acto o negocio jurídico del derecho de familia.

La capacidad de las personas necesaria para llevar a cabo el matrimonio, está íntimamente relacionada con la finalidad de esta institución (función y fines que esta institución debe cumplir). Junto a la capacidad debemos considerar el consentimiento matrimonial puesto que se trata de un acto voluntario y libre, y también consideraremos la forma en la que se lleva a cabo el acto, pues se encuentra sujeto a solemnidades para su eficacia y validez.

(BOE núm. 188, de 8 agosto 2005 27817RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado)

> *"…Dentro de la categoría de «capacidad matrimonial» se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales. Y es que si bien el derecho a contraer matrimonio es reconocido, en principio, a todas las personas (cfr. arts. 44 del Código civil, 32 de la Constitución española, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos), no se trata de un derecho sin limitaciones o incondicionado. Así, la Constitución establece en el precepto citado que la Ley regulará «la edad y capacidad» para contraerlo, mandato constitucional desarrollado por el Código Civil que establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales, en particular en sus*

artículos 46 y 47. Unos y otros tienen carácter dirimente en el sentido de que si se contrae un matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento, el matrimonio será nulo…"

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 46 y 47 del Código Civil. Éstos artículos han sufrido reformas a lo largo del tiempo, así tras la reforma de 1981 son de aplicación con independencia de la forma adoptada a la hora de contraer matrimonio (RDGRN 12 de enero 2007.)

Los artículos 46 ,47 y 48 del Código Civil, estudian los llamados impedimentos, que no son más que limitaciones de la capacidad de los sujetos a la hora de contraer matrimonio Estos son denominados .impedimentos absolutos y relativos , también puede ser denominados como permanentes y temporales.(17.1)

Veremos como dependiendo de la legislación aplicable en cada Estado, varían unos de otros, y cómo los impedimentos que en algunos países son auténticos obstáculos, en otros en cambio, sus legislaciones han evolucionado hasta el punto de desaparecer de las mismas.

Cuando hablamos de capacidad, en el caso que nos ocupa, la capacidad que exige el Derecho musulmán a los contrayentes, se refiere a la aptitud física y psicológica para que ambos contrayentes sean capaces de cumplir la finalidad del compromiso matrimonial.(20) Este requisito no es extraño a otros Ordenamientos como puede ser incluso el canónico. Pues el matrimonio se considera un contrato en el que el hombre es en un sentido genérico pretende satisfacer sus instintos.

En el Islam, el Derecho Islámico, la peculiaridad es la incapacitación jurídica de la mujer para concluir por sí misma el contrato de matrimonio, necesita ser asistida por el Wali para prestar su consentimiento matrimonial de una forma válida la negociación del matrimonio se realiza entre hombres, ellos llegaran a un acuerdo, la mujer únicamente tiene que otorgar su consentimiento a algo que ya está pactado de antemano y que en la mayoría de las ocasiones, no ha tenido oportunidad de intervenir .Todos los Códigos de Conducta contienen la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges para que el matrimonio resulte válido.(7) (3)" Esta obligatoriedad se contradice con la práctica legal de casar tanto a hijos como las hijas sin contar con ellos por la facultad que tiene en el Derecho Islámico el padre o tutor de decidir por ellos/as. Todo esto no se mantiene por cuanto que son los propios Códigos de Conducta los que definen como al expresarse el consentimiento.(rompen, en su mayoría con el matrimonio de menores) Mientras todos ofrecen al novio la posibilidad de concluir su

matrimonio por sí mismo o a través de su tutor matrimonial, a la novia unos Códigos (sirva de ejemplo el iraquí, el jordano, el libanés, el sirio, el tunecino) en estos países es potestativo el walli o tutor, otros Códigos (argelino, Kuwait y, libio, mauritano, omaní, sudanés, yemení) concluirán el matrimonio a través de su tutor matrimonial. La mujer no puede expresar por sí misma el consentimiento, vemos aquí una manifestación de que la mujer es una menor o incapaz desde un punto de vista jurídico durante toda su vida. …·En Marruecos esta discriminación ha ido eliminándose forma progresiva, si bien en un principio se mantenía la prohibición de que las mujeres pudieran concluir su matrimonio, posteriormente a través de diferentes reformas se le permita casarse por sí misma a las que son mayores de edad o huérfana de padre y más tarde a todas"...(3) Tras la reforma de 1993, en Marruecos, si la mujer es mayor de edad y no tiene padre (es huérfana) no necesita tutor, pero se le permite tener como tutor a un pariente varón y si no lo tiene no se le exige es potestativo y no preceptivo. Hay países, cuyos códigos ya no exigen como requisito necesario e imprescindible para el matrimonio el Wali como son Irak, Líbano, Jordania, Siria y Túnez (en estos países es potestativo el Wali o tutor) en cambio en otros países malekíes como son Argelia, Mauritania, Marruecos (con la excepción ya citada) Libia, Omán, Sudán y Yemen si es preceptivo la presencia del tutor o Wali.

Resulta muy interesante la ausencia en el Acuerdo de Cooperación con la CIE, de esta figura., del tutor. En consecuencia podemos afirmar que la presencia del mismo como indispensable para la celebración del matrimonio no se contiene como talen el Acuerdo pues podríamos afirmar que se trata de una manifestación de la desigualdad entre ambos cónyuges y la condición de inferioridad o la consideración de incapacidad jurídica de la mujer musulmana, ya que sólo a ella requiere la actuación de un tercero para ejercer/aceptar su consentimiento. Por el contrario, este Acuerdo de Cooperación especifica que para que el matrimonio tenga efectos civiles deberá ser celebrado según la forma religiosa establecida en la ley islámica"... (21)

El artículo 55 de nuestro Código Civil, regula el matrimonio por apoderado. El poder debe ser…"especial en forma auténtica"…. especificar la persona con la que ha de celebrarse el matrimonio. "La modalidad de contraer matrimonio por poder no afecta a las condiciones de fondo del enlace regidas por la ley nacional de cada contrayente, sino las condiciones de forma reguladas por la lex Loci. (RDGRN 29 mayo 1993.)", (17-1.).

"El apoderado, no es sino un mero instrumento de transmisión del consentimiento matrimonial, es el portador de la declaración de voluntad predeterminada por el poderdante"…. Es el poderdante el que debe tener la capacidad y realmente emitir el consentimiento en el matrimonio por apoderado por poder. .)", (17-1.).

La celebración del matrimonio por poderes se podría considerar como una forma de simular el consentimiento matrimonial pero el hecho de contraerlo de esta manera no puede ser considerado motivo para denegar la autorización de un matrimonio.

La RDGRN de 29 mayo 1993, deja bastante claro que las "modalidades del matrimonio por poder no afectan o no deberían afectar a las condiciones de fondo del enlace, pues éstas se regirán por la ley nacional de los (ambos) contrayentes en cambio sí que afectan las condiciones de forma, reguladas por la Lex Loci.)", (17-1.).

En el Derecho islámico clásico, por ejemplo, la mujer no tenía apenas libertad para elegir a su cónyuge, esa libertad poco a poco se va introduciendo, sirva de ejemplo la legislación de Marruecos en el Código del Estatuto de 1957/58, reforzado por el texto o reforma de 1993 y confirmado esto en su actual legislación.

Así, la intervención de Wali en la prestación del consentimiento de la mujer, podríamos considerar admisible en el derecho español, siempre y cuando el consentimiento sea considerado por la legislación española como un verdadero consentimiento matrimonial, o sea, que realmente transmita el consentimiento libre y personal de la mujer y que en ningún caso vaya en contra de su verdadera voluntad. De lo contrario podría alegarse la excepción de Orden Público internacional puesto que no cabe la aplicación de leyes extranjeras que autoricen el matrimonio sin la necesidad de la voluntad libre y real prestada por ambos cónyuges.

La figura del **tutor matrimonial**, pariente más cercano (por vía paterna), ha de ser hombre, padre, hijo, abuelo, "sano de mente y púber"…,…" en algunos códigos debe ser musulmán si la novia es musulmana". (3) Tutor también denominado **Wali,** que es quien concierta el matrimonio. La mujer tiene un tutor matrimonial para expresar su consentimiento. Hay Códigos de Conducta en los que esta figura es obligatoria, o sea, no existe un matrimonio mientras que el tutor no exprese su voluntad el tutor matrimonial es obligatorio en países como Marruecos (tener en cuenta las últimas reformas legislativas), Argelia, Kuwait, de origen malikita. En cambio esta figura del tutor matrimonial es potestativo, o voluntario en países como Túnez, Siria, Libia, Jordania. En estos países no es obligatorio el consentimiento matrimonial por el tutor.

En el Derecho Romano o corte occidental, ambas partes están en igualdad, es un acuerdo de voluntades, en el islam no ocurre lo mismo. En el Derecho Islámico.., no hay ninguna fórmula solemne en relación a la emisión del consentimiento, ambos contrayentes deben manifestar de forma clara su voluntad personal, el consentimiento será verbal y pronunciado de palabra. Aunque hay excepciones. El contrato matrimonial, es un contrato singular porque ambas partes no están equiparadas. La mujer puede decir si pero, ¿quién da la garantía de que ese consentimiento no está viciado o condicionado? ¿Cómo sabemos que la mujer dice libremente si, sin estar condicionada o coaccionada por el Wali?

-Formalidades o solemnidades de la celebración del matrimonio

Los requisitos propiamente dichos que requiere la celebración del matrimonio para existir, derivan de la naturaleza del acto negocio jurídico del derecho de familia.

La capacidad de las personas que, es necesaria para llevar a cabo este acto (matrimonio) íntimamente relacionada con la finalidad de esta institución.

El consentimiento matrimonial, puesto que se trata de un acto voluntario libre.

La forma con la que se lleva a cabo el acto pues está o se encuentra sujeto solemnidades para su eficacia y validez

En cuanto a la forma religiosa, la Comisión Islámica de España se remite a la establecida en la Ley islámica. Tres son los puntos esenciales:

- El consentimiento.
- Los testigos.
- La inscripción del matrimonio en el R.C.

El consentimiento, se debe prestar ante un ministro de culto debidamente acreditado artículo 3.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la CIE.

> *"…A los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas con carácter estable, a la dirección de las comunidades a que se refiere uno del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la comunidad*

a que pertenezcan, con la conformidad de la "Comisión islámica de España" (CIE).".

Los matrimonios celebrados por personas que no reúnan estos requisitos, serán inválidos y carecerán defectos civiles.

Los testigos, el artículo 57 del Código Civil establece como requisito que el consentimiento se preste ante...*" dos testigos mayores de edad"...* La capacidad de estos testigos viene determinada por la legislación estatal, pero todo ello, sin perjuicio de lo establecido en las normas de la confesión religiosa la que nos referimos en concreto la regulación contenida en la Sharía

Está claro que el contrato matrimonial necesita para ser válida la presencia de dos testigos que den fe de dicho contrato. , (8) Para ello es requisito ser sano de mente, púber, digno de confianza y ser capaz jurídicamente (3) y sobre todo ser musulmán si ambos cónyuges son musulmanes .La mayoría de los Códigos de Conducta islámicos coinciden en todas estas condiciones salvo en una, en el sexo de los testigos puesto que la mayoría mantienen la discriminación femenina en este sentido. Mientras que unos Códigos (jordano, libio, sirio, sudanés yemení) reconocen a la mujer capacidad para poder ser testigo en el matrimonio sigue sin estar en igualdad con el hombre puesto que en caso de no poder ser dos hombres, será un hombre y dos mujeres. Queda claro que el testimonio de la mujer equivale a la mitad del testimonio del hombre. … "*Pedir el testimonio de dos testigos elegidos entre vuestros hombres. Si no encontráis dos hombres, requerir a un hombre y dos mujeres de quienes estén satisfechos en los testimonios; si una de ellas yerra, la otra la hará recordar*"… (AZORA II, LA VACA, versículo 282) Otros Códigos de Conducta en cambio niegan esta capacidad de las mujeres al disponer que los testigos tienen que ser varones o Adules.(3)"

Inscripción en el Registro Civil, el artículo7.1 del Acuerdo de Cooperación con las CIE, dice...*" para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria inscripción del matrimonio en el R.C"*...

Esta inscripción es requisito indispensable para otorgar a cualquier matrimonio contraído bajo rito coránico efectos jurídicos y validez civil. (17.4)Ahora bien, del artículo7.2 del Acuerdo, se deduce que cualquier persona puede inscribir el matrimonio en el R.C., no es competencia exclusiva del ministro religioso oficiante

…" las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior"… y por otro lado, el artículo 7.3 … "el representante de la Comunidad Islámica …enviará al R.C .para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio"…

Según el artículo 61 del Código Civil, "el matrimonio produce sus efectos desde su celebración, para el reconocimiento de los mismos, será necesaria su inscripción en el Registro Civil"…

"La inscripción no tiene efectos constitutivos…, esto ocurre con independencia de su inscripción o no, y a la vez es una forma de dar publicidad al matrimonio". (17 - 1º)

"El hecho de que un matrimonio válidamente contraído no esté inscrito, no implica su inexistencia y por tanto el contrayente no esté casado (RDGRyN 1-7-89 y 12-2-94)". (17-1ª)

Existen también causas por las que puede negarse la inscripción en el R.C.

- *-haberse celebrado la ceremonia tras haber transcurrido el plazo de seis meses desde la fecha de expedición del certificado de capacidad.(art7.2 Ley 26/1992 Acuerdo de Cooperación)*

Esta causa puede favorecer el fraude de ley que consiste en que durante este período de tiempo, seis meses, cualquiera de los contrayentes ha podido, a su vez, contraer otro matrimonio civil bien en su país de origen, o en cualquier otro país extranjero. Así estaría incurso en un impedimento de vínculo que el juez encargado del R C puede desconocer.

- *-Celebración por un oficiante que no se acoge al contenido del artículo3.1 del Acuerdo de Cooperación.*
- *-Ausencia de las diligencias necesarias en el certificado matrimonial previo al registro. "deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del RC" Artículo 3.3del Acuerdo de Cooperación.*

La Doctrina Civilista mayoritaria, mantiene la configuración de un único tipo de matrimonio sujeto a los preceptos de nuestro Código Civil independientemente de cuál sea su forma. Ejemplo de ello lo tenemos en el requisito del certificado de capacidad matrimonial que sólo puede ser expedido por el encargado del Registro Civil (21).La Doctrina es partidaria de la existencia de un único matrimonio sujeto a los preceptos de

nuestro Código Civil,(49, 60 CC) independientemente de cuál sea la forma en la que se contrae. Prueba de ello es imprescindible el certificado de capacidad previo a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil tras la tramitación del expediente matrimonial. (art 56 CC)

Capacidad matrimonial.

En cuanto a capacidad el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación de 1992 con la CIE

> ...*"se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil"*….

Se admite la celebración del matrimonio musulmán con y sin expediente matrimonial previo. (22)

- ---- Con expediente matrimonial previo, en este caso ambos contrayentes tienen seis meses de plazo para prestar su consentimiento en presencia de dos testigos mayores de edad y ante un dirigente religioso islámico o Imán. Acto seguido el representante enviará al Registro Civil para su inscripción, la certificación acreditativa de la celebración del matrimonio.

- ------ Otro caso es sin expediente matrimonial previo, se podría pensar o deducir así del apartado segundo del citado artículo *"las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado de esta forma deberán acreditar su capacidad matrimonial"* ahora bien, para que surta efectos civiles esta unión ambos contrayentes deben reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.65C.C.(17.4)

Queda claro que el certificado de capacidad debería considerarse como requisito para la celebración del matrimonio, pero sí lo es para la inscripción del mismo en el Registro Civil puesto que el artículo 63 del Código Civil dice así *"la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil".*

La regulación de la inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa, no especifica a qué religión se refiere,(tener en cuenta art. 16 Constitución) una vez celebrado el

matrimonio, el ministro religioso debe extender certificado de celebración del matrimonio y remitirlo bien directamente al Registro Civil tal como establece el artículo 7.3 del Acuerdo de Cooperación *"una vez celebrado el matrimonio, el representante de la comunidad islámica en que se hubiera contraído aquél, enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que se deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil."* O bien, otra posibilidad sería la que establece el artículo 7.2 del mismo texto legislativo *"las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente…."* Así se establece la posibilidad de que sean los cónyuges los que realicen ellos mismos el trámite de solicitar la inscripción del matrimonio coránico ante el encargado del Registro Civil correspondiente. Este, lo califica practicando la inscripción en el Registro Civil siempre y cuando el matrimonio se haya celebrado cumpliendo requisitos que establece el Código Civil.

> *"salvo lo dispuesto en el artículo 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobarse concurren los requisitos legales para su celebración" (artículo 65 del Código Civil)*

Se podría considerar entonces que no se puede inscribir un matrimonio en el Registro Civil sin expediente previo, (56 y 65 C.C.) esto es posible porque el encargado del Registro Civil tiene la potestad de comprobar la validez del mismo. (17-1º).

Pues bien, llegados a este punto, tenemos que tener en cuenta que los textos legales que contienen la regulación jurídica propia de cada confesión religiosa a la hora de llevar a cabo el rito matrimonial, (protestante, judía/israelita, islámica) otorgan efectos en alguna medida diferentes. La ceremonia religiosa sujetas a los ritos protestante o israelita producen efectos y éstos son reconocidos. En cambio en la Comunidad Islámica no sucede así. El Acuerdo con la Comunidad Islámica atribuye efectos civiles al momento de la celebración del matrimonio pero condiciona la eficacia civil de este tipo de matrimonio sujeto al rito coránico, a que los contrayentes previamente deben reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Se trata de una precaución dado que determinadas normas de Derecho islámico tradicional que afectan al matrimonio, pueden contravenir el Orden Público español, como ejemplo podemos citar la exigencia de un lado que como requisito de capacidad matrimonial, la obligación de la mujer musulmana de casarse única y exclusivamente con un musulmán, cuestión ésta que perfectamente puede darse a la inversa sin ningún problema o sea un musulmán no tendría problemas para casarse con una católica o con una protestante o

con una judía. Raymond Charles, "le Droit musulmán" en PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993

Cuando hablamos de capacidad de los contrayentes, hablamos de verificar si existen o no las condiciones establecidas en nuestra legislación civil a la hora de contraer matrimonio. Condiciones que se incluirán en el expediente previo a la celebración del matrimonio, artículos 238 y siguientes del Reglamento de la Ley del Registro Civil.

La Dirección General del Registro Notariado (DGRN), en respuesta a una consulta del Cónsul General de Rotterdam, de 21 octubre 1991, señalaba *"el artículo 252.RC se refiere al expediente previo al matrimonio, pero en realidad es un expediente cuyo fin no es sino la obtención del certificado de capacidad matrimonial, lo que se debe tener en cuenta siempre en toda la tramitación del expediente".* (70)

Así el estudio de la capacidad *de ambos contrayentes en éste expediente previo debe determinar si existen realmente o no las condiciones establecidas en el Código Civil para contraer matrimonio. (70)*

Los/las encargados/as del R.C. no pueden determinar o interesar si los/las contrayentes forman o no parte de una determinada comunidad religiosa según la cual pretenden formalizar una unión matrimonial, esto iría con contra de nuestra Constitución (art. 16.2).DGRN 26/12/1978 BOE 30/12/1978 .Tampoco tienen potestad alguna para determinar si de acuerdo con éstas comunidades religiosas poseen los/las contrayentes capacidad para expresar el consentimiento ante el ministro de que se trate.(70)

Con respecto a esta materia, la capacidad matrimonial, se regula en los artículos 46 y 47 del Código Civil. Éstos artículos han sufrido reformas al largo del tiempo, así, tras la reforma de 1981 son de aplicación con independencia de la forma adoptada a la hora de contraer matrimonio RGRN de 12 enero 2007

Estos artículos, estudian los llamados impedimentos, que no son más que limitaciones a la capacidad de los sujetos a la hora de contraer matrimonio. Veremos cómo dependiendo de la legislación aplicable en cada Estado, varían unos a otros, y como los impedimentos que en algunos países son auténticos obstáculos en otros

Estados en cambio, sus legislaciones han evolucionado hasta el punto de desaparecer de las mismas.

En los diferentes Ordenamientos de los países de origen musulmán, islámicos, la capacidad para la celebración del matrimonio difiere en gran medida de la legislación española.

Actualmente en los países musulmanes, islámicos las Constituciones reconocen los principios de igualdad de todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, sus Códigos Civiles, Penales y Mercantiles consideran por igual como sujeto de derecho tanto a hombres como mujeres. No ocurre lo mismo en el ámbito del Derecho de Familia. En este punto, cada país tiene su propia legislación, como es natural. Pero en general se aprecian líneas comunes como son las grandes diferencias entre sexos y la consagración de la dependencia de las mujeres hacia los hombres .En el ámbito privado, la institución de la familia y sus relaciones jurídicas no se rige por estos Códigos, sino por los Códigos de Conducta. Incide de gran manera en la desigualdad con respecto a las mujeres, los derechos de éstas en aras al principio de igualdad de oportunidades solo se ven reflejados en la teoría pues en la práctica está marcado/caracterizado por actitudes sexistas justificadas por el modelo tradicional de la familia.

Salvo en Túnez, donde el Código Civil y la legislación de carácter privado rigen tanto para los tunecinos como para las tunecinas, en el resto (mayoría) de los países musulmanes no sólo se pueden apreciar graves contradicciones entre Constitución y legislación positiva, sino que la regulación jurídica de la familia como institución, se recoge en Códigos de Conducta. La aplicación de la legislación positiva como la civil, se restringe a los ciudadanos musulmanes puesto que se diferencia entre los ciudadanos musulmanes y los que no lo son. La desigualdad así empieza a diferenciar entre los creyentes o miembros de la comunidad religiosa y los que no lo son.(3)

Especial situación es la del Código Libanés. El Código Libanés de Estatuto Personal mantiene la Ley Otomana de 1917. Hace referencias distintas para los matrimonios entre islámicos, judíos y cristianos. Regulación para el matrimonio entre sujetos islámicos, artículos 13 a 19. Regulación del matrimonio entre sujetos judíos Capitulo Segundo, Sección 2º "De quien está prohibido su matrimonio entre judíos", regulado en los artículos 20 a 26 y regulación del matrimonio entre sujetos cristianos Sección 3ª "De quien está prohibido su matrimonio entre los cristianos" regulado en los artículos 27 a 32. Artículo 29"el parentesco originado por el bautismo de los cristianos impedirá el matrimonio según las disposiciones de sus diferentes Credos" y Capítulo

Tercero Sección 2ª," Del contrato matrimonial con respecto a los cristianos" regulado en los artículos 40 a 44.(Código Libanés de Estatuto Personal, Caridad Ruiz Almodóvar)

Estudiamos una dualidad legal, por un lado el estudio de los Códigos de Conducta de origen islámico, (Códigos de Estatuto Personal) y por otro el ordenamiento jurídico español, digamos de naturaleza occidental, lo que conlleva como resultado a graves contradicciones pudiendo ser, en ocasiones origen de conflictos en la sociedad, haciendo inciso en mayor medida en las mujeres. El sistema jurídico y cultural familiar en general carece de ciertos derechos y libertades sobre las mujeres, lo que origina y a su vez legitima actitudes sexistas justificadas por un modelo jurídico tradicional de la familia.

3.2. Edad para contraer matrimonio

El matrimonio coránico exige que ambos contrayentes sean hábiles para contraerlo, ambos deben ser púberes y sanos de mente, (3)" ninguno de los contrayentes debe incurrir en las situaciones que en el Derecho islámico impiden el matrimonio. Se trata de supuestos subjetivos denominados en occidente como impedimentos.(8)

Se trata, la edad, de un impedimento de carácter temporal. Impide que contraigan matrimonio quienes no hayan adquirido la pubertad. Pero el Derecho islámico en general, todo aquel que esté en plenas facultades mentales y haya alcanzado la pubertad puede contraer matrimonio.(8) Se trata de esta manera de evitar relaciones sexuales fuera del matrimonio.

En la Sharìa, en general, las mujeres se casan a muy temprana edad. Las casan hasta de niñas, así se puede cuestionar el consentimiento de una niña a la hora de contraer matrimonio. (24) Normalmente con la Sharìa el límite de edad viene con carácter general establecido en 15 años para el varón y 12 para la mujer. Pero en la actualidad muchos de los países objeto de estudio han establecido como edades mínimas" Los 18 años para el varón y 17 para la mujer con el fin de evitar matrimonios entre niños sobre todo ante la presión occidental.(8)

Hay un Código de Conducta que no exige una edad mínima para contraer matrimonio, es el caso de Sudán (3)" En cambio, hay otros países en los que sí se exigen

una diferencia de edad máxima entre hombres y mujeres a la hora de contraer matrimonio.

Edades mínimas para contraer matrimonio.

Países de Origen	***Años/hombre***	***Años/mujer***
Argelia	21	18
Egipto	18	16
Kuwait	17	15
Líbano	18	17
Marruecos	18	15
Siria	18	17
Túnez	20	17
Jordania	16	15
Mauritania	18	18
Oman	18	18
Irak	18	18
Libia	20	20

En Egipto la edad es de 16 para la mujer y 18 para el hombre, Ley nº 56 de 1923. En Jordania 15 y 16 años, artículo 5 del Código Jordano. En Kuwait la edad es de 15 y 17 años, artículo 26 del Código Kuwaití. En el Líbano y Siria es de 17 y 18 años artículos 4 en el caso del Líbano y artículo 16 en Siria. En Túnez, artículo 5, se establece 17 años para la mujer y 20 para el hombre. Un caso diferente es el de Yemen, pues en 1992 la edad estaba fijada en 15 años para ambos sexos, así solo se establecía una edad mínima igual para ambos sexos. En 1999 se elimina la obligatoriedad de la edad mínima para establecer como requisito que la mujer sea apta para mantener relaciones sexuales y el hombre sólo necesita tener interés. *(3)*Si hay interés en casarse antes de estas edades hay que pedir permiso al Juez. En Yemen son 15 años, para ambos sexos, esto en cuanto a la mínima, con el fin de evitar acciones como suicidios infantiles, de menores... *Sin embargo, esto fue reformado y se elimina la obligatoriedad de haber alcanzado una edad mínima quedando regulado de una forma indeterminada en el sentido que a la mujer se establece que sea apta para relaciones sexuales en cambio para el hombre que tenga interés, se prescinde de la edad mínima*.

Seis de los países indicados en la gráfica han suprimido posteriormente la diferencia existente entre ambos sexos y establece la misma edad tanto para hombres

como para mujeres.: Irak artículo7/1, Marruecos artículo 19, Mauritania artículo 6, Omán artículo 7, fijan la edad en 18 años. Argelia el artículo7 del Código Argelino establece la edad de 19 años y Libia el artículo 6/b del Código Libio fija la edad en 20 años con la finalidad de hacer desaparecer los matrimonios de menores de edad.

El Código Jordano, en su artículo 7 introduce el límite máximo en la diferencia de edad entre los cónyuges de 20 años si la novia no ha cumplido los 18.El artículo 36 del Código Kuwaití la diferencia de edad es un derecho de la esposa y el artículo 19 del Código Sirio establece que la edad de los cónyuges debe ser análoga. (3)

Nuestra legislación impide, como regla general, contraer matrimonio a los menores de edad no emancipados, artículo 46.1 del Código Civil

…" no pueden contraer matrimonio:

- *Los menores de edad no emancipados.*
- *Los que estén ligados con vínculo matrimonial."*

Antes de la reforma del 23/07/2015, podían contraer matrimonio el mayor de edad, el menor de edad emancipado y el menor de edad no emancipado pero mayor de 14 años que haya obtenido previa dispensa. El matrimonio no se podía celebrar entre menores de 16 años ahora bien, a tenor del artículo 48 del Código Civil, si se podría contraer matrimonio a los 14 años previa dispensa de carácter judicial. (Esto ocurría muy excepcionalmente). A partir de esta edad, 16, se podía celebrar matrimonio siempre y cuando se haya obtenido también previamente la dispensa judicial y atendiendo a las circunstancias concretas del caso. (17-1º) De esta manera, se podía afirmar que todo aquel matrimonio contraído por debajo de esta edad sin previa dispensa judicial, constituiría una cuestión de Orden Público ya que por debajo de ésta edad se podía considerar un matrimonio entre niños, totalmente prohibido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990 (BOE Nº 313, de 31 de diciembre de 1990). Lo cual significa que dicha Convención forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico. Pues bien, la última reforma del Código Civil de 2015, publicada el 03/07/2015 establece la emancipación a partir de los 16 años, desaparece la dispensa del Juez de Primera Instancia de edad a partir de los 14 años para contraer matrimonio. (Artículo 48), el artículo 314 establece la emancipación para los mayores de 18 años y por concesión. El artículo 316 regulaba la emancipación producida por el matrimonio, en la actual reforma desaparece este precepto. , así se mantienen los artículos 320 y 321 en cuanto a la concesión judicial para mayores de 16 años, previa audiencia de los padres o bien previo informe del Ministerio fiscal si el menor está sujeto a tutela.

4. IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

El Orden Público Internacional Español en materia de capacidad Matrimonial (RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo), recoge textualmente.

…"la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Cuando la Ley extranjera incurre en tales vulneraciones dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 C.C.), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como «lex fori». Ahora bien, debe igualmente recordarse el carácter restrictivo del orden público internacional, de tal forma que no todos los valores incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico ordinario pueden alcanzar tal calificación de superiores esenciales e irrenunciables, siendo así que esta calificación requiere consagración constitucional y alcance internacional, dada la importancia que tiene el método comparatista y trasnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de Orden Público internacional por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países. Hay que destacar que la cláusula del Orden Público Internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular, en la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de capacidad matrimonial. Así, se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando Excepción de Orden Público en los siguientes casos:

a) leyes extranjeras que admiten los matrimonios polígamos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (cfr. Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4-7.ª de diciembre de 2002, entre otras);

b) leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el Derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (cfr. Resoluciones de 7 de junio de 1992 y 10-1.ª de junio de 1999);

c) leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (vid. Resolución de 24-3.ª de enero de 2005);

d) leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (vid. «a sensu contrario» Resolución de 15-3.ª de junio de 2004).

e) Finalmente, se ha de añadir a esta lista la cita de la reciente Resolución de este Centro Directivo de 7-1ª de julio de 2005 relativa a las leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos."…

En este extracto que se ha extraído literalmente de la *"RESOLUCIÓN-CIRCULAR de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*," vemos la importancia que tiene en la práctica, no solo jurídica, la aplicación del Orden Público Internacional sobre todo en materia de capacidad matrimonial. Nuestro Ordenamiento Jurídico y también nuestra Carta Magna, recogen una serie de Principios y Valores calificados/considerados tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia de "*esenciales, básicos e irrenunciables*". Si bien podrán ser compartidos por una pluralidad de países, no ocurre lo mismo con otros países, podría ser el caso de los países musulmanes con tradición coránica/islámica. . *Cuando la Ley extranjera incurre en tales vulneraciones dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 C.C.), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como «lex fori»*. Se aplica la Cláusula de Orden Público Internacional goza de gran importancia en materia de capacidad matrimonial.

Son diversos los impedimentos que pueden afectar a la capacidad para la celebración de un matrimonio en el que, al menos uno de los cónyuges sea de origen musulmán, o especificando un poco el término, profese la religión islámica. Tres de estos son de especial relevancia:

- Impedimento de vínculo
- Impedimento de identidad de sexos./Transexualidad
- Impedimento de disparidad de religión.
- Impedimento de consanguinidad
- Impedimento de edad
- Impedimento de afinidad

4.1. Impedimentos temporales.

Este tipo de impedimento, no es permanente, y puede desaparecer o ser subsanado.

- Impedimento de edad
- Impedimento de afinidad

4.1.1. Impedimento de edad

Se trata de un impedimento temporal, que impide contraer matrimonio aquellas personas que no han adquirido la pubertad. Ya vimos en la pregunta anterior la edad que se estipula en los diferentes Estados musulmanes (Derecho Islámico) para poder contraer matrimonio en los mismos. Algunos de ellos establecen unas edades bastante cortas a la hora de tomar una decisión como es la de contraer matrimonio.

"No pueden contraer matrimonio:

1º. Los menores de edad no emancipados

2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial" (artículo 46 CC)

En nuestro ordenamiento jurídico es lícito el matrimonio contraído por menores pero siempre y cuando estén emancipados. No se trata de cualquier menor, entonces cabe preguntarse:¿de qué menor estamos hablando?¿cómo puede un menor contraer matrimonio? La emancipación la pueden conceder quienes ejercen la patria potestad siempre y cuando el menor esté de acuerdo se puede otorgar escritura pública ante notario o compareciendo ante el Juez encargado del Registro Civil, también puede otorgarla un Juez a petición del menor. Un menor podría emanciparse a los 16 años. Ésta emancipación permitiría al menor con 16 años cumplidos obrar como si fuera mayor de edad, regir su persona y sus bienes aunque con ciertas limitaciones legales que afectan a la esfera personal, familiar, patrimonial y procesal hasta poder alcanzar su mayoría de edad, así éste menor emancipado se sitúa, está inmerso en un estado intermedio entre la mayoría (no ha alcanzado la mayoría de edad) y la minoría de edad (aunque no es mayor de edad , si se le considera así) desde un punto de vista legal. El menor puede contraer matrimonio, gran parte de las emancipaciones tiene su fundamento en el matrimonio, puede reconocer hijos extramatrimoniales, ejercer la patria potestad.., sin embargo no podrá pedir préstamos, grabar trasmitir bienes inmuebles etc.., para ello necesitará un complemento de capacidad por parte de los que fueron/son titulares de la patria potestad. "*El menor no emancipado necesita para contraer matrimonio obtener la oportuna dispensa de edad que a partir de los 14 años, le concede el juez de primera instancia encargada al registro civil del domicilio* (artículo 48CC, 17LRC, 365RRC, Y RDGRN 29-4-2000)". Tengamos en cuenta que esto era así antes de la reforma del C.C. de 2015, ya se ha explicado en la pregunta anterior cómo se regula actualmente.

De esta manera podíamos ver, con la anterior regulación, una cierta similitud entre el matrimonio contraído por un menor en nuestro Ordenamiento Jurídico (emancipación a los14- 16 años) y un menor procedente de un Estado islámico, pero no cualquier menor porque si no podría considerarse una cuestión de Orden Público. Para que no existiera o no fuera considerado como impedimento de edad, el matrimonio de un menor sería deseable siempre como mínimo de 16 años aunque ya hemos visto que podía tratarse en algunos casos de 14 y se consideraría que estaba emancipado legalmente. (Artículo 316CC, en relación con los artículos 314 y 324CC, anterior redacción). Ahora bien, cabe hacerse la misma pregunta respecto de una menor. Ante el Ordenamiento Jurídico Español una menor podía emanciparse a los14- 16 años si cumplía con todos los requisitos legales pero en cambio en un país islámico, una mujer

tenía y tiene muy difícil emanciparse a los14- 16 años para ser ella quien decida por sí misma si quiere o no contraer matrimonio.

Pero el Derecho Islámico con carácter general, aunque existen excepciones, establece que todo aquel que esté en plenas facultades mentales y haya alcanzado la pubertad puede contraer matrimonio, cuestión ésta que se puede realizar antes de cumplir los 16 años. En algunas escuelas se recomienda contraer matrimonio lo antes posible con la finalidad de evitar relaciones sexuales extramatrimoniales. (8)

4.1.2. Impedimento de afinidad.

Se trata de un impedimento temporal, surge y una vez disuelto el matrimonio que podría realizarse bien por nulidad, repudio (sabemos que el repudio está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico constituye una excepción de Orden Público) o por divorcio desaparece. Una vez desaparecido el vínculo por afinidad que unía a ambos cónyuges estos podrán volver a contraer matrimonio. El hombre podrá volver a casarse con la mujer que elija incluso se puede tratar de hermanas, tías o sobrinas de su ex mujer una vez disuelto el vínculo. Ahora bien la disolución de este matrimonio hace desaparecer el impedimento de afinidad por lo tanto no hay causa que impida el matrimonio. De ahí que se denomine o califique como impedimento temporal. El varón puede estar casado con más de una mujer a la vez hasta un límite de cuatro, (la poligamia es legal conforme al Derecho Islámico no ocurre lo mismo en nuestro ordenamiento jurídico), pero no pueden ser cosanguíneas entre sí de forma simultánea pero sí podría hacerlo de forma sucesiva cuando quede disuelto el anterior matrimonio.

Por otro lado la mujer también puede volver a contraer matrimonio nuevamente, pero nos encontramos con el mandato legal de guardar continencia por un período determinado denominado *Idda,* este mandato legal sólo se le exige a la mujer nunca al hombre) durante este período de tiempo no puede tener relaciones con ningún otro hombre(abstinencia sexual). Éste periodo varía dependiendo del caso en concreto, si se trata de un repudio simple, o se trata de un repudio triple o irrevocable perfecto, que impediría a la mujer poder contraer matrimonio de nuevo con su marido salvo que haya contraído nuevo matrimonio y este a su vez se haya disuelto, puede ocurrir también el fallecimiento del esposo,… El periodo varía. Una vez transcurrido el tiempo legalmente prescrito ella podrá volver a contraer matrimonio. Una mujer viuda o repudiada no podrá casarse con ascendientes o descendientes de su marido (viuda) o ex -marido, repudio.

4.2. Impedimentos permanentes.

Este tipo de impedimento acompaña a la persona durante toda su vida, no puede desaparecer ni ser subsanado.

- Impedimento de identidad de sexos./Transexualidad
- Impedimento de consanguinidad
- Impedimento de parentesco de leche
- Impedimento de disparidad de religión, (herencia religiosa)

4.2.1. Impedimento de identidad de sexos/Transexualidad

Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Ordenamiento Español.

El respeto al matrimonio equivale a equiparación o respeto de los derechos civiles de las personas homosexuales**.** La Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio (BOE A-2005-11364, núm. 157 de 02/007/2005). A partir de este momento se admite en España la celebración a matrimonios entre personas del mismo sexo. "la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia...el legislador debe evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular"…,…"La convivencia como pareja entre parejas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, ha superado arraigos prejuicios y estigmatizaciones."...(Párrafo I de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005)

Tenemos que tener en cuenta siempre y en todo lugar la autoridad ante la que se pretende celebrar el matrimonio de una parte y la nacionalidad o residencia habitual de los cónyuges por otra parte. (Artículos 44 y 49 C.C.)

- "La autoridad ante la que se celebra el acto puede ser española o de un Estado que admita el matrimonio entre personas del mismo sexo". (25)Según el artículo 49 C.C. cualquier español puede contraer matrimonio fuera de España "con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración".
- Para la válida celebración civil (obviamente no cabe el supuesto de celebración religiosa entre sujetos homosexuales) de un matrimonio homosexual es preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su residencia habitual en España. Será la Autoridad civil española, la que ejerza su competencia en territorio español. (artículo 50 C.C.).

- Autoridad española competente ante la que se celebre el acto siempre será la civil, es impensable esta posibilidad, matrimonio homosexual, absolutamente prohibido por confesiones como la islámica, (constituiría una cuestión de orden público) éste matrimonio solo tendría efectos civiles en nuestro ordenamiento.

"Las autoridades civiles españolas son competentes para celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo en territorio español con independencia de la nacionalidad de ambos contrayentes. *(Resolución Circular de la RDGRN 29 de julio de 2005, Resolución (4ª) de 7 de abril de 2006)"* (25) la citada resolución de 29 de julio de 2005 BOE Nº 188, 8 de agosto, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo resuelve la consulta acerca de si la ley española es aplicable a matrimonios integrados por personas del mismo sexo con elementos de extranjería o sea cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera. La Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene *"el matrimonio celebrado entre español extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso el obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado" (*26)En cuanto a capacidad matrimonial se refiere, coincide con la acogida por el Convenio nº 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, firmado en Munich de 1980,el 5 de septiembre, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial- se trata de matrimonio de personas del mismo sexo no admitido por el Ordenamiento de origen de uno/a de ambos contrayentes, en este caso portugués, se consideró que este hecho no es obstáculo para la válida celebración del citado matrimonio en España.(25)

Es de resaltar que el criterio de esta Resolución –Circular contradice de alguna manera a la Ley 13/2005, pues el matrimonio tiene los mismos efectos jurídicos con independencia del sexo de los/las contrayentes, así no se tata de estudiar una cuestión de capacidad sino de considerarla o no como elemento esencial de la concepción del matrimonio. La Autoridad española puede autorizar un matrimonio cuando uno/a de los contrayentes tenga domicilio en España independientemente de la orientación sexual de los contrayentes.

Por otro lado, en cuanto a textos internacionales, frente a la literalidad el Convenio de Roma y de la Declaración de Derechos Humanos que se refieren expresamente al Ius Connubii en cuanto mujer y hombre, la Constitución de la Unión Europea (Título II, libertades) bajo el epígrafe *"Derecho a contraer matrimonio y fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su*

ejercicio" se garantiza este derecho, a contraer matrimonio pero al igual que nuestra legislación positiva, no hace referencia alguna al sexo de los contrayentes. Como vemos, ni se prohíbe ni se impone que se aplique el derecho matrimonial a las uniones de personas del mismo sexo, de esta manera ni se abren y se cierran las puertas al matrimonio homosexual, se da la opción a cada Estado miembro de regularlo conforme a su propio Ordenamiento Jurídico interno. *(26)*

- *"Autoridad Consular Española, artículo 5, letra F del Convenio sobre Relaciones Consulares, Viena el 24 de abril de 1963, en el caso de matrimonios de personas del mismo sexo que se celebra ante la Autoridad Consular Española, "actuar en calidad de Notario, funcionario de R.C……siempre que no se opongan las leyes del Estado receptor" siempre que el Estado receptor del Cónsul Español no se opusiera a este matrimonio, al menos uno/a de ambos contrayentes debe ser español/a y estar domiciliado/a en la circunscripción territorial en que el Cónsul Español autorizante ejerciera su competencia. "(25)*

Sería, por ejemplo, el caso de matrimonio válidamente celebrado al amparo del Ordenamiento Español entre contrayentes del mismo sexo (homosexuales, lesbianas) en los que al menos una sea de nacionalidad o de origen musulmán , por ejemplo. También podría ser el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, de nacionalidad española y musulmana válidamente celebrado en un tercer país que admitiese esta forma de contraer matrimonio (matrimonio contraído en Francia o cualquier otro país donde sea legal el matrimonio homosexual, por ejemplo). Matrimonio este, que ya hemos dicho, jamás sería reconocido por un país musulmán. Por ejemplo el Ordenamiento Marroquí, (ni otro Estado musulmán) no reconocería capacidad nupcial a una persona para casarse con otra del mismo sexo independientemente de donde tenga lugar (artículo 14, párrafo primero, del Código de Familia Marroquí).(25)

Podríamos tener en cuenta diferentes posibilidades, como la de un matrimonio celebrado ante Autoridad Civil española en territorio español, entre dos varones musulmanes, dos mujeres musulmanas, un varón musulmán y un varón español, una mujer musulmana y una mujer española, un varón musulmán y un varón nacional de otro tercer Estado por ejemplo europeo, entre una mujer musulmana y una mujer nacional también de otro tercer Estado. *(25)*

Otra posibilidad a tener en cuenta es el "matrimonio celebrado ante la Autoridad Consular Española entre varón español y varón musulmán o mujer española mujer musulmana. Se trataría de un matrimonio civil celebrado ante el Encargado del Registro Civil Consular, está sujeto a tres requisitos esenciales:

• Uno de los contrayentes ha de ser nacional español siempre. Los Cónsules de España en el extranjero, carecen de facultades para autorizar un matrimonio entre dos extranjeros/as. Aún en el caso de querer contraer matrimonio en España, no pueden instruir el expediente previo a la celebración de matrimonio civil de dos extranjeros/as.

• Uno de los contrayentes tiene que estar domiciliado en la Demarcación Consular, pues si no, no tendría competencia para la celebración del matrimonio.

• El Estado receptor del Cónsul no debe oponerse a que éste celebre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo en su territorio. Debe ser legal en el Estado en cuestión. Letra M*…"Funciones confiadas por el Estado……que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga"…*

Estos matrimonios no serían admisibles por Estados musulmanes que profesen la religión islámica, a la hora de regular la institución del matrimonio según la tradición coránica. Se trata de actos claudicantes, válidos al amparo de uno de los ordenamientos en cuestión, en este caso sería el ordenamiento Español, pero radicalmente nulo o inexistentes al amparo de otro ordenamiento del cual es originario uno de los sujetos, en el caso que nos ocupa procedente de un Estado Islámico.

Tengamos en cuenta las consideraciones estrictamente personales, familiares y sociales de los cónyuges, puesto que el hecho de celebrar un matrimonio de esta naturaleza dependerá su eficacia jurídica no solo del Estado elegido para contraerlo sino del Estado donde deciden establecerse, pues puede darse el caso de que los legisladores tengan poca o ninguna competencia.*(25)*

Derechos de homosexuales y transexuales en países musulmanes

Vivimos en un mundo que cada vez está más globalizado, donde vemos día a día un devenir/acontecer de informaciones de cambios sociales diferentes dependiendo del lugar o país del planeta, la tecnología y sus avances a través de diferentes plataformas nos permiten conocer en el instante cualquier suceso en cualquier lugar del mundo. Así somos día a día testigos a través de los telediarios, de la prensa en general, los continuos sucesos y el hostigamiento y persecución que sufren homosexuales y transexuales. Países en su mayoría de origen musulmán practicantes del Islam que castigan amparándose en la legalidad, la homosexualidad por el mero hecho de su existencia, se trata de sociedades con grandes prejuicios culturales y morales ,donde la normalidad se traduce en una intolerancia ante una nueva tipología de matrimonios, relaciones Muore Uxorio, familias monoparentales….

Los principales grupos de inmigrantes en Canarias proceden de países de Iberoamérica y países musulmanes.

Según un estudio jurídico de la Universidad Complutense, Departamento de Historia del Derecho,… *"Entre las personas que, en los últimos años, han solicitado asilo, se encuentran personas homosexuales y transexuales procedentes de países islámicos. La mayoría, tras muchos meses de espera, obtiene un resultado que se les deniega la solicitud de asilo y muchos de ellos, una negativa previa a la admisión a trámite de dicha solicitud."*…***SAN Sección Segunda, Nº REC 232/2012, de 11/04/2013**, *"...el Ministerio de Interior deniega derecho de asilo y protección subsidiaria al recurrente originario de R.D. Congo y se fundamenta en la inexistencia de la persecución que alega para solicitar asilo. No acredita los hechos o de persecución invocada y agresiones por su convicción de homosexual. No aprecia existencias de las circunstancias previstas en los artículos 2 y3 de la Ley de Asilo y de la Convención de Ginebra de 1951 el recurrente manifiesta que su pareja fue asesinada y él ha sido objeto de amenazas. Es perseguido por estar acusado de homosexualidad y haber sufrido agresiones físicas que le han dejado cicatrices."... "Tampoco puede bastar para obtener la condición de refugiado las meras alegaciones de haber sufrido persecución por los motivos indicados cuando carecen de toda verosimilitud o no vienen avaladas"*. Éste Tribunal hace referencia a su vez a otras sentencias: STS de 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000 señalando*: "para la concesión del derecho de asilo no es necesario una prueba plena que el solicitante haya sufrido en su país de origen"...* Bastando que existan indicios suficientes según la naturaleza de cada caso" debe haber una prueba indiciaria con la finalidad de evitar la concesión automática del derecho de asilo cuando en un país determinado se produzcan trastornos sociales ausencia de protección de los derechos básicos del hombre etc.. Así se manifiestan también las sentencias STS de 21 de mayo de 1991 y 30 de marzo de 1993… Vemos esta manera, la necesidad de dar a conocer situaciones de mujeres que por su orientación sexual o identidad de género, también por su educación y cultura basadas en el Islam, no disponen de autonomía ni de posibilidades para plantearse un cambio en su vida personal. Proceden de países donde la homosexualidad no está en ninguna forma tolerada ni social ni jurídicamente.

*"....En **Arabia Saudí, Irán, Mauritania, Qatar, Sudán, Yemen y algunos estados de Nigeria**, las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo pueden llegar a castigarse con la pena de muerte. En otros muchos países, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son consideradas delito. **Gambia** penaliza la conducta homosexual como "delito antinatural" con condenas de hasta 14 años de prisión. **Senegal** condenó a dos hombres en agosto de 2008 a dos años de prisión por "matrimonio homosexual y actos contra la naturaleza" en **Marruecos,** un tribunal confirmó en enero de 2008 las condenas de hasta 10 meses de prisión impuestas a seis hombres declarados culpables de "conducta homosexual". En Egipto, 24 hombres fueron detenidos por práctica habitual de libertinaje; en 2008,20 de ellos fueron condenados a entre uno y tres años de prisión. La mayoría fueron obligados a someterse exploraciones anales para "demostrar" que habían tenido conductas homosexuales…." (**SAN Sección Segunda, Nº REC 232/2012, de 11/04/2013).***

Vemos en prensa a diario las violaciones de Derechos Humanos que muchas personas, entre ellas mujeres, homosexuales y transexuales sufren en diversos lugares o países musulmanes. El papel que desempeñan y su valoración actual tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por nuestra sociedad como por los de su origen.

La pregunta de rigor sería ¿existe protección de los derechos de los colectivos de lesbianas gais y transexuales amparadas bajo la legislación Islámica? Amnistía Internacional por ejemplo, año tras año da a conocer informes donde se denuncian las violaciones de Derechos Humanos entre las que podemos incluir persecuciones agresiones a personas tan sólo por su orientación sexual. Según Agustín Motilla, Catedrático de la Universidad Carlos III, en su obra "el Islam y Derechos Humanos" dice textualmente *"en el Islam, es extraña la idea de unos derechos del individuo por su naturaleza humana que han de ser respetados y tutelados por encima de otros principios y valores. Cualquier concepción de protección del individuo queda supeditada a principios superiores, como la salvación de las almas, la salvaguarda e integridad moral y doctrinal de la comunidad de creyentes".*

Todo ello se debe, según Agustín Motilla… *"a la consideración del Islam como una religión de ley, que limita la potestad de legislador humano a la vez que obliga a aplicar un derecho detallado en aspectos muy diversos en ramas del mismo como derecho político civil penal o mercantil".*

Los países musulmanes, se caracterizan estos por la variedad que tienen en cuanto a sistemas jurídicos ya no dependiendo solamente los países, sino de las escuelas doctrinales. Algunos de estos países han evolucionado en cuanto a sus sistemas jurídicos sirvan de ejemplo Marruecos Túnez, Turquía, en cambio existen determinados Estados fieles al tradicionalismo como es el caso de Arabia saudí, Afganistán, Irán, Sudán y Nigeria entre otros

Todos los Estados musulmanes no regulan de la misma manera los derechos de lesbianas, gais y transexuales, no hay ningún Código de Conducta que considere ni la defensa ni la protección de estos derechos, las legislaciones específicas de cada Estado tratan este asunto en términos de condena y castigo de un supuesto hecho delictivo regulado en los ordenamientos jurídicos como es el libre ejercicio de la orientación sexual, en resumen de obligaciones pero de ninguna manera, encontraremos estos derechos como tales.

Es necesario hacerse una pregunta, ¿los derechos de lesbianas, gais y transexuales son o no son Derechos Humanos? Sociedades como la nuestra donde existe una larga trayectoria en defensa de Derechos Humanos, sociedades sensibilizadas con la vulneración de los mismos, es ridículo plantearnos una respuesta, puesto que la pregunta está obviamente resuelta. En cambio existen países donde por el simple hecho de tener otra tendencia sexual, estos hechos no sólo son condenados por las autoridades sino las penas se ejecutan directamente en público. La sociedad musulmana es profundamente patriarcal, la mujer está confinada al rol de ser madre y esposa o un papel secundario de ser hija. Es normal que lesbianas y homosexuales musulmanes/as lleven una doble vida, estén casados y lleven en secreto su homosexualidad.

[...“*Para la sociedad islámica la homosexualidad equivale a una enfermedad y como tal hay que tratarla" jefe Ibraihm Sasur, diputado del parlamento israelí y miembro del Movimiento Islámico….,” En Arabia Saudí conlleva pena de cárcel y latigazos en cambio en Nigeria, la pena vigente es la lapidación. En el caso de Sudán, Somalia, Argelia y en Nigeria la homofobia es por imposición legal. Se castiga con hasta 14 años de cárcel las relaciones entre personas del mismo sexo.”*

…”En el caso de Egipto, en su legislación no contiene una referencia expresa a la homosexualidad, pero si incluye el término “licencioso” para aplicar a las relaciones entre personas del mismo sexo pero es significativo el contexto de prostitución masculina y homosexualidad masculina.”…

…”En Irán, este “delito, conlleva la pena de ahorcamiento. En cambio la situación es incierta para las mujeres”...

..”En muchos países islámicos, no se diferencia entre homosexualidad y transexualidad. Ambos son tratados de la misma manera. En países como Emiratos Árabes unidos, es posible incluso el uso de hormonas para aumentar la testosterona del organismo de los detenidos transexuales con el fin de contrarrestar un tratamiento anterior con hormonas femeninas siempre que los arrestados homosexuales, soliciten ayuda al departamento social del Estado”….

…”En Marruecos, también es un delito ser homosexual. El Código Penal equipara homosexualidad con prostitución y puede llegar hasta cinco años incluso de cárcel la pena por practicarla”….

Turquía no protege el derecho a determinar libremente la opción sexual.

Son todos estos, ejemplos del trato que se da a lesbianas, gais, transexuales.”…

…”La inmensa mayoría de las legislaciones de los países islámicos, se basan en sus argumentaciones en una interpretación condenatoria de rechazo absoluto a la homosexualidad. Ello se basa en una interpretación oficial del Corán, y en una sociedad tradicional fuertemente patriarcal heterosexual donde la única relación que tiene lugar es dentro del matrimonio.

…"Según Amnistía Internacional, 83 países del mundo condenan en su ordenamiento jurídico la homosexualidad. De estos, 26 son musulmanes, y siete justifican como pena la de muerte basándose en la Sharìa."…] *(27)*

Tenemos que tener en cuenta que las personas homosexuales, no sólo están perseguidas por los Estados y las diferentes legislaciones sino por sus propias comunidades y en concreto por sus propias familias. Si también hemos de tener en cuenta que la mayoría de las legislaciones no se diferencia entre homosexualidad y transexualidad, y que se refieren a las mismas como actos contra natura o contra la moral.

*`…"**Afganistán**-código penal 1976. Las relaciones homosexuales serán castigadas con la pena de muerte, que consisten desde arrojar a la persona de un tejado hasta la lapidación.*

***Arabia saudí**-se aplica la Sharìa. La homosexualidad es castigada con la pena de muerte. Se considera delito toda actividad sexual realizada fuera del matrimonio heterosexual. Las penas varían si el sujeto es nacional o extranjero, y van desde multas, castigos físicos, azotes, y cárcel en el primero de los casos y la deportación en el segundo.*

***Argelia**-artículo 333 y 338 del Código Penal, se castiga la homosexualidad con penas de hasta tres años de cárcel y multas entre 1000 y 10.000 dinares argelinos.*

***Bahréin**-artículo 377 del Código Penal, se trata de ofensas sexuales antinaturales, y conlleva una pena que oscila entre los 10 años de cárcel o la deportación durante 20 años en el caso de extranjeros. (Solo se pena la homosexualidad masculina)*

***Bangladesh**-artículo 377 Código Penal se castigan las relaciones carnales contra natura con pena de cadena perpetua o prisión hasta 10 años que incluirá multa.*

***Brunei**-se castiga con penas de hasta 10 años de cárcel y multa de 30.000 $ de Brunei.*

***Burkina Fasso**-la actividad sexual de carácter homosexual es legal.*

***Camerún**-artículo 347 del Código Penal, la homosexualidad conlleva una pena de entre seis meses a cinco años de cárcel y multas de hasta 200.000 francos Cameruneses.*

***Egipto** - la homosexualidad no es ilegal, pero las prácticas homosexuales se consideran ataques contra la moral y el orden público, se puede detener a una persona homosexual por el simple hecho de serlo aun sin haber cometido ningún acto sexual.*

La clase política suele solicitar la ejecución de los homosexuales o penas de prisión, llegando incluso a solicitar el internamiento en instituciones de salud mental.

Emiratos Árabes Unidos*-artículo 359 del Código Penal federal, se castiga tanto la violación con mujer como la sodomía con hombre con la pena de muerte.*

Gambia*-artículo 144 del Código Penal, los actos cometidos por cualquier persona que, tenga relación carnal con persona en contra del orden natural… Se considera delitos antinaturales En el presidente Yahya Jammed impulsó la aprobación de una nueva ley discriminatoria castigando la homosexualidad con penas que pueden llegar hasta la cadena perpetua. Hoy día se establece multa y prisión hasta 14 años.*

Ghana-*Ley 29 del Código penal, quien tenga conocimiento carnal contra natura puede ser castigado con pena de prisión no inferior a los cinco ni superior a los veinticinco años de cárcel.*

Guinea*-artículo 325 del Código Penal de 1988, la homosexualidad se castiga con penas de entre seis meses y tres años de prisión y multas de 100.000 a 1 millón de francos guineanos. La pena varía si el acto sexual se ha cometido con un menor de 21 años, se aplicará la pena máxima.*

Guinea Bissau*-artículo 70 y 71 del Código Penal de 1986, se consideran actos contra el orden natural, y la pena será enviarlos de 6 meses a 3 años a campos de trabajo.*

Gabón*-desde el año 2000 no condena legalmente la homosexualidad.*

Indonesia*- son las autoridades locales las que tienen el derecho a aplicar la Ley Islámica. El gobierno federal es laico pero muchos gobiernos provinciales aplican la Sharìa. Se penaliza solo en regiones donde se impone la Sharía.*

Irán*- desde la revolución de 1979, el Código Penal hace una interpretación restrictiva de la Sharìa. Todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio, heterosexual, son ilegales. Las relaciones homosexuales entre adultos consentidas en privado son delito se castiga con la pena de muerte. En cambio la homosexualidad femenina es incierta para las mujeres, si es consentida entre personas adultas está penada con 100 latigazos. La sodomía se considera probada tanto si una persona lo confiesa como por el testimonio de cuatro hombres buenos o justos. Según Amnistía Internacional en el año 2004 159 iraníes fueron condenados a muerte por este motivo. Irán es un Estado teocrático, sólo reconoce matrimonio heterosexual. Es curioso como la transexualidad si está permitida. Legalmente se aprobó en 1983, y son legales las operaciones de reasignación de sexo.*

Irak*-el Código Penal en su modificación del año 2003 reconoce la ilegalidad de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Pero en ningún artículo se coge taxativamente la condena a la homosexualidad, tal es el caso del artículo 401 y 402 que hablan de actos y actitudes de relaciones entre iguales (podemos interpretar que se trata de relaciones homosexuales).*

Kenia*-artículos 162 a 165 del Código Penal las relaciones entre hombres por ser antinatura, con condenas de prisión de cinco a 14 años. Es curioso cómo no se nombra a las relaciones entre mujeres.*

Kuwai*t-se castiga las gracias sexuales entre hombres con penas de hasta siete años de prisión cuando sean mayores de 21 años. Si son menores de esta edad, la pena conllevará hasta 10 años de prisión. No existe legislación para la transexualidad.*

Libia*- artículo 408 del Código Penal, las relaciones homosexuales son actos lascivos, con penas que oscilan entre 3 y 5 años de prisión.*

Líbano *-artículo 534 del Código Penal. Prohíbe las relaciones homosexuales entre hombres. Entre mujeres no son ilegales debido al hecho de que no requieren penetración.*

Mauritania*-artículo 308 del Código Penal de 1984, su artículo 308 castiga con la pena de muerte por lapidación pública la homosexualidad masculina. La homosexualidad femenina según el artículo 306, establece penas de tres meses a dos años de cárcel y una multa de 5000 a 60.000 U. M.*

Malí*- la homosexualidad no está tipificada. Pero si existe el delito de indecencia pública que se castiga con pena de multa y prisión de tres meses a dos años.*

Maldivas*-la homosexualidad está castigada en la Sharìa de forma diferente para hombres que para mujeres. Para los primeros la pena es el destierro entre nueve meses y un año y de 10 a 30 latigazos. Para las mujeres la pena es el arresto domiciliario entre nueve meses y un año. En el Código Penal no está tipificada la homosexualidad. Hoy día solo está penada la masculina.*

Marruecos*-artículo 489 del Código Penal, la homosexualidad está penada con penas de seis meses a tres años de cárcel y multas entre 120 y 1200 dirhams.*

Mozambique*-artículos 70 y 71 del Código Penal condena los actos cometidos contra natura. Así la homosexualidad es ilegal su práctica se castiga con penas de hasta tres años en instituciones de reeducación, si el comportamiento se considera aberrante puede conllevar trabajos forzados.*

Níge*r-la homosexualidad es legal salvo que su práctica sea con un menor de 21 años en cuyo caso será castigado con una pena de tres meses a tres años de prisión*

Omán*-artículo 223 del Código Penal de 1974, los actos lésbico u homosexuales, si causan molestia pública, serán castigados con penas de seis meses a tres años...*

Pakistán*-artículo 377 del Código Penal de 1860 considera la homosexualidad como un acto contra el orden natural. En 1990 la legislación civil es la que castiga con penas de hasta dos años de prisión a personas homosexuales, pena que puede llegar hasta 100 latigazos o muerte por lapidación. Hoy día se establece la cadena perpetua.*

Qata*r-artículo 201 del Código Penal, condena la homosexualidad entre adultos con penas de hasta cinco años de cárcel. A los extranjeros no se les suele aplicar estas penas.*

Senegal*-artículo 319 del Código Penal de 1996 considera contra-natura las relaciones homosexuales y están prohibidas. Conlleva pena de prisión de uno a*

cinco años y multa de 100.000 a 1 millón 500.000 francos franceses. Si el acto se comete con un menor de 21 años con lleva la pena máxima.

***Sierra leona**-el artículo 61 del acta de ofensas de 1861 establece cadena perpetua para la sodomía y el lesbianismo.*

***Siria**-artículo 520 del Código Penal de 1949. Las considera relaciones contra natura castigadas con penas de hasta tres años de cárcel.*

***Somalia**-artículo 409 del Código Penal, las relaciones homosexuales conllevan penas de encarcelamiento de tres meses a tres años. Hoy día en regiones bajo la Sharía de 3 meses a 3 años pudiendo llegar a pena de muerte.*

***Sudán**-artículo 148 del Código Penal de 1991 "cualquier hombre que inserte su pene o equivalente dentro del ano de una mujer u hombre o permitiera a otro hombre que le inserte su pene o equivalente, en su ano, comete sodomía".*

Quien la cometa por primera vez conlleva una pena de 100 latigazos y cinco años de prisión. Si el sujeto es reincidente lo comete por segunda vez la pena será de 100 latigazos y hasta cinco años de cárcel. Si existe una tercera vez será castigado con cadena perpetua o pena de muerte.

***Túnez**-artículo 230 del Código Penal de 1913, modificada en 1964, la homosexualidad conlleva pena de hasta tres años de cárcel.*

***Turquía**-las relaciones homosexuales en privado por adultos no son delitos.*

***Uganda**-artículo 140 del Código Penal la homosexualidad se considera contra natura, conlleva una pena de cadena perpetua.*

***Yemen** -artículo 264 del Código Penal. Diferencia entre la homosexualidad entre solteros cuya pena es de 100 latigazos o hasta un año de cárcel. Si uno o de los varones es casado conlleva lapidación hasta la muerte. La homosexualidad femenina se castiga con pena de hasta tres años de prisión.*

***Zaire**- no se tipifican las relaciones homosexuales"…(27)*

Hemos comprobado a lo largo de éstos dos estudios mencionados, como la homosexualidad tiene un estatus legal muy diferente dependiendo del país que se trate. En la mayoría de los países musulmanes actuales, es un delito, las penas que se imponen son totalmente dispares, siendo por ejemplo Arabia saudí, Irán, Nigeria, Somalia, Sudán, Yemen países donde se impone la pena de muerte en ejecución pública. Pues en los países musulmanes se mantiene la convicción de que estas leyes son necesarias para preservar la moral y la virtud islámica. En Egipto no está regulada la homosexualidad pero sí se condena pues atenta la moral pública. En Jordania la homosexualidad es tratada como un atentado al honor, y por lo tanto son víctimas de crímenes de honor.

*S*ólo unos pocos países de origen musulmán, han firmado la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de Naciones Unidas de 2008.En países como Benín, Burkina Faso, Costa de Marfil, Guinea Bissau, Mali, Níger, República democrática del Congo, Gabón, República del Congo, Yibuti, Ruanda, Mozambique …hemos visto en el anterior apartado que la homosexualidad podría entenderse dentro de la legalidad pues han firmado la declaración de Naciones Unidas, en cambio países como Ghana Sierra Leona (la homosexualidad es ilegal y para las mujeres por ejemplo en Kenia no se nombra), Nigeria (no es ilegal para las mujeres en regiones que no están bajo la Sharía), aunque sigue siendo ilegal, sólo la consideran no ilegal o la ignoran si es femenina. Así vemos una muestra de que la legislación no es homogénea pues cada Estado la regula de forma diferente, siendo todos musulmanes se legisla de forma heterogénea.

4.2.2. Impedimento de consanguinidad

Se trata de un impedimento de carácter permanente. Se incluyen las relaciones de parentesco legal, de sangre en sentido estricto, incesto y lactancia.No pueden casarse personas cosanguíneas en cualquier grado, tanto ascendientes como descendientes en la línea colateral, ni hermanos y tíos de hermanos o sea, tíos y sobrinos. Hay un impedimento consanguíneo vertical y colateral. (Corán AZORA IV, LAS MUJERES.Versículo 1) (9),.

4.2.3. Impedimento de lactancia.

Por lactancia, o también denominado **parentesco de leche.** En el mundo islámico se protege mucho a la infancia. La lactancia es muy importante en el Islam, de hecho está prohibida la lactancia artificial. Si una mujer por cualquier circunstancia no puede amamantar a sus hijos, lo hará una Naya o nodriza. Así, el niño amamantado durante los 24 primeros meses de vida por la nodriza se considera de alguna manera como su hijo (8**).** En cuanto a la lactancia, el hombre no puede casarse con las hijas, hermanas ni sobrinas de la mujer que lo amamantó (nodriza), la mujer no puede casarse con quién todavía es o ha sido marido de su nodriza aunque haya sido repudiada y no este casada, ni con sus descendientes en cambio sí puede contraer matrimonio con los ascendientes y hermanos de ésta la nodriza en cambio no puede contraer matrimonio con el que amamantó, ni con su padre y descendientes.

Tampoco se pueden casar aquellas personas varones o mujeres amamantadas por la misma mujer. (Hermanos de leche), aunque no sean hermanos consanguíneos.

La nodriza se ve afectada por el impedimento con respecto al amamantado, también con el padre y descendientes del amamantado.

4.2.4. Impedimento de disparidad de religión, (herencia religiosa).

La religión es un impedimento cuyo contenido es diferente para el hombre y para la mujer. Es más restrictivo desde el punto de vista de la mujer que del hombre. El hombre si puede contraer matrimonio con una mujer de otra religión (cristiana- judía). En cambio la mujer sólo puede contraer matrimonio con un musulmán Si una mujer cristiana se casa con un musulmán, no está obligada a convertirse al Islam. Pero hay que tener en cuenta que los hijos serán todos educados en la religión islámica. Los hijos son o pertenecen al padre, nunca a la madre todo ello se basa en la influencia que ha de ejercer el marido sobre la mujer en el terreno espiritual, en cambio la mujer musulmana tiene su razón de ser en sus hijos, estos deberán ser educados en base a la religión que profesa el padre.

Se trata de un impedimento de notable importancia el hecho de que al menos uno de los contrayentes fuera musulmán y el otro contrayente extranjero no musulmán, dicho de otro modo, practicante de otra religión. Una musulmana no puede casarse con un cristiano salvo que éste se convierta al Islam entonces sí se puede contraer matrimonio.

El artículo 39 del Código de Familia Marroquí de 2004, en su capítulo dos relativo a los impedimentos temporales,… "prohíbe el matrimonio de una musulmana con un hombre de otra confesión religiosa y el matrimonio de un musulmán con una mujer de otra confesión religiosa excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del libro (cristiana o judía fundamentalmente)".

Por el contrario, el matrimonio ante Autoridad española entre un musulmán y una no musulmana y viceversa, puede ser válidamente celebrado aunque no fuera reconocido en el país de origen, vemos de nuevo otra situación claudicante. (*RDGRN de 10 de junio de 1999, Es válido el matrimonio contraído entre ciudadana de nacionalidad marroquí y ciudadano alemán ante juez español. Se recurre a la excepción de Orden Público, se rechaza de pleno la normativa del ordenamiento jurídico marroquí, pues según ésta, la mujer musulmana no puede casarse con varón no musulmán (si al contrario), con ello se vulneraría el Ius nubendi de la mujer lo que a su vez afectaría al principio de libertad religiosa, artículos 14,16 y 32 de la Constitución Española).* *(66)*

4.3. Dispensa de impedimentos.

Por un lado el estudio se centra en la competencia de las Autoridades para otorgar dicha dispensa y por otro lado en determinar qué Ordenamiento jurídico es el aplicable a la dispensa de los impedimentos en matrimonios internacionales.

En cuanto al primer punto, la competencia de las Autoridades para otorgar la dispensa, España es parte del Convenio de París de 10 de septiembre de 1964, en el seno de la Comisión Internacional del Estado Civil. *(*BOE nº 16 de 19 de enero de 1977).Marruecos no. Este Convenio tiende a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero (Exposición de motivos).Así el nacional/súbdito (artículo 6) de un Estado parte que contrae matrimonio en otro Estado con residencia habitual, puede obtener la dispensa de impedimentos bajo las condiciones de su ley personal por parte las autoridades del Estado de residencia (artículo 1). Los Estados deben formar parte del mismo Convenio. Si esto no fuera así acudiríamos al de Derecho Internacional Privado para buscar una solución sobre la autoridad competente para la dispensa de los impedimentos. En nuestro sistema podemos considerar la existencia de un vacío legal sobre este particular aunque se puede dispensar a nacionales españoles y a ciudadanos extranjeros siempre que estos residan habitualmente en España o soliciten a las autoridades españolas tal dispensa porque quieren contraer matrimonio en España.

A la hora de determinar cuál es el Ordenamiento aplicable para la dispensa de los impedimentos en matrimonios internacionales, la regla general de nuestro D.I,Pr.es la nacionalidad del individuo/a (artículo 9.1 del C.C.). Así la Autoridad competente para valorar ésta dispensa aplicará el "Ordenamiento determinado por la nacionalidad del contrayente" y será quien determine el carácter dispensable o no de los impedimentos y sus efectos y la legitimación activa. (25)

5. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Se trata de un requisito imprescindible para la validez del matrimonio, en el matrimonio islámico existe el doble consentimiento matrimonial, por un lado el de los propios contrayentes y por otro es el tutor o Wali es obligatorio para la mujer. El varón acepta la oferta de una forma directa en cambio la mujer necesita la mediación del tutor para expresar su consentimiento. (8**)**

En 1993 en Marruecos, por ejemplo, hubo una reforma con respecto al consentimiento de matrimonio, en ésta se revoca todo el derecho de coacción

matrimonial que se pudiera ejercer sobre la mujer,(3) en el caso concreto que nos ocupa sobre la hija. Pero es en el nuevo texto del año 2003 donde contiene que el Wali (tutor) no tiene un derecho de coacción matrimonial. Así para que el acta de matrimonio sea válida deberá estar sancionada por dos Adules (notarios tradicionales) y la firma de la de la esposa en el resumen de éste acta.

La representación de la novia depende de la relación que guarda o que tiene con el Wali, también depende de la condición personal de la novia. Las mayores facultades las tendrán el padre o el abuelo de la novia y sobre todo cuando no haya perdido su virginidad, también ocurre lo mismo con las menores cuando obtengan una edad en la que resulta difícil creer que pueda realizar un matrimonio convenido. Formalmente no se permite el consentimiento matrimonial en contra de la voluntad de la mujer, formalmente. El consentimiento de la mujer es necesario y el acuerdo tiene que ser firme, no puede realizarse el acuerdo bajo una condición suspensiva. (8)

Existen Códigos de Conducta que rompen con esta incapacitación, excepción Marruecos. Tras la reforma de 1993, sí concede como excepción la actuación del Wali.

Hay países, cuyos Códigos de Conducta ya no exigen como requisito necesario para contraer matrimonio la figura del Wali, es el caso de Irak, Líbano, Jordania, Siria y Túnez. En estos países es potestativa la figura del Wali o tutor. No existe problema en celebrar o contraer matrimonio sin el requisito del tutor matrimonial, mientras que sí lo es en países malekíes como son Argelia, Mauritania, Marruecos (con la excepción de la reforma de 1993) Libia, Omán, Sudán y Yemen (en la población suní).

Siguiendo con el ejemplo de la legislación marroquí, una cosa es el consentimiento y otra la expresión del mismo, el Wali o tutor matrimonial, era el encargado de representar a la mujer cuando se concierta un matrimonio y expresar su consentimiento. Esta institución, o figura, tenían su origen en la división sexista propia de la sociedad musulmana tradicional. Prevalecía la idea de que la mujer no podía expresar personalmente su consentimiento, esto es, la competencia a la hora de pactar el contrato de matrimonio del tutor matrimonial o Wali. Así vemos cómo la mujer estaba obligada a delegar en él. Esta institución se ha visto modificada, o actualizada, en la reforma 10 septiembre de 1993, y actualizada en 2003, en consecuencia la tutoría en el matrimonio se ha convertido en un derecho de la mujer, se reduce un requisito formal puesto que la mujer mayor de edad puede encargar esta tarea a un hermano, a su hijo, a cualquier familiar. Incluso la reforma va más allá hasta el punto de permitir a la mujer que pueda concertar ella misma su matrimonio sin la obligación de delegar en nadie

Artículo 24 nuevo texto de la Mudawana "la tutoría del matrimonio es un derecho de la mujer, lo ejercerá la mayor de edad su elección de interés" y el artículo 25 añade "la mayor de edad podrá concertar ella misma su matrimonio o hacer que la represente su padre". Por tanto, lo primero que se recoge en cuanto al matrimonio, es que ellos designan un tutor en cuanto a capacidad nupcial, capacidad legal para contraer matrimonio.

Uno de los problemas de la cultura islámica (también de la hindú) es que previamente, los padres conciertan los matrimonios de sus hijos, aunque no es lo normal o general, pero sí existe muchos países musulmanes. Después vienen las crisis, y los repudios en la pubertad.

En la escuela Malikí la ausencia de testigos no invalida el matrimonio pero casi siempre se exige un Wali, una ceremonia religiosa y, además, no es necesario que se encuentren el mismo lugar los contrayentes. Lo importante es que se realice ante un Wali. Así se puede concertar un matrimonio sin que esté presente uno de los contrayentes, ya que la mujer en lo relativo al consentimiento, puede delegar en su tutor o Wali. La presencia de los testigos es necesaria en la celebración del matrimonio coránico, aunque se admiten excepciones pues no existe unanimidad en todos los Estados, como ocurre en algunos Estados sunníes, en los que no es necesaria la presencia de los mismos.

Por un lado las partes tienen que consentir el matrimonio, tanto contrayente como representante de la mujer o Wali. Esto es lo normal el matrimonio islámico puro y duro. Por otro lado la mujer puede contratar por sí misma siempre y cuando tenga capacidad administrativa de sus bienes o esté autorizada por su Wali.

El consentimiento matrimonial de una persona extranjera en principio se rige por su propia ley personal. (Art 9.1 CC)El hecho de que la ley musulmana determine la necesidad de que el consentimiento prestado por la mujer deba ser expresado a través de su tutor o representante no debe ser considerado siempre contrario al Orden Público. Nuestro Ordenamiento Jurídico, (español) admite que el consentimiento matrimonial puede ser expresado en el momento de la celebración del matrimonio por un apoderado, es lo que se denomina matrimonio por poderes. Aunque se establecen condiciones ya que el poder no puede ser cualquiera, tiene que ser un poder especial, tiene que especificar la persona con la que ha de celebrarse el matrimonio sin que quepa duda

alguna sobre su identidad. Que la poderdante resida habitualmente fuera del distrito o demarcación del juez autorizante y que asista personalmente el otro cónyuge. (8)

> *"uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado, a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente*…."(Artículo 55CC párrafo primero)
>
> *"….. Las modalidades del matrimonio por poder no afectan a las condiciones de fondo del enlace regidas estas por la ley nacional de cada contrayente sino a las condiciones de forma reguladas por la lex loci…" (RDGRN 29 de mayo de 1993)*

No se aplicará el Orden Público Internacional si a la hora de contraer un matrimonio queda demostrado de forma contundente que el consentimiento es real y no fingido, que ha sido emitido de forma libre y voluntaria sin ningún tipo de coacción, aunque por obligación o mandato de la Sharìa, éste consentimiento es emitido por el Wali en el mismo acto de la celebración.

Cuando se trata de una mujer de clase muy alta, ella por sí misma puede concertar el matrimonio sin necesidad de un tutor matrimonial, sin embargo en caso de tenerlo será él quien autorice a concertar el matrimonio. Esto sucede con frecuencia en Arabia Saudí, Qatar, Emiratos Árabes, donde existen mujeres con un muy alto standing.

No olvidemos el clasismo que existe en la práctica en los Estados musulmanes, (hablamos de derecho y sociedad no de religión), no es como sucede en la India con las castas o clases sociales, Así según la riqueza que posea la mujer o su familia, pertenecerá a una u otra clase social, y al fin y al cabo es lo que elevará su libertad, rango y posición social. Tanto la escuela Hambalí como la Malekí, exigen el consentimiento de la mujer, cuando el que contrate el matrimonio sea la autoridad, sea el abuelo paterno o el padre, ellos se limitan a expresarlo, al menos formalmente. Por tanto en países como Marruecos, Mauritania, Argelia, Kuwait... en estos países es necesario el consentimiento.

5.1. Simulación o fraude, matrimonios de complacencia o de conveniencia, "Matrimonios Blancos"

Este tipo de matrimonios también llamados de complacencia, son una realidad social y su número es creciente en nuestro país., Estos enlaces se celebran a cambio de

precio, un sujeto normalmente extranjero/a que a cambio del pago de un precio o cantidad a otro sujeto ciudadano/a español/a para que acceda a contraer matrimonio. Previo acuerdo o condición de que nunca habrá convivencia matrimonial ni marital, ni voluntad de formar una familia. Pasado un tiempo previamente determinado se instará el procedimiento de separación o divorcio. (INSTRUCCIÓN 31 de enero de 2006 DGRYN El propósito es un claro fraude a la ley, …"el matrimonio es un negocio puro"… (17)"*la condición término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta* "(Art 45 CC) y es el de beneficiarse de alguna manera de la institución matrimonial como puente a obtener la nacionalidad española. No existe un verdadero consentimiento matrimonial, no son matrimonios, son negocios jurídicos simulados, aparentes, pues …"*el consentimiento matrimonial es simulado, as parte lo prestan en forma legal pero excluyen deliberadamente los fines propios y específicos del matrimonio*"…(RDGRN3-1,22-2,6-6,2000) (17), es un medio con el cual poder obtener de manera acelerada en claro fraude de ley las ventajas que brinda cualquier matrimonio, nacionalidad española, la residencia legal, lo que conlleva a la posibilidad de obtener la reagrupación familiar.

No podemos pensar que los matrimonios entre españoles/as y extranjeros/as son en su mayoría matrimonios de complacencia o de conveniencia por el mero hecho de haberse celebrado entre ciudadano/a español/a con ciudadano/a extranjero/a. Según STSJ Madrid 833/2010 de 1 de octubre…" *la existencia de fraude de ley solo podrá apreciarse cuando éste conste de manera inequívoca……que excluya cualquier duda razonable"…*

El objeto de este tipo de matrimonios es obtener beneficios en materia de nacionalidad y extranjería, (INSTRUCCIÓN 31 de enero de 2006 DGRYN) bien logrando un permiso de residencia en España *(el /la extranjero/a extracomunitario/a cónyuge de ciudadano/a español/a tiene derecho a residir en España siempre y cuando no estén separados de derech…, para ello no es necesario que tengan "un vínculo de convivencia estable y permanente con su cónyuge" (28)* Logrando la reagrupación familiar o logrando de un modo rápido la nacionalidad española.

Normalmente, en virtud de la normativa en extranjería, los/las extranjeros/as para obtener la tarjeta de residencia con carácter renovable necesitan el visado de residencia. Pues bien si los/las extranjeros/as están casados/as con algún/a español/a no necesitan este documento para obtener la tarjeta de residente siempre y cuando no se encuentren separados/as de derecho y por supuesto divorciado/as. Estos/as no necesitarán demostrar la convivencia en España al menos durante un año (28) (29)

> *"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". (30)

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, hace incidencia en el contenido punto 2 establece los supuestos o indicios que permiten que se presuma que un matrimonio es presuntamente fraudulento:

"…Cuando a partir de las declaraciones de los interesados o terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos u obtenidos durante una investigación se detecta:

- *El no mantenimiento de la vida en común*
- *Ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio*
- *El hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio*
- *El hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo, sobre las circunstancias en las que se conocieron, o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos.(17.4)*
- *El hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos.(17.4)*
- *El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal).*
- *El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia."……*

Para que exista un verdadero matrimonio, el consentimiento no debe ser cualquiera, sino un consentimiento matrimonial dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos específico de esta institución, *"….el matrimonio simulado, se caracteriza porque el consentimiento emitido por una o por ambas partes, es emitido en forma legal pero mediante simulación…. sin la voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la ley…"* *(INSTRUCCIÓN RGRN 31 de enero de 2006 Regla IV)*

Sentencias como *SAN de 31/01/2013 Nº R 367 /2012, S. TS de 5-7-2006 Nº R 4414/2002"…* Entre otras, pone en evidencia especialmente desde 1995 la existencia de este tipo de matrimonios en nuestro país y los problemas que ello conlleva pues esta simulación genera a su vez una nulidad matrimonial que impide que se pueda inscribir

ese matrimonio en el Registro Civil Español. Se trataría de una nulidad insubsanable/plena, por lo que no cabe convalidación ni por el transcurso del tiempo ni por confirmación artículos 45 y 73 C.C

> *… "Estos matrimonios de complacencia son falsos matrimonios. No son válidos, sino nulos de pleno derecho, porque estos matrimonios de complacencia alteran el sentido de la institución matrimonial, no hay verdadera voluntad de constituir un matrimonio como unión conyugal y comunidad de vida entre los esposos dirigida a formar una familia…."(INSTRUCCIÓN DGRN 31 de enero de 2006.Regla IV, 2º párrafo)*

Este tipo de matrimonios aunque no dejan de ser fraudulentos, pues este tipo constituyen un fraude, se pueden considerar también como un medio a través del cual se intenta eludir la aplicación de la norma y a la vez se produce un fraude a la norma de extranjería o nacionalidad. La DGRN en la INSTRUCCIÓN del 9 de enero de 1995, (32**)** afirma:

> *…"Hay muchos motivos para sospechar que por medio de éstos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros. ….han de extremarse las garantías formales y materiales para que el encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia, su propósito no es simplemente en claro fraude de ley el de beneficiarse de las consecuencias legales de las institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y es en rigor nulo por simulación."*

El matrimonio visto así puede ser considerado como instrumento o medio con el que poder eludir los fines que caracterizan a la institución matrimonial pero valiéndose de esta institución para así poder acogerse a otras normas que resulten más favorables a un fin particular.(17.4)(facilitar la entrada, obtener nacionalidad…)

Características:

- *…"Alteran el sentido de la institución del matrimonio, pues no hay verdadera voluntad de constituir un matrimonio como unión conyugal y comunidad de vida"…*
- *…"Potencian el fraude a la a norma sobre nacionalidad y extranjería (resolución del Consejo de la Comunidad Europea 4 de diciembre de 1997).*
- *…"Fomentan la inmigración ilegal propician la entrada en España de sujetos que evitan las restricciones a la entrada , estancia y residencia"…(33)*

Por otro lado nos encontramos con el respeto al Ius Connubii, o el derecho a contraer matrimonio libremente, derecho fundamental, recogido en nuestra Constitución derecho que puede verse lesionado si se sanciona con la nulidad a todo matrimonio sospechoso de ser un *"matrimonio fraudulento".(34)*

En materia de nacionalidad el Código Civil de 1982 (35) establecía que bastaba un año de residencia para iniciar el Expediente de Naturalización para que el casado con español o española. El vínculo no se consideraba requisito imprescindible en momento de la solicitud .Se admitía el plazo de un año de residencia y establecía la sanción de privación de nacionalidad en los supuestos de falsedad ocultación o fraude. Con la reforma por ley 18/1990 de 17 de diciembre, 1990 en materia de nacionalidad (43), el legislador sigue conservando la exigencia de un año de convivencia conyugal pero rectifica con la finalidad de evitar los matrimonios de conveniencia, añadiendo la exigencia de la ausencia de separación legal o de hecho durante este tiempo. "La DGRN valora de alguna manera la convivencia anterior y posterior a la celebración del matrimonio aunque se vea limitado a unos pocos días o haya tenido una duración más prolongada en el tiempo"….(42) La convivencia de los cónyuges, se puede acreditar de diferentes formas, bien "las declaraciones de ambos contrayentes que no se contradigan"(42) (INSTUCCION DGRYN de 31 de enero de 2006 Regla VII, letra a), …"también puede certificado de empadronamiento".. (no residencia) donde tengan su domicilio, "el nacimiento de un hijo común"…,(42) pueden ser todos ellos indicios que acrediten una convivencia. Así de acuerdo con la RDGRN de 15 de junio de 1999, "…*el hecho de que la contrayente estuviera ilegal en España no es por sí solo motivo determinante para presumir el fraude, sino todo lo contrario, pues puede entenderse que la convivencia ha existido previamente al matrimonio*…" (42) no por el mero hecho de encontrarse en una situación administrativa irregular implica no poder justificar una convivencia pues esta situación no impide por ejemplo empadronarse en un municipio determinado, con lo cual se puede justificar a través de un certificado de convivencia o de empadronamiento el hecho de la existencia de una convivencia previa. Si bien el primero de éstos certificados sí puede justificar la convivencia de una persona determinada en un domicilio determinado con otra persona, en cambio el segundo, el de empadronamiento no llega a justificar una convivencia como tal. La DGRN se muestra partidaria de no calificar la situación administrativa irregular de un/una extranjero/a en España como indicio suficiente para la existencia de una simulación, esto puede entenderse como que ha podido existir convivencia durante este periodo de tiempo. (*RDGRN 15 de junio de 1999).* Por otro lado se sanciona con la nulidad de los matrimonios simulados *(INSTRUCCIÓN DGRN 31 de enero de 2006.Regla IV,* ,artículos 45.1 y 73 C.C) y consecuentemente de la adquisición de la nacionalidad con carácter retroactivo, si el interesado ha incurrido en falsedad ocultación o fraude en la adquisición de la misma y así consta en sentencia firme.

Las creencias religiosas no deberían ser a priori calificadas como motivos para rechazar la autorización de un matrimonio civil. Puede darse el caso de que el/la contrayente manifieste que su intención real es un posterior enlace matrimonial sujeto a

la Sharía con la misma persona y que reconozca a este segundo enlace como el verdadero en función de su credo, (37) podríamos pensar que esto lo que hace es confirmar la verdadera voluntad como creyente del compromiso asumido. Por otro lado no es de extrañar que una vez contraído matrimonio civil en España, ambos cónyuges aplacen la vida en común y la convivencia pues sus creencias se lo impiden, hasta contraer un posterior matrimonio sujeto al rito coránico. La Sharía y la mayoría de los Códigos de Conducta establecen que la mujer debe llegar virgen al matrimonio, y no aprueba las relaciones prematrimoniales, ni mucho menos parejas de hecho. Los sujetos pueden estar casados ante el ordenamiento jurídico español, pero esto no implica que este matrimonio despliegue efectos ante la Sharía. Todo ello no es motivo para apreciar una simulación sino todo lo contrario es motivo para apreciar una actitud seria y responsable del compromiso matrimonial.

En materia extranjería la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, establece condiciones para adquirir la residencia en España por causa familiar tanto de él como sus familiares con él reagrupados en el artículo 17.a :

- Ausencia de separación de hecho o de derecho de los cónyuges.
- Ausencia de fraude de ley en la celebración el matrimonio.
- En base a una concepción monogámica del matrimonio, la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge (aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial, es el caso de sujetos musulmanes, para los cuales la poligamia está establecida legalmente). (excepción de orden público).
- El extranjero/a residente que se encuentra separado/a de su cónyuge y casado/a en segundas o posteriores nupcias, deberá acreditar las disoluciones (separación/divorcio/nulidad ,107 C.C.) de anteriores matrimonios, tras un procedimiento jurídico firme o definitivo en el cual fije la situación del/de la cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a vivienda común, pensión al cónyuge y alimentos para menores dependientes. (38)

Tratamiento del matrimonio de conveniencia

No cabe duda que la exigencia del libre y pleno consentimiento, basado en la declaración de voluntad como condición para la unión con el título provisional celebración del matrimonio, es un elemento básico, y debe ser establecida tanto en el derecho Internacional como nuestra legislación positiva (39)

Por tanto es necesario determinar qué ley es la aplicable al consentimiento matrimonial pues existen diferencias insalvables entre algunos Ordenamientos Jurídicos en referencia al consentimiento y vicios de los que pueda adolecer. (Países musulmanes)

El Derecho Internacional Privado, a la hora de afrontar estos casos, remite a la aplicación del artículo 9.1 del Código Civil, es la ley personal aplicable o la ley nacional de los intervinientes en un proceso, en nuestro caso nos referimos a los contrayentes, será ésta la que debe pronunciarse acerca de si hay o no verdadero consentimiento matrimonial.. *(40) (66)*

STSJ de Madrid (contencioso administrativo) de 16 de marzo de 2006. Se recurre vía contencioso administrativa la resolución del Consulado Español en Casablanca (Marruecos, de 15 de mayo de 2002 en la que se deniega al recurrente de nacionalidad marroquí el visado de residencia por matrimonio que había solicitado. Don XXXX contrajo matrimonio con española en 1994 obteniendo separación judicial en 1997. No tuvo divorcio hasta 1999. Contrajo segundo matrimonio en Marruecos en el año 1998. (Todavía no había sentencia de divorcio, sólo de separación, aun así no ha sido objeto de declaración de nulidad alguna, teniendo por tanto total eficacia)

En este caso, "… la actora, (segunda esposa), es la esposa de un residente legal y por ello solicita el visado de residencia para reunirse con su esposo en España. La administración española deniega el visado por considerar que el primer matrimonio del esposo de la hoy actora fue un matrimonio de conveniencia y por haber contraído matrimonio con la actora cuando todavía no se encontraba divorciado...".

“.La administración realiza una interpretación un tanto amplia del precepto aplicable en cuestión (Ley Orgánica 4/2000 artículos 25.2, y 27.6. ".. Su denegación deberá ser expresa y motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar."). Este recurso se estima en base a la Doctrina del TS "la protección a la familia y los deberes de los cónyuges producen efectos civiles desde el momento de contraer matrimonio..." "….. Cualquier precepto que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado para dispensar del visado de residencia".

Se trata de un claro ejemplo en el que la aplicación escrupulosa y taxativa de la ley puede dar lugar a efectos no deseados. En el llamado matrimonio de complacencia la falta de verdadero consentimiento matrimonial lo hace indudablemente nulo y por tanto inexistente. (41) La lucha contra el matrimonio de conveniencia, puede y debe tener a priori políticas de prevención disuasorias que disipen la intención de celebrar éste tipo de matrimonios, y a posteriori, impidiendo su inscripción cuando ya se ha contraído.

La DGRN adopta una postura bastante peculiar en cuanto al trato dado a este tipo de matrimonios.

Hay que diferenciar "dos tipos de control registral a cargo de los Encargados del RC y los Jueces de Primera Instancia con funciones registrales. Así existe un control previo registral a través de la tramitación del expediente previo para la autorización de la celebración del matrimonio y el control registral posterior a la celebración del matrimonio previo a la inscripción del matrimonio en el RC competente" (17.4)

*Por un lado la DGRN plantea una **actitud preventiva**,).(25),(42),(67) así para evitar la celebración de matrimonios de complacencia, se elaboró la Instrucción de la **DGRN de 31 de enero de 2006 y de 9 de enero de 1995** sobre expediente previo a la celebración del matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. Ambas está orientadas a "evitar e impedir la celebración de éstos matrimonios de complacencia a través de la negativa del encargado del Registro Civil a la celebración cuando no haya duda razonable de la existencia de un matrimonio simulado o la impugnación de éste por parte del Ministerio Fiscal"(42)*

Cuando uno de los contrayentes tiene nacionalidad española, la celebración del matrimonio exige, un expediente previo por parte del Encargado del R.C. para poder acreditar la capacidad nupcial y la intencionalidad. Así el artículo **246 RRC** prevé que el trámite de audiencia de ambos contrayentes sea por separado como "*medio para apreciar obstáculos*". Este trámite se realiza de modo reservado de forma independiente con respecto a ambos cónyuges, *"interrogatorio bien encauzado para descubrir intención fraudulenta"*. (INSTRUCCIÓN 31 de enero de 2006 DGRYN). En la **RDGRN de 9 de enero de 1995 3ª**,(69) se recoge *que "existe un trámite esencial del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente , como lo es la audiencia que el Instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse la inexistencia de impedimento de ligamen o cualquier obstáculo legal para la celebración "...(42)"puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes...*Todo ello con la única finalidad de descubrir posibles fraudes. Si esto es así "*el instructor debe denegar celebración del matrimonio. (42)*

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, en su inciso 2 menciona que se puede presumir un matrimonio fraudulento por *"el hecho de que ambos cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos"* la DGRN se muestra partidaria de la existencia de simulación cuando no hay un idioma común entre ambos contrayentes, resulta obvio pues la necesidad de comunicarse a través de terceras personas les hace imposible la comunicación entre ellos, sobre todo a la hora de dar el consentimiento matrimonial, aunque no cabe duda de que la existencia de un idioma de común de comunicación facilitaría el consentimiento matrimonial. Esto denota la posibilidad de que pueda existir una simulación aunque ausencia de un idioma común por sí solo no es motivo para denegarles la inscripción de matrimonio. (*42), (45)*

La Instrucción de la DGRYN , de 9 de enero de 1995 (regla VII, a, de la Instrucción de 31701/2006), señala que el Encargado de instruir el expediente, debe extremar las garantías formales y materiales que le proporciona el mismo ,para llegar a la convicción de intentar fundar una familia, y que el trámite de audiencia no debería conformarse con ser puramente formulario, puesto que su finalidad es descubrir que las verdaderas intenciones que subyacen no son las de beneficiarse de las consecuencias legales de las institución..

La **Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997** considera, *"que no se menoscaba la facultad de los Estados miembros para comprobar en su caso, antes de celebrarse un matrimonio, si se trata de un matrimonio fraudulento"*. (42)

La Instrucción 9 de enero de 1995, regla VII, a, de la Instrucción 31/01/2006, se aplica cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero independientemente de cual sea la autoridad ante la que se celebra el matrimonio bien española o bien extranjera. Este mecanismo se hace extensible a su vez el a los casos en los que el matrimonio se celebró por poder ..

La finalidad del expediente, no es sino el ser mecanismo de control de la capacidad nupcial de ambos contrayentes necesitan y acreditar el consentimiento matrimonial e intención real de contraer matrimonio *(46)* .Nos encontramos en la fase de instrucción del expediente por lo que todavía no se ha manifestado el consentimiento. La falta de consentimiento matrimonial sólo puede acreditarse una vez manifestada, una vez hecho esto es cuando se puede acreditar que ambos contrayentes nunca tuvieron intención de contraer un verdadero matrimonio. La Instrucción del DGRN de 9 de

enero de 1995 se manifiesta en cuanto a un control preventivo y previo De ahí la dificultad para evitar la celebración de matrimonios blancos

Por otro lado nos encontramos con una **lucha o control a posteriori** dirigido a "evitar la inscripción en el Registro Civil español de tales matrimonios simulados celebrados en el extranjero, según los países pueden causar nulidad por ausencia de consentimiento matrimonial".(42) La DGRN hace distinción dependiendo si uno de los/las contrayentes es español/a y el otro extranjero o si ambos contrayentes son extranjeros/as. (47)

Cuando uno de ambos contrayentes es español/a, la DGRN ignora de antemano un planteamiento conflictual, pues lo que se examina o estudia es el consentimiento del/de la contrayente español/a con arreglo a la ley española *(48)* y el consentimiento expresado por el/la contrayente extranjero/a conforme a su ley nacional. (9.1 C.C) No se acude solamente a la ley española a la hora de analizar el consentimiento matrimonial de ambos cónyuges conforme al Derecho Internacional Privado español. (40)

. El caso de matrimonios en los que ambos sujetos extranjeros, presumiblemente de complacencia, técnica o táctica conflictual pura La aplicación de la ley española no se justifica. La DGRN afirma que cuando ambos sujetos son extranjeros las normas que regulan el consentimiento matrimonial en derecho español no son aplicables. Conforme a la norma de conflicto artículo 9.1, salvo excepciones, artículo 9.10 del Código Civil, para concretar si existe o no existe verdadero consentimiento matrimonial entre dos sujetos extranjeros deberemos acudir al derecho nacional extranjero (49),(17)

La instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo el matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero, señala que:

> *"…son cada vez más frecuentes los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros…".*

Esta instrucción, está dirigida a impedir que algunos/as extranjeros/as puedan obtener la entrada en España o regularice su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos/as españoles/as. Se trata de evitar con esta

Instrucción la celebración de este tipo de matrimonios en el territorio español, y obtener beneficios en materia de nacionalidad y extranjería, para ello es de notable relevancia en el expediente previo a la celebración del matrimonio el trámite de la audiencia personal, que será reservada y por separado de cada contrayente, (46)este puede ser el medio para apreciar si existe o no obstáculo o impedimento para un enlace como puede ser ausencia de consentimiento matrimonial ,(51)

6. OBJETO PRINCIPAL DEL MATRIMONIO

El objeto esencial del matrimonio islámico es la **procreación**, el objeto es la unión entre un hombre y una mujer púberes con el fin de crear una familia. Una de las causas por las que la mujer puede pedir el divorcio es la impotencia del hombre, ser estéril, o padecer alguna enfermedad que le impida incluir este objetivo. Esto, puede ser motivo para la disolución del matrimonio. Los anticonceptivos y cualquier otra técnica de evitar embarazos están totalmente prohibidos en el Islam. El hombre que no "deja embarazada " a su mujer está mal visto (tanto para el hombre como para la mujer), y se le obliga socialmente al repudio. Por tanto, algunos Códigos hacen esta innovación, de que se eliminen las diferencias tan altas de edad entre cónyuges .En Jordania, la diferencia de edad establecida es de 20 años como máximo. En Kuwait, en este Estado se trata de un derecho que tiene la mujer, (esposa), es una forma por así decirlo de excluir responsabilidad, y lo deja en manos de la mujer. La mujer puede decidir si se casa o no con una persona mayor o un viejo.

Siria, en este Estado se impone la analogía en la edad de ambos cónyuges, o sea, tiene que haber poca diferencia no precisa una edad concreta. La mayoría de los Códigos de Conducta establecen que para casarse antes de la edad establecida por ley, hay que pedir permiso al juez salvo Irak, dentro de los países de cultura islámica era uno de los más modernos y liberales de mayoría Sunií/sunita, que es de 15 años. Pues bien, en Siria el hombre tiene que tener cumplidos 15 años y la mujer 13. Esta es la edad mínima para contraer matrimonio. En algunos de estos países, realmente lo que existe son auténticas dictaduras, no hay libertad como la entendemos en occidente,.

En el Líbano, se establecen 17 años para el hombre y 9 para la mujer, esto sorprende el Líbano porque tiene una legislación para cristianos y otra para judíos. A judías y cristianas no se les permite salir de éstos parámetros pero a las musulmanas sí.

En Irán, en cambio, de mayoría Chiíta y de minoría sunita, establece la edad mínima de 13 para las niñas y 15 para los varones.

Argelia, Artículo 7 de **Código Argelino** de 27-2-2003.”La capacitación para el matrimonio se adquiere al cumplir los 19 años el hombre y la mujer. El juez podrá autoriza el matrimonio antes de ésta edad por interés o necesidad “.

Irak, **Código Irakí Penal**, Ley 62 de 1994. Artículo 7 “Se requiere en la capacitación para el matrimonio ser sano de mente y haber cumplido los 18 años”.

Código Jordano promulgado por la Ley 61 de 1976.Artículo 5.”Se requiere en la capacitación para el matrimonio que el novio y la novia sean sanos de mente, que el novio haya cumplido los 16 años y la novia 15 años”

.Artículo 7.”Se prohíbe la realización del contrato matrimonial de una mujer que no haya cumplido los 18 años si su novio es mayor que ella más de 20 años excepto después de que el Juez se asegure de su consentimiento, elección y que es beneficioso para ella.”

Código de Kuwait. Decreto Ley 51 de 1948.artículo 26.”Está prohibida la legalización del contrato matrimonial o su ratificación mientras que la joven no haya cumplido 15 años y el joven 17 años en el momento de la legalización.”

Código Libanés de Estatuto personal. Artículo 4.”Se requiere en el novio que posea la capacitación para el matrimonio que es de 18 años y que la novia haya cumplido los 17 años “

Artículo 6.”Si la adolescente que no ha cumplido los 17 años reclama y afirma que ha llegado a la pubertad, el Juez podrá permitirle casarse si su condición así lo implica y lo autoriza su tutor.”

Artículo 7.”Nadie podrá casar al menor que no ha cumplido 17 años ni a la menor que no haya cumplido 9 años.”

Artículo 12.”Entre los cristianos, el novio que no haya cumplido 22 años y la novia que no haya cumplido 20 años, requerirán para contraer matrimonio un tutor. “

Vemos como destaca la pertenencia a una religión determinada, y como varía la capacidad física inherente a la persona.

Libia. Código de Estatuto Personal. Ley 22 de 1991.Artículo 6. “La capacitación para el matrimonio se adquiere al cumplir 20 años. El Tribunal podrá autorizar el matrimonio antes de alcanzar ésta edad por interés o necesidad con el consentimiento del tutor.”

Marruecos. Código modificado en 1993.Artículo 19. “La capacitación para el matrimonio la adquiere el joven y la joven que gocen de capacidad mental al cumplir 18 años solares”.

Mauritania. Código de Estatuto Personal promulgado en junio de 2001. Artículo 6. "Adquiere la capacitación para el matrimonio toda persona que esté dotada de razón y haya cumplido los 18 años".

Omán. Código Omaní de Estatuto Personal. Decreto Ley 32 de 1997.Artícuo 7. "La capacitación para el matrimonio se adquiere al ser sano de mente y haber cumplido 18 años."

Siria. Código de Estatuto Personal Promulgado por el Decreto Ley 34 de1975. Artículo 16. "La capacitación para el matrimonio la adquiere el joven al cumplir 18 años y la joven 17 años.".

Artículo18."Si el adolescente, después de haber cumplido 15 años o la adolescente después de haber cumplido 13 años, afirman ser púberes y piden casarse, el Juez los autorizará si comprueba la realidad de sus alegaciones y sus capacidades físicas."

Artículo 19."Si los novios no tienen una edad análoga y no hay utilidad en éste matrimonio, el Juez podrá no autorizarlo."

La igualdad desde el punto de vista de las regulaciones positivas de los diferentes Estados musulmanes, no se reconoce en situaciones con similares características en el espacio privado, pues es la propia ley, la que a través de los Códigos de Conducta de Estatuto Personal establece grandes diferencias entre sexos y mantiene como denominador común la dependencia de las mujeres a los hombres.

El Derecho islámico no es unificado o no está unificado, hay muchas clases de Derecho islámico dependiendo del Estado en que se aplique o estudie. Hay muchas clases o formas de interpretar el Islam (La Sharìa), según el país de que se trate. Vemos cómo son muchas las formas de interpretar el Corán, igual que también hay muchas formas de interpretar la Biblia, o el Nuevo Testamento.

Hay que saber diferenciar entre religión y ese derecho que se practica al amparo de la religión. Está bien, sería deseable conocer a la perfección el Corán pero es necesario fundamentar este estudio en los **Códigos de Conducta.**

7. LA TESTIFICACIÓN MATRIMONIAL

Los testigos en todo matrimonio coránico conforman en general un requisito esencial. Basta con su presencia, no es necesaria intervención de ningún tipo. La función del testigo es dar testimonio del consentimiento y de los pactos que han estipulado ambas partes. Garantizan así la existencia del matrimonio y cumple la

exigencia de publicidad de un acto privado. Los testigos deben profesar la religión musulmana, aunque caben excepciones. Deben ser mayores de edad o púberes, libres de condición y actitud, que estén en uso de sus facultades mentales, que no sean sordos. La mayoría de las escuelas islámicas (no todas como la Hambalí) permiten que alguno de los testigos pueda ser mujer. El matrimonio contraído sin la presencia de los testigos es nulo de pleno derecho.(8)

Con la única finalidad de garantizar la publicidad de los matrimonios celebrados se exige la inscripción en un Registro de matrimonios celebrados. En caso de no ser registrado se impone una sanción civil por contravenir la ley civil. El matrimonio hasta que no se registre será válido pero será irregular. (8)

Otra cuestión, dentro del matrimonio y la desigualdad, es la testificación. El ser testigo matrimonial, es la desigualdad del testimonio femenino respecto del testimonio masculino. Hablar de testificación en el matrimonio es hablar de desigualdad.

Todos exigen dos testigos para la validez, o sea, para que haya matrimonio tienen que haber dos testigos pero hay Códigos que exigen o bien dos varones o bien tres testigos en este caso un varón y dos mujeres (Sunníes). No hay unanimidad, pues ya hemos apuntado que el derecho islámico es bastante heterogéneo. Este es el caso de Jordania, Libia, Siria, Sudán y Yemen. En cambio, hay otros países que no prohíben taxativamente a las mujeres ser testigos el caso de Argelia, Túnez, Marruecos, Mauritania, Kuwait, Omán son países con el rito Malikí y, salvo Omán que no especifican nada, con lo cual si pueden ser testigos las mujeres, pero sólo testigos matrimoniales.

Hay dos países (Códigos), que son Irak y Líbano, que aunque sus Códigos no lo recogen en sí permiten la posibilidad de ser testigos un hombre y dos mujeres. Esto es lo genérico en la Sharía, pero existen excepciones en las escuelas (La escuela más abierta, en casos excepcionales, la escuela Hanefí, son siempre dos varones pero en ocasiones se permite un no musulmán, es el caso de que la futura esposa sea cristiana o judía aunque pueden ser testigos de forma excepcional un varón y dos mujeres..En la Hambalí, Arabia Saudí, no prevé a la mujer testigo) y en algunos Códigos de Conducta, se admite algún testigo que no sea musulmán, cuando la esposa no es musulmana, como puede ser cristiana.

En países como Irán, Pakistán, Bangladesh, Indonesia, en los matrimonios entre un musulmán y una no musulmana bien cristiana o bien judía, los testimonios pueden ser de dos hombres o un hombre excepcionalmente dos mujeres pero eso sí, las dos mujeres deberán ser siempre musulmanas.

En la rama Chií, no es necesaria la presencia de testigos, no se requiere ésta figura para dar validez al matrimonio, en la Suní en cambio la figura del testigo es imprescindible en general.

En la escuela Malikí, la ausencia de testigos no invalida el matrimonio, pero casi siempre se exige un Cadí en una ceremonia religiosa y, además, no es necesario que se encuentren en el mismo lugar los contrayentes. Lo importante es que sea ante un Cadí, y estén el novio y el Wali pues si se puede concertar un matrimonio aunque la novia no esté presente, de esta manera vemos cómo el consentimiento es muy relativo. Por tanto cabe preguntarnos ¿qué condición de validez se produce?

Por un lado el consentimiento de las partes, es decir, las partes debe consentir el matrimonio tanto contrayente como representante de la mujer, es lo normal, (matrimonio islámico puro y duro), el consentimiento, como representante, del Wali y del contrayente como mínimo. Por otro lado la mujer puede contratar por sí misma si tiene capacidad administrativa de sus bienes o está autorizada por el Wali.

Así, si se trata de una mujer de clase social muy alta, ella por sí misma puede concertar el matrimonio sin necesidad de un tutor matrimonial, o bien el tutor, la autorice para concertar su propio matrimonio. Esto sucede con frecuencia en Arabia Saudí, Qatar, Emiratos árabes..., donde hay mujeres con un muy alto standing.

No olvidemos el clasismo que existe también en el Derecho islámico (no es como sucede hoy en día con las clases sociales, esto es algo diferente) aquí lo que se valora es el dinero así, según el dinero que tenga la mujer, pertenecerá a una u otra clase social que al fin al cabo es lo que elevará su libertad, rango y posición social.

Tanto la escuela Ambalí como la Malekí, exigen el consentimiento de la mujer (salvo cuando el que contrate el matrimonio sea la autoridad que contrate sea el abuelo paterno o el padre), tanto En países como Marruecos, Mauritania, Argelia, es necesario el consentimiento.

8. LA DOTE.SITUACIÓN SOCIAL DE LA MUJER.

8.1. Concepto

La dote (MAHR) se puede considerar un precontrato, es requisito esencial/consustancial en un matrimonio islámico. Hay un pago que puede ser actual o futuro, dado que se puede consumar en el momento del matrimonio o en un momento posterior. Así podemos diferenciar varias clases de dotes en el Derecho islámico se trata por tanto de una suma de dinero o bienes que el marido entregará a su esposa o al tutor de ella (Wali) por razón de matrimonio. La dote pasara a ser de su propiedad pasando a formar parte de su patrimonio y por tanto, la puede administrar como desee.

Tanto la escuela Malekí como en la Hambalí, el matrimonio deviene nulo si no se entrega en el momento y lugar adecuado la dote. Sin dote no hay matrimonio, Mientras que en las otras dos escuelas sunitas/suníes (Hanefí y Chafíi) optan por mantener el vínculo y posteriormente obligar al marido a entregar la dote, es decir, si no hay dote en un momento inicial se puede optar por exigir el vínculo y más tarde en un momento posterior la dote

8.2. Clases:

- Dote Convencional: Se fija o concierta antes de contraer/consumar matrimonio por ambos contrayentes. La dote la concierta normalmente el tutor o Wali de la hija futura esposa, pero a veces lo que realmente existe es otro tipo de dote, la de equivalencia.

- Dote de Equivalencia: Es el caso de no haber acuerdo sobre la dote (equivalencia) entre los contrayentes. Depende de la condición social de los mismos consiste en el montante que debe corresponder entregar un esposo de una clase social determinada a una mujer de medios recursos o sea condiciones análogas. Así vemos que es muy difícil que un pobre se case con una rica, es más probable que sea ella, la rica, quien elija al marido pobre. Éste supuesto podría considerarse como excepcional no siendo lo más normal., Lo normal en la sociedad musulmana, es que sea el hombre el que tenga más poder adquisitivo que la mujer. Sirva como ejemplo países Chiítas o como ocurre en Sudán (suní), países en los que se permite el matrimonio entre menores, matrimonios ya concertados, en estos casos son los padres los que conciertan la dote. Esto constituiría una ilegalidad en países como Marruecos Arabia Saudí, incluso Túnez pero no en Sudán allí se conciertan estos matrimonios aunque, normalmente, quien pone las condiciones es la familia de ella, su padre, su abuelo...

Cuando no se ponen de acuerdo con la dote, se puede acudir a un juez y que sea éste quien la estipule o fije.

En la cultura musulmana, donde la dote es fundamental, por ejemplo, en países como Pakistán y Afganistán entre otros, hay un clasismo total sobre este tema. Pasando a ser una desdicha el matrimonio que tiene solamente hijas, pues se considera maldito, o más bien una desgracia.. Esto se debe a que, normalmente, quienes van a trabajar son los hijos, la mayoría la gente tiene escaso o nulo poder adquisitivo, con lo cual las dotes suelen ser también muy pobres

- Dote Fiduciaria: Los futuros contrayentes la acuerdan antes de contraer el matrimonio, y fijan la dote no cuantificada para después de su consumación. La determinación de esta se pospone a la celebración del matrimonio. "La mujer puede negarse a consumar el matrimonio hasta que se establezca de una forma fehaciente y se entregue el montante de la dote.(3) Esto es algo que está prohibido en los Códigos.

- Dote Comisoria: Por comisión, dote convenida por un mandatario una vez recibido del mandante un poder para concertar su matrimonio por ejemplo, le da un poder a una persona de nacionalidad mauritana que se va a casar con una mujer de nacionalidad jordana aquí, en este caso, lo ideal es la dote convencional. Una vez convenida entre las partes contrayentes, si éstas no se ponen de acuerdo, el juez puede imponer la dote de igualdad o equivalencia.

- Dote Arbitral: Se remite a un acto de una tercera persona, también está prohibida en los códigos, pues está establecido que esa tercera persona sea un juez y no cualquier tercero pero basado en una equivalencia que se llama dote de igualdad o equivalencia.

Lo que está claro, es que el futuro marido está obligado a entregarle la dote a su futura mujer pasando a ser propiedad de ella. A partir de este momento, pasa a formar parte del patrimonio de la mujer y es ella la única persona quien tiene que administrarla. Esto está recogido en todos los Códigos de Conducta. La dote es obligatoria en todos los Códigos de Conducta. La dote puede tratarse de animales, fincas, dinero, usufructos, derechos... puede ser en su totalidad o también puede ser aplazada (se puede entregar en el momento del matrimonio o aplazarla, también se puede entregar la mitad en el momento de la boda y la otra mitad en un momento posterior) Los Códigos de Conducta prohíben expresamente que padres, marido, tutor o cualquier pariente se quede con parte de dicha dote o que la administre. Es delito el no permitir administrar a la esposa su dote, países como Jordania, Marruecos o Líbano lo recogen expresamente en sus códigos Si no se consuma el matrimonio, habrá que devolver la dote. Y si no hay acuerdo en la dote designada será el juez quien imponga la "**Dote de equidad**"

Existe otra situación que podríamos considerarla un tanto marginal, es la situación de la mujer en la que su futuro esposo debe de ser un igual en posición económica. Así la mujer no puede elegir libremente la persona con la cual quiere compartir su vida, está limitada a un estatus social. El Derecho Islámico es muy clasista en este sentido, si la mujer acepta una dote pero no es conforme a su estatus social, cabe la posibilidad de que el juez no permita contraer este matrimonio. Si la mujer tiene una posición o estatus social alto o elevado, el marido le tiene que dar la dote conforme a su estatus social. La dote tiene que estar a la altura de ella, y si no, no hay matrimonio.

Resulta extraño que a una mujer se le permita casarse con un hombre pobre o con menos recursos económicos o situación social que ella. Además de carecer de libre elección, se le exige que tenga su misma o mejor posición socioeconómica, salvo que el tutor diga, acepte o de permiso, porque si no la dote no podrá cumplirse. Es el tutor quien designa la dote con la familia. Una musulmana tiene que tener el mismo nivel social antes y después de casarse.

Es muy difícil, por tanto, que un pobre se case con una mujer rica dentro de los parámetros del Derecho Islámico. Lo único que tiene la mujer es la dote cuando la mujer se casa, al decir "sí quiero" pasa a ser una "mantenida" de su marido. Dependerá para todo de él. Éste, su marido, está obligado a darle comida, medicinas y domicilio. Pero, puede haber un fracaso económico en el marido y que no le sea posible cumplir con estas obligaciones. Esto podría considerarse motivo para solicitar la mujer el divorcio.

El deber de la esposa de respetar y obedecer al marido como jefe de familia, el derecho a impedir la salida de casa, estudios, trabajo,... el único país en el que el marido no tiene estos derechos es Túnez, la reforma de 1993, en la que la mujer casada tunecina puede estudiar y puede trabajar fuera de casa. "Lo normal en una buena musulmana, es estar en las labores de su casa y trabajar dentro de la casa". El hombre/marido tiene el deber de mantener a su esposa mientras estén casados viven en el mismo domicilio (Nafaqa) o aparte el derecho de manutención implica la total dependencia de la mujer y también en el tiempo prohibido del repudio.

La obligación de mantenimiento de la esposa durante el matrimonio recae sobre el marido., independientemente de la situación económica que ella tenga. Esto lo establece la tradición islámica. Esta obligación no es recíproca o dicho de otro modo el derecho manutención que tiene la mujer no es recíproco. (8) aunque existen excepciones pues existen dos países en los cuales en sus Códigos de Conducta se reduce este derecho

y permiten que la mujer participe en el sostenimiento de la familia, Libia en el supuesto de que el marido caiga en la insolvencia económica y Túnez permite que la mujer trabaje fuera de a casa, y pueda ayudar a sostener los gastos familiares.

El derecho de manutención implica:

- casa/domicilio
- vestido
- comida
- medicina

Aunque ella, la mujer, tenga propiedades, es obligación del marido el mantenerla porque a contrapartida, salvo pocos países de corte islámico un tanto más avanzados como pueden ser el caso de Túnez, lo normal y en general es que no tenga ese derecho a trabajar ni a salir incluso de casa, aunque poco a poco se está avanzando bastante en este tema. Entonces cabría preguntarnos ¿de qué vive una mujer musulmana una vez casada? Dependiendo del Estado, podremos encontrar variantes legislativas.

En Guinea, la mujer rural trabaja en el campo, limpia la casa, lava la ropa de los hombres… en la ciudad también, pero puede trabajar, por ejemplo, el ejército está lleno de mujeres, aunque éstas tienen un salario mísero. Cuando la mujer es joven y no se ha casado, si es de una clase media pero no tiene mucha solvencia económica, trabajan en la agricultura, en el textil haciendo traperas, venta ambulante…Una vez se casan, normalmente es el marido quien soporta la economía familiar. El marido no se opone frontalmente salvo que sea una clase social algo elevada.*(24)*

Existen dos países, en los cuales en sus Códigos de Conducta se reduce o no se aplica en su totalidad este derecho y, sí permiten que la mujer participe en el sostenimiento de la familia, siempre cuando ella posea bienes .Libia prevé el supuesto de que el marido caiga en la insolvencia económica, será la mujer la que pueda mantener el sostenimiento de la familia. Por ejemplo en Túnez se permite que la mujer trabaje fuera de casa, entonces también debe ayudar a sostener los gastos familiares.

Túnez. Código de Estatuto Personal, Ley 74 de 1993.

Artículo 23.”El esposo, en su calidad de jefe de la familia, deberá mantener a su esposa y a sus hijos según su situación y la situación de ellos en el marco de las causas en su matrimonio. La esposa deberá participar en los gastos de la familia si posee bienes”.

9. *CLÁUSULAS A LA HORA DE CONTRAER MATRIMONIO*

Se puede considerar como un requisito necesario para la validez del matrimonio el que …"un contrato matrimonial no quede subordinado a una cláusula que sea o pueda ser considerada como incompatible con la propia institución del matrimonio, ni obligue a algo que esté prohibido legalmente. De lo contrario esta cláusula sería considerada como nula y el contrato de matrimonio sería válido"…. (3)En Kuwait, si en el contrato matrimonial se incluye una cláusula incompatible con la esencia del matrimonio, será el matrimonio el que tenga el defecto y por tanto se considerará nulo.(3)

Esta posibilidad de introducir cláusulas en el contrato matrimonial, se permite de alguna forma en la escuela Hambalí, si bien prácticamente la mayoría de los Códigos de conducta de países en su mayoría musulmanes, han adoptado esta posibilidad con el fin último de que la esposa pueda protegerse de alguna manera contra el poder en ocasiones abusivo por parte del marido.(3)

Todos estos Códigos de Conducta ofrecen la posibilidad de introducir cláusulas en el contrato de matrimonio a ambos cónyuges excepto uno, el sirio, que sólo prevé esta posibilidad para la mujer.(3)

En el momento en que se contrae matrimonio, la mujer deja de pertenecer a su familia de origen, a su clan, a su tribu... y pasa a pertenecer a la familia del marido.

En la Sharìa, este desprendimiento es total, con lo cual el marido le puede prohibir a la familia de ella, madre, abuelos que por ejemplo la visiten, que tengan contacto alguno con ella. Esto es bastante normal y legal.

Por esto, hay países que en sus Códigos de Conducta permiten la posibilidad de que la mujer, a la hora de contraer matrimonio, pueda poner este tipo de cláusulas La esposa tiene la posibilidad así de evitar situaciones no queridas o no deseadas a posteriori. Como puede ser que el futuro marido se comprometa a no impedir que su familia se relacione con ella por ejemplo. Su incumplimiento será causa de divorcio. Lo normal es que la mujer deje de pertenecer a la familia de su tribu y de su clan. Así la mujer tiene una actitud de sometimiento total porque siempre tendrá la amenaza del repudio encima, sobre sus hombros.

Se pueden poner condiciones a los contratos matrimoniales. Normalmente, el contrato matrimonial, la monogamia es una de las condiciones que más se ponen.

Sudán. Código de Conducta de Estatuto Personal, Decreto Ley 42 de 1991

Artículo 42.1"En el contrato matrimonial podrán existir cláusulas excepto aquellas que hagan lícito algo prohibido o prohibir algo lícito."

42.2."Si el contrato matrimonial incluye una cláusula que sea incompatible con su esencia o sus objetivos, la cláusula será nula y el matrimonio será válido excepto que la cláusula fuera la temporalidad del matrimonio, que hará nulo el contrato matrimonial.

- Contrato de monogamia: En países como Marruecos, Argelia… Se trata de la posibilidad de que la mujer pueda poner condiciones previas al contrato de matrimonio impidiendo de esta manera por ejemplo que el marido pueda contraer matrimonio con otras mujeres, En el derecho marroquí se necesita el consentimiento de la esposa confirmado por el Juez de familia para que el varón contraiga nuevas nupcias, (66) posibilidad de que tenga el marido que pedirle permiso a ella para poder contraer nuevo matrimonio...También puede ponerse la condición de que en el caso de que el marido pretenda casarse con otra mujer, una segunda mujer, éste le conceda automáticamente el divorcio sin poner objeciones .

  Argelia. Código de Estatuto Personal. Promulgado por la Ley 51 de 7 de julio de 1984

  Artículo 88."Los cónyuges podrán estipular en el contrato matrimonial o en contrato legalizado posterior, todas las cláusulas que consideren útiles, especialmente las que conciernen a la poligamia y al trabajo de la esposa mientras no sean incompatibles con las disposiciones de éste Código."

- Otra condición podría ser que incluyera en el contrato matrimonial islámico la obligación de no llevar a la mujer un lejano lugar sin su previo consentimiento por ejemplo en Arabia Saudí, Afganistán, Pakistán, Jordania, Egipto, no se puede ver esto nunca, se tiene por no puesta, en cambio sí se pueden poner estas condiciones en países como Mauritania, kuwait, Argelia, Marruecos, Túnez., también se trata en los países con tradición Malikí.

  Túnez. Código de Estatuto Personal. Promulgado por el Decreto de 13 de agosto de 1956

Artículo 11.” Será válido en el matrimonio incluir cláusulas. Su no realización o su transgresión posibilitará pedir la anulación por divorcio sin que resulte de dicha anulación ninguna indemnización si el divorcio es anterior a la consumación del matrimonio.”

- Ausencia del domicilio: se puede establecer la condición de la ausencia del domicilio por parte del marido para pedir el divorcio.

Mauritania. Código de Estatuto Personal. Promulgado en junio de 2001.

Artículo 28.”La esposa podrá estipular que su esposo no se case con otra mujer, que se ausente por más de un periodo determinado, que no le impida proseguir sus estudios o trabajar, así como cualquier otra condición que no sea contraria a la finalidad del contrato matrimonial.”

Artículo 29.”El incumplimiento, parcial o total, por parte del esposos de las cláusulas estipuladas por la esposa supondrá a iniciativa de ella la disolución judicial del matrimonio y una indemnización cuyo importe se dejará a la apreciación del Juez”…

- La no prohibición a la mujer de recibir visitas, ni restringir o visitar a su familia, por ejemplo Irak.

Cuando una mujer contrae matrimonio deja de pertenecer al clan familiar de donde ella nació, pertenece desde ese momento al clan de su marido. Lo normal es que desde que se abandonó el domicilio familiar, el marido no tiene obligación de tener visitas de la familia de ella. Así, una condición puede ser que o bien le permita visitar y atender a su familia o bien que sea su familia quien la visite a ella.

Siria. Código de Conducta de Estatuto Personal. Promulgado por el Decreto Ley 59 de 17 de septiembre de 1953

Artículo 14.”Si se incluye una cláusula que tenga para la mujer un interés no prohibido legalmente, no afecte a los derechos de nadie sin restringir la libertad del esposo en sus actos particulares permitidos, la cláusula será válida y obligatoria.”

Artículo 15.” Si la mujer estipula en el contrato matrimonial una cláusula que restrinja la libertad del esposo en sus actos particulares o afecte a los derechos de otro, entonces la cláusula, aunque sea válida, no obligará al esposo. Si el esposo no la cumple, la esposa que exigió dicha cláusula, podrá pedir la anulación del matrimonio.

- También cabe establecer una indemnización económica en caso de divorcio o repudio por ejemplo si el marido toma a una segunda esposa. Así si se vuelve a casar, tendrá que indemnizar a la primera mujer económicamente.

Cabe la posibilidad, así lo recoge el **Código de Familia Marroquí**, última reforma en 1993, de que la mujer, mediante cláusulas incluidas en el contrato matrimonial, excluya la poligamia (artículo 40), se reserve en este caso la iniciativa del repudio (artículo 89), o fije la dote y sus posibles ampliaciones como una garantía frente a la ruptura del enlace (artículo 27).(66)

El marido debe pagar tanto a la mujer como a los hijos los derechos económicos que le correspondan, previamente al registro del repudio. Artículo 84 de Código de Familia Marroquí. Se trata del Sadaq, o dote, retrasada si no se entregó en su momento su totalidad. Además de los gastos de vivienda en caso de ser imposible que la mujer pueda seguir viviendo en el hogar conyugal, como suele pasar cuando el marido contrae posteriores nupcias o en una vivienda diferente durante el periodo de la Idda.(68)

Auto A.P. Toledo.núm.62/de 1 de marzo (JUR 2006-127284). Se rechaza un Exequatur de un divorcio por compensación al marido por carecer de disposiciones respecto a los hijos, su guarda y custodia, derecho de visitas.(69)

- Repudio por Kholl, consiste en solicitar el divorcio a cambio de una cantidad de dinero, se compra el divorcio al marido

Podemos hablar de Repudio por Compensación y consiste en la disolución del matrimonio a instancia de la mujer/esposa previo pago o compensación al marido, para que éste o bien inste el repudio o bien no se oponga a un divorcio Ambos cónyuges deberán mostrar su acuerdo, pero su marido debe previamente aceptar la compensación económica que le ofrece, Acto seguido la repudia, con lo cual quien realmente tiene capacidad decisoria es el marido. Artículo 54 del Código argelino, Artículo 46 del iraquí, Artículos 111-19 del kuwaití, Artículos 115-120 del marroquí, Artículos 92-94 del mauritano, Artículos95-104del sirio, Artículos 72-74 del yemení. Artículos 102-112 del jordano (3)

10. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

10.1. Derechos de los cónyuges

10.1.1 .Derechos del marido.

- La dirección, el hombre es el jefe de la familia adquiere los derechos del jefe.

- La fidelidad. La mujer debe fidelidad a su marido, el marido es quien tiene derecho a la fidelidad de su mujer.

- El Repudio. Es uno de los derechos que tiene el hombre aunque está condicionado y ligado a muchos hechos y detalles.

- La obediencia. Se considera natural que la mujer tiene derecho al respeto de su marido, pero a su vez debe respeto, que se convierte en obediencia puesto que el marido dirige la familia.

  Es deber de la esposa y derecho del marido pues se le otorga a éste plenos poderes sobre la esposa.

El marido puede permitir o prohibir a su esposa acciones tales como salir, estudiar, trabajar, no necesita ninguna justificación para coartar el derecho a la libertad de su mujer. La mujer sólo podrá negarse a esta obligación de obediencia cuando lo que se le imponga sea ilegal o bien vaya en contra de algunas de las cláusulas incluidas en el contrato matrimonial, en caso de que las haya. Lo cierto es que estas mujeres apenas utilizan este derecho, muchas veces ignoran que existe.

> *…"A aquellas de quienes temáis la desobediencia, amonestadlas, mantenerlas separadas en sus habitaciones, golpearlas, si os obedecen, no busquéis procedimiento para maltratarlas".(CORÁN, AZORA IV versículo 38,) (9)*

Este deber de obediencia es consecuencia de este concepto patriarcal de la familia que otorga al marido la cualidad de jefe de la familia. Hoy en día esto ha cambiado, este principio ha evolucionado por ejemplo en los Códigos de Conducta argelino marroquí tunecino, han derogado este deber de la esposa. (55)

10.1.2. Derechos de la esposa.

El derecho a la manutención, este derecho pertenece de igual manera a la mujer y a los hijos/as, progenitores y parientes bajo la protección del marido.

Constituye el principal derecho de la mujer casada, el marido tiene la obligación de correr con todas las necesidades a partir del momento de la consumación del

matrimonio independientemente de la religión que profesa la mujer, (puede darse el caso de que la mujer sea cristiana o judía) aunque ésta posea recursos propios.(3)

La mujer en principio no tiene que participar en los gastos familiares. Túnez y Libia en sus respectivos Códigos de Conducta regulan este derecho de la esposa haciéndola participar en el sostenimiento de la familia, en el primero siempre cuando ella tenga bienes , artículo 23 , ley 74 de 1993"la esposa deberá participar en los gastos de la familia si posee bienes" y en Libia, ley 22 de 1991, (no se trata de un código propiamente dicho, regula el matrimonio , su disolución y la filiación) cuando ella sea solvente y su marido haya caído en insolvencia solo en este caso se le otorgará al marido también el derecho a la manutención por parte de su esposa. (61)

Este derecho a la manutención va implícito en la naturaleza del matrimonio, y perdura con aquel hasta su finalización, incluso durante el plazo legal de espera también se conserva este derecho, cuando la mujer está amamantando se ampliará este derecho hasta transcurridos tres meses después de finalizar la lactancia.

Por otro lado los acreedores de este derecho a la manutención pueden ser sus propios hijos,(3) así los progenitores serán beneficiarios del derecho a la manutención siempre y cuando hayan caído en la insolvencia de forma involuntaria y sean incapaces de mantenerse ellos mismos siempre y cuando sea evidente su voluntad de trabajar. Corresponde este deber a sus hijos/as, se trata de una obligación solidaria, todos correrán con esta obligación en la medida de sus posibilidades

La custodia, o derecho de Hadana, se traduce en la salvaguarda, la protección, el alimento y la educación de los/as hijos/as menores esta obligación nace con el nacimiento del/la menor y su finalización depende de que sea niño o niña y de la escuela jurídica de que se trate, esta materia ha sufrido modificaciones en cuanto que se han elevado las edades en las que los/las hijos/as se desprenden de la custodia materna por ejemplo el **Código argelino de Estatuto Personal** artículo 65, *"el periodo de custodia finaliza al cumplir el niño 10 años y la niña a la edad del matrimonio*. *El Juez podrá prorrogar la custodia con respecto al varón hasta los 16 años, si quien tiene la custodia es su madre mientras ésta no se vuelva a casar*.". **El egipcio** en 10 años para el niño y 12 años para la niña. **En Irak** 10 años para ambos sexos En **Marruecos**, artículo 166, Ley 73 de 3 de febrero de 2004, *"La custodia continuará hasta alcanzar la mayoría de edad legal el varón y la joven por igual*.", el marroquí no distingue entre niños y niñas, siendo la mayoría de edad para ambos sexos, el **libio** la pubertad para el niño y la consumación del matrimonio para la niña, el **mauritano** articulo 126 Código

de junio de 2001."*La custodia se prolonga hasta la consumación de su matrimonio para la joven y hasta la mayoría de edad para el joven*". **Sudán**, artículo 115 de la Ley 42 de 1991, "*La custodia por las mujeres subsistirá hasta que el menor cumpla 7 años y la menor 9 años".* **Yemen**, artículo 139 Ley 34 de 2002*,"El periodo de custodia subsistirá hasta que el custodiado cumpla 9 años y la custodiada 12 años, mientras que el Juez no decrete lo contrario en interés del custodiado."* (3)

Vemos como no hay unanimidad a la hora de fijar una edad o un momento determinado en la que los hijos se consideren suficientemente adultos para desprenderse de la custodia materna. La duración de la Hadana si es una niña es hasta el matrimonio y si es un niño hasta la pubertad, esto es en líneas generales Pues bien una vez llegada a esta edad, finaliza el periodo de custodia materna y el menor pasa a vivir con su padre o tutor son pocos los Códigos de Conducta los que regulan esta materia. El padre tiene un derecho ilimitado y absoluta disposición sobre sus hijos. Tiene un poder absoluto en educación y corrección de conductas.

La madre mantendrá este derecho a la custodia siempre y cuando cumpla una serie de parámetros o condiciones, pues no puede casarse con cualquier persona, sólo se puede casar con un hombre que no sea pariente del custodiado/a en grado prohibido parar matrimonio; la mujer, una vez obtenga el tercer repudio éste tiene carácter de irrevocable o definitivo. Esto significa que se rompa el vínculo. Se plantea un problema la mujer es libre para volver a casarse, puede contraer matrimonio pero si se casa con un hombre que no tenga las características citadas lo más probable es que tenga que entregar a sus hijos al padre. Esto puede crear numerosos conflictos. Podemos comprobar la fragilidad del derecho que tiene la mujer en cuanto a sus hijos, la mujer vista de esta manera no es más que un objeto que sirve para cuidar a sus hijos teniendo que renunciar a su maternidad si quiere rehacer su vida casándose con otro hombre.

La madre debe vivir en la misma localidad donde reside el padre o tutor del custodiado/a, no pueden viajar con el custodiado/a sin autorización del padre o tutor; no puede practicar la apostasía, pues debe ser musulmana y educar a sus hijos en la fe islámica. Si la mujer no es islámica, (puede ser católica o judía), este derecho termina por regla general, cuando el menor tenga entre los 5:-7 años de edad. Se teme que el menor pueda ser educado en otra religión diferente a la del padre.

10.2. Obligaciones de los cónyuges.

10.2.1 .Obligaciones del marido.

- Obligación de convivir con la esposa, si no conviene es causa de divorcio, muchas veces es difícil demostrar esta causa
- Obligación de consumar el matrimonio .Consumación. Responder a las necesidades sexuales de su mujer/es. el fin esencial de un matrimonio es la procreación. Reparto equitativo de las noches, en el supuesto de poligamia se hace por el sistema lunar, cada luna con una mujer. Si tiene por ejemplo cuatro esposas a cada esposa le corresponderá una luna.
- Manutención esto comprende el derecho de alimentos, medicinas, vestidos ropa, casa, sobre este tema hay un principio de la ley musulmana que imponiendo al hombre el deber de pagar, le da el derecho de controlar, de administrar, de ser el jefe. Quien dentro de la familia tiene más derecho a ello es el hombre sin duda, porque es quien paga por tanto es quien debe proteger y defender. El hombre aparece como superior a la mujer en la ley islámica.(AZORA IV LAS MUJERES, VERSÍCULO 38)
- La protección de su mujer y de los miembros de su familia, tanto personas como derechos y bienes.
- Obligación y no derecho de impedir que la esposa salga de casa.(Este derecho ha evolucionado de forma considerable en algunos Estados).

10.2.2 .Obligaciones de la esposa.

- Obediencia, con todas las consecuencias .Es un derecho para el marido.
- La consumación, la mujer debe responder a los deseos sexuales de su marido. En ningún caso tiene derecho a impedírselo porque así anularía dos razones primordiales del matrimonio que son evitar el adulterio considerado como un gran pecado, y la continuación de la especie y así poder perpetuar el credo a través de su descendencia.
- Vivir en el domicilio conyugal "puede haber excepciones".(poligamia, la esposa no quiera compartir domicilio con otras esposas)
- Fidelidad absoluta (el adulterio se castiga de forma tajante con penas muy duras en algunos pueblos o zonas, ahora bien, no es práctica generalizada la muerte por lapidación)

"A la adúltera y al adúltero, a cada uno de ellos, darles 100 azotes. En el cumplimiento de este precepto de la religión de Dios, si creéis en Dios y en el último día, no os entre compasión de ellos. ¡Que un grupo de creyentes de fe de su tormento! El adultero no se casara si no es con una adúltera o una asociadora; la adúltera no se casara si no es con un adúltero o un asociador". ((CORÁN, AZORA XXIV, versículo 2-3) (9)

"Contra aquellas de vuestras mujeres que cometen fornicación, buscad cuatro testigos entre vosotros. Si dan fe contra ellas, mantenerlas cautivas en las habitaciones hasta que las llame la muerte o Dios las de un procedimiento" (CORÁN, AZORA IV, versículo 19) (9)

Podemos relatar a modo de ejemplo las historias de cuatro mujeres publicadas en los Diarios el Mundo y el País.

"LAGOS- Safiya Hussaini, de 35 años y madre de cinco hijos, no morirá por lapidación, al haber sido absuelta por un tribunal islámico nigeriano de apelación de una condena impuesta en octubre último por un supuesto delito de adulterio.

Hussaini fue juzgada según la ley Islámica o Sharìa por una corte del Estado de Sokoto, en el norte de Nigeria, tras haber presentado una denuncia contra uno de sus vecinos al que acusó de haberla violado y del que pedía dinero para mantener a su hija Hadana, nacida en febrero último de esas relaciones forzadas.

La denunciante , no obstante, terminó siendo la víctima,, a pesar de que su relato fue corroborado por tres policías, y condenada consecuentemente a muerte mientras que el presunto violador era exonerado de toda culpa.

La versión de la ley Islámica que se practica en el estado de Sokoto prevé que una mujer pueda quedar embarazada de su antiguo marido hasta siete años después de su separación y que el hijo nacido de esa unión sea considerado legítimo, incluso si la madre tiene otros descendientes fruto de un segundo matrimonio. (Absuelven a Safiya Hussaini, condenada a morir lapidada. EL MUNDO-Lunes 25 de marzo de 2002)."

El 9 de octubre de 2001,Saffiya Yakubu Hussaini, de 30 años, divorciada, con una hija menor de un año y residente de ciudad de Tungar-Tudu, en el estado de Sokoto, fue condenada a muerte por lapidación por un tribunal de la Sharía (ley islámica). Ella, quien alega haber sido violada, fue sentenciada por adulterio. Condenada sobre la base de su embarazo que fue considerado prueba del delito. La pena dispuesta por el tribunal, muerte por

lapidación, es la señalada si la persona se encontraba casada en el momento de cometer su delito.

Hafsatu Abubakar, se enfrenta, a cargos de adulterio ante el tribunal popular de la Sharía II, en su Sokoto, por haber alumbrado a una niña fuera del matrimonio. Ha declarado que no estaba casada y el juez está aún investigando su alegación. Si durante el juicio se acepta que nunca estuvo casada, será acusada únicamente de relaciones sexuales pre- maritales y se enfrentaría a una pena de flagelación. Si por el contrario el tribunal alega que sí estaba casada, se puede enfrentar a la pena de muerte por lapidación y encontrarse en la misma situación que Safíya .

Amina Lawal, otra mujer nigeriana de 31 años también declarada culpable, el 22 de marzo de 2002, de tener una hija fuera del matrimonio. Estaba divorciada desde el año 2000. El padre de la niña, un hombre que le había prometido casarse con ella, fue absuelto por falta de pruebas, debido a que ella no pudo presentar los cuatro testigos que exige la ley islámica (lo mismo le había sucedido antes a Safíya Hussaini). Su ejecución fue inicialmente aplazada hasta enero de 2004, cuando hubiera destetado a su hija. A causa también de la presión internacional y del mismo gobierno de Nigeria, contrario a la aplicación de las leyes islámicas, fue absuelto al 25 de septiembre de 2003

Desde 1999, en 12 de los Estados del norte de Nigeria de mayoría musulmana casos como los de Safíya Hussaini y Amina lawal por ejemplo se pueden castigar con la pena de muerte por lapidación.

Asha Ibrahim Dhuhulow, de nacionalidad somalí, de 14 años de edad lapidada en público en la ciudad de kismayo, Somalia. Fue violada por tres hombres del clan más poderoso de la ciudad, la noche del sábado, tres hombres se acercaron y la obligaron a acompañarlos a la playa donde la violaron ella acudió a los tribunales y denunció sus violadores, que fueron arrestados. Las familias de sus agresores, la convencieron buenas palabras para que acudiera al tribunal islámico y retirara su acusación y perdonara a los tres hombres le darían dinero y joyas. Ella accedió, pensando que podría llegar a Mogadiscio con el dinero. Mientras, los mismos familiares la acusaron ante el tribunal islámico por extorsión. Cuando Asha, en su

inocencia, retiró la denuncia, fue arrestada y acusada de adulterio, de mantener relaciones sexuales sin estar casada.

No es, curiosamente, en el Corán donde se incluye la lapidación como castigo. La lapidación es una práctica, rechazada por muchos musulmanes. En África no son muchos los países en los que se práctica. En Somalia, hasta el caso de Asha, era inexistente. Sudán la incluye en su legislación, también los Estados del norte de Nigeria, donde la práctica de la Sharía entra en conflicto con el sistema legal del país federal.

Irak practicaba esta forma de castigo, al igual que Irán. En 2002 Irán suspendió los apedreamientos .Pakistán la sigue incluyendo en su código penal aunque no se han documentado casos recientes, si la contemplan Arabia Saudí y Emiratos Árabes. Según fuente de Lali Cambra, (Diario el país, 1-11-2008)"

En Guinea, las violaciones casi nunca se denuncian y si están casadas las mujeres todavía menos. No sirve de nada, pues no se recoge el delito de violación en el matrimonio. En Guinea no ocurre como en otros países. No existe emparedamiento ni apedreo pero socialmente esta mujer estará marcada, y siempre ante el resto de la tribu será socialmente considerada culpable, pues la creencia es que ella lo incitó…. Y el varón normalmente saldrá absuelto. No se considera violación la ocurrida dentro del matrimonio por el marido. (24

- Mantener la casa limpia, adecentada y alimentados a sus hijos, lo que se considera la dirección del hogar. Es la mujer quien debe educar y criar a los hijos. Y en caso de divorcio lo hará hasta cierta edad.
- Obligación de obedecer al marido, cabe la excepción de pedir al marido permiso para realizar un contrato. La Licencia marital es una obligación de ella, debe pedírsela al marido para realizar cualquier contrato aunque sea propio dinero. La administración la tiene ella pero indirectamente es el marido quien la controla de esta manera.
- .La mujer puede negarse a tener relación alguna con los hijos del marido habido con otra de sus mujeres.

Esto ocurre, como es normal, en países donde rigen los Códigos de Conducta de la escuela Malekí, "se pueden poner todas las cláusulas siempre y cuando no vayan contra la Sharìa, ni los preceptos del Corán"

En este tipo de matrimonios no hay equivalencias, así podemos ver cómo aún con estas cláusulas la mujer sigue estando en situación de inferioridad con respecto al hombre.

¿Si la mujer no quiere someterse al marido, tiene éste derecho a castigarla?.. Si, SURA IV-versículo 38. En el Derecho Islámico el marido puede castigar o más bien reprender a su mujer y no pasa nada, pero con matices pues depende también del nivel cultural, no es algo tan generalizado como se piensa, puede ser también una causa de repudio muchas veces, el maltrato físico no es el peor, el psicológico es mucho peor para la mayoría de estas mujeres. (En el punto 3 de este estudio se comprende la violencia de género contra las mujeres dentro del Islam.)

11 MATRIMONIO POLIGAMICO, CUESTION DE ORDEN PÚBLICO ATENUADO

*Según el antropólogo Marvin Harris "…*El matrimonio plural-poligamia-se da en alguna medida, como mínimo, en el 90% de todas las culturas…""La poligamia ha existido desde la antigüedad más remota en culturas de todas las épocas y de todo el mundo: desde Mesopotamia, antiguo Egipto, Fenicia o Persia hasta los nativos de Australia, el Sahel africano, la India con las islas del Pacifico" (56)

"Según la circular 2008/14 de 25 de febrero de la CNAV (entidad francesa análoga a la seguridad social española), actualmente, esta institución jurídica es legal en 47 países de Asia y África: a Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Qatar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Mali, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia".

En el Islam el matrimonio es un mandato coránico, cuyo rasgo fundamental es ser contrato de derecho privado que regula la unión entre un hombre y una o varias mujeres. Algunos autores, (ver: Sara Acuña Guirola- Rocío Domínguez Bartolomé, en Aproximación al matrimonio

musulmán en la Sharía. Ed. Instituto Martín Azpilicueta. Ius Canonicium 2002). se compara el matrimonio islámico con una compraventa, una negociación entre partes, de la que una de ellas es la mujer, este contrato concluye con la entrega de la dote.

De alguna manera podemos decir que la diferencia entre el matrimonio y la compraventa es que en el contrato de compraventa este es total y libre sin contenido moral. (12) y en cambio el matrimonio es un negocio jurídico puro no puede estar sometido a condición término o modo(17), es obligatorio según el derecho musulmán, todo aquel que tenga medios suficientes y está dirigido a la procreación

. Acceso al RC español de un matrimonio poligámico.

Uno de los impedimentos a la hora de contraer matrimonio consiste en el vínculo o ligamen*….” Es el contrayente extranjero el que debe probar en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, de forma tajante su libertad para contraer matrimonio. Esto significa que no puede estar ligado por un vínculo anterior puesto que el impedimento de ligamen provoca la nulidad absoluta del matrimonio (art 46CC) (RDGRN 4-6-2001) (17)*

"... No procede conceder autorización solicitada para la celebración de matrimonio civil pretendido, alegando fundamentos jurídicos que los documentos acompañados para justificar el divorcio no son bastantes a los efectos de acreditar la disolución del vínculo*, pues en ellos no consta que el divorcio sea irrevocable y éste no se justifica por testimonio de la decisión judicial del divorcio, sino por declaración de unos testigos; ….Aunque el contrayente marroquí, de acuerdo con su peculiar estatuto personal, es libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, poligamia, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la extensión de Orden Público Internacional (artículo 12.3 Código Civil) que no puede permitir que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado, ya que ello atentaría la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del matrimonio" (RDGRN 4-6-2001)*

"No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese casado y ya legítimamente"

Por otro lado podemos decir que:

"No pueden contraer matrimonio:

1º Los menores de edad no emancipados.

2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial" (artículo 46CC)

…"El/la contrayente de nacionalidad extranjera debe probar simplemente su libertad para poder contraer nuevo matrimonio, o lo que es lo mismo, no puede estar ligado por un vínculo anterior, pues el impedimento de ligamen provoca la nulidad de este matrimonio según hemos visto en el artículo 46.2 CC,"… (RDGRN 4-6-2001). (16) (25)

*"*Matrimonio celebrado por españoles en el extranjero según la "lex loci", es inscribirle en el Registro Civil siempre y cuando no haya duda alguna de la realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española. Puesto que es un principio básico del Registro Civil". (17)

En este caso, (**RDGRN 12-1-2007),** (17) los interesados contraen matrimonio bajo el rito coránico el 26 de enero de 2002, la contrayente contrajo matrimonio civil el 8 de julio de 1994 y la disolución se produjo el 9 de septiembre de 2004, fecha en que se dictó sentencia de divorcio. Queda claro que cuando se contrajo el segundo matrimonio no estaba disuelto el anterior, por tanto vemos como si existe un impedimento de ligamen que hacía imposible su celebración. Consecuentemente esto provoca la nulidad absoluta del segundo matrimonio celebrado, y por tanto la imposibilidad de su inscripción en el Registro Civil.

"El Instructor, asistido por el Secretario, oirá ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración…" (Artículo 246 RRC).

Si el interesado, sin que haya sobrevenido la disolución del vínculo vuelve a contraer segundo matrimonio islámico en este caso, con otra mujer, este segundo matrimonio es nulo de pleno derecho, jamás tendrá acceso al Registro Civil pues concurre el impedimento de ligamen.

Todo esto supone que la autoridad española, ante la que se cuestiona la validez de un matrimonio polígamo, aunque admitido por el Ordenamiento jurídico de la

nacionalidad del contrayente extranjero, (origen musulmán es este caso) debería rechazarla ya que es contrario a nuestro Orden Público Constitucional.(66) En esta materia se aplica para verificar la capacidad del contrayente en el Ordenamiento español en su calidad de Lex Fori, con lo cual, no se puede admitir la celebración de un segundo y posteriores matrimonios, ni se permite el acceso al Registro Civil español, del matrimonio poligámico válidamente celebrado al amparo de la Lex Loci, legislación española. Art 12.3 C.C "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al O.P"

El Orden Público del sistema español de Derecho Internacional Privado en materia matrimonial impide de forma tajante la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro Civil español. En la misma línea se coloca la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues resulta de forma inequívoca, al aludir al hecho de que admitir la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro Civil español atentaría no sólo contra la concepción española de matrimonio si no contra la propia dignidad constitucional de la mujer. (57)

En el Islam el matrimonio se considera un mandato coránico, sus rasgos fundamentales son, el ser un contrato civil que regula la unión entre un hombre y una o varias mujeres, y abarca tanto situaciones personales, familiares como económicas. Hay que matizar que la poligamia no es una institución obligada por la Sharía, es una opción que la ley atribuye al varón, éste puede decidir con quién contrae matrimonio. (58) El Derecho Islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón pero, sin embargo, permite el matrimonio del varón hasta con cuatro esposas a la vez. En cuanto a las bases del matrimonio en el Corán;

> *"…Casaos con las mujeres que os gusten, 2,3 o cuatro, pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Esto es lo más indicado para que no os apartéis de la justicia… "(CORAN, AZORA IV, versículo 3) (9)*

El Código de la Familia de 2004 de Marruecos, admite la poligamia del varón. Pero con restricciones, para que esta institución tenga efectividad se necesita tanto de la aceptación por parte de la esposa como la autorización por parte del Juez. Incluso cabe posibilidad de prohibición previa por parte de la mujer en el contrato matrimonial. El Código de Conducta en su artículo 41, resulta bastante novedoso en el sentido de que el derecho del varón a un segundo o posterior matrimonio queda sometido a un control judicial.(66) Los esposos deben comparecer ante el tribunal se le informará de la situación polígama a la futura esposa y posteriormente puede que se autorice o no el

matrimonio. Las condiciones para la autorización están tasadas, no se somete a voluntad de ninguna de las partes, el marido deberá guardar igualdad de trato y equidad entre todas las esposas, deberá justificar una razón objetiva y excepcional para el matrimonio y por último y no menos importante, que posee recursos suficientes para el mantenimiento de la familia actual y futura.

En Guinea, se admite la poligamia, se pueden tener hasta cuatro mujeres, y hasta las que se pueda pagar o mantener, pero esto hay que matizarlo…, en el caso de que una de las esposas sea de una edad considerablemente mayor, y si su marido la repudia, es normal que la siga manteniendo en casa con sus hijos, de esta manera tiene la posibilidad de volver a contraer matrimonio con otra mujer. (24)

En cambio el Código sobre el Estatuto personal de Túnez, prohíbe expresamente en su artículo 18.1 la poligamia

Como contrato puede ser rescindido a voluntad de las partes.

El Derecho Islámico reconoce el matrimonio poligámico con un número máximo de cuatro mujeres, en el caso de que el hombre quiere casarse con una más, con una quinta, tiene que repudiar a una de las cuatro, durante un año como mínimo. No se puede casar hasta transcurrido un año del repudio. Si se pasa el año y no vuelve con ella entonces ella es libre y si la quiere recuperar, se tiene que volver a casar (otro contrato, otra dote,...) No hay que olvidar que la poligamia en el Islam es un hecho de mutuo consentimiento. Nadie puede obligar a una mujer a que se case con un hombre ya casado. Además la esposa tiene el derecho de estipular condiciones como que su marido no se case con otra mujer como segunda esposa. El Islam permite al musulmán casarse con una segunda esposa, si puede, si tiene medios para mantenerla pues tiene la obligación de tratar por igual a todas sus esposas, y de mantener a todos en el mismo nivel social. El Corán limita el número máximo de esposas a cuatro, bajo la estricta condición de tratarlas equitativa y justamente a las cuatro. Cabe la posibilidad de que un musulmán se case con una quinta mujer, para ello previamente habrá tenido que divorciarse o repudiar a una de las cuatro mujeres, y sólo cuando el repudio sea firme o sea haya transcurrido el plazo de Idda, podrá volver a contraer nuevo matrimonio.

La poligamia es una institución con un marcado carácter religioso, autorizada por el Corán pero no instituida por el Corán, el matrimonio poligámico en un principio era una costumbre que después se recogió en el Corán. En países como Marruecos ha sido prácticamente abolida, (ya hemos visto su regulación jurídica positiva) y pasa a ser, de alguna manera, responsabilidad de la mujer. En otros países de tradición musulmana, nos puede sorprender que en sus sistemas jurídicos la poligamia esté podemos decir

prohibida, ya dijimos anteriormente como es el caso de Túnez, (8) El legislador marroquí deja prácticamente en manos de la esposa esta figura, así ella puede condicionar la existencia de su matrimonio a la condición de que no haya ningún otro más. (Monogamia) De esta manera la prohibición de la poligamia estará dotada de fuerza de ley tal como prescribe el artículo 40 del nuevo texto de la Mudawana *"se prohíbe la poligamia si cabe temer una injusticia entre las esposas, y se prohíbe también si ha sido prevista en el acta de matrimonio la opción de la monogamia".* Algo similar se recoge en el Código de Familia argelino, en su artículo 8 contempla el trato equitativo a las esposas y también contempla la figura de la autorización judicial siendo similar a la regulación marroquí en este aspecto. (66)

Pero nada de esto es válido si no consta en el acta de matrimonio. Necesitará una autorización judicial para la validez de su segundo matrimonio y es en este caso cuando la mujer tendrá derecho a pedir divorcio. Puede ocurrir que el tribunal autorice al sujeto a contraer nuevo matrimonio, para la validez del mismo este se debe comunicar a la segunda esposa que su futuro esposo está casado y ésta lo acepta.

Parte de la doctrina siempre ha creído que el matrimonio poligámico tiene su razón de ser en una creencia religiosa sólidamente afianzada. Se basan para ello en el artículo 9.1 del convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. (59)

Se trata la poligamia, de una de las instituciones dentro del Derecho Islámico, que más contrasta con principios y valores de los Ordenamientos Europeos u occidentales, puesto que en éstos la monogamia del matrimonio es un valor protegido por el propio Ordenamiento.

El matrimonio poligámico supone una vulneración de los derechos y libertades de la mujer/esposa porque no se encuentra en igualdad con su marido, presenta un difícil acomodo en Ordenamientos Jurídicos como el español. Puesto que la monogamia es un elemento esencial en la concepción del matrimonio en el Derecho español, y sería de reiterada aplicación la cláusula del Orden Público por parte por ejemplo de la Dirección General de Registros y Notariado a la hora de excluir la eficacia de los mismos o denegar el matrimonio civil a personas vinculadas por un matrimonio anterior.

En España no estaría permitida la poligamia sino todo lo contrario, es elemento esencial del matrimonio la monogamia, aunque podríamos considerar que estuviera comprendida dentro de la libertad religiosa puesto que a través de la misma están conculcando principios básicos de nuestro Ordenamiento Jurídico Público como son la Libertad, Igualdad, y Dignidad de la mujer. Así vemos como se lesionan los principios fundamentales del matrimonio. La Igualdad de los contrayentes, la Libertad de la esposa, la Dignidad…cualquier institución que altere estos principios deberá restringir la aplicación de los mismos por cuestión de alteración del Orden Público. (16) (60)

El límite del Orden Público, puede llevar a unos resultados perversos sirva como ejemplo la reagrupación familiar. La L.O.4/2000 de 11 enero, en España no se admitirá el reagrupamiento de más de un cónyuge al extranjero polígamo. (60)

Si tenemos en cuenta el artículo 9.1 C.C. nos podríamos encontrar con que sería aplicable, en el caso de matrimonios mixtos, la ley nacional del contrayente, y tener éste la nacionalidad de un país cuyo derecho admite el matrimonio polígamo, tal es el caso del Derecho Islámico, consecuencia de ello sería capaz de volver a contraer nuevo matrimonio el sujeto que ya está ligado por uno anterior no disuelto. Así, podríamos sólo en teoría estar ante la aceptación de la poligamia aunque limitada solamente a unos pocos efectos. (Pensiones de viudedad, orfandad por ejemplo), (8)"Cuestión de orden público atenuado" "lo que se prohíbe, por su contrariedad con el orden público es la celebración de un matrimonio polígamico… sólo la primera esposa….figurará como esposa en el R.C. español. Sin embargo, los efectos periféricos del segundo matrimonio, derechos sucesorio, viudedad, orfandad no vulneran el orden público español"…. Fuente: VAQUERO LÓPEZ CARMEN .Profesora doctora de D. I. Pr.. Universidad de Valladolid. "El Harem desde Occidente: "la protección de la mujer en el sistema español de DIPR.". Apartado II" La incidencia de la normativa sobre Derechos Fundamentales." Ahora bien, en nuestro Ordenamiento Jurídico no tiene cabida esta institución, sirva de ejemplo

"No pueden contraer matrimonio:

1. Los menores de edad no emancipados.

2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial".... (Artículo 46 del código civil)

"El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente la anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año". (Artículo 217 código penal:)

…"Resulta interesante destacar en este artículo el elemento intencional "a sabiendas" de que subsiste legalmente el matrimonio anterior. Así es punible el dolo directo, no el

eventual ni la comisión imprudente pues no está prevista legalmente, aunque si se ha admitido esta última por vía del error vencible"…. (62)

***SAP* 201 Málaga, Melilla, penal, número siete/2003 (sección séptima), de 11 de febrero de 2003:** HECHOS PROBADOS…."El acusado tiene nacionalidad española, nacionalidad que ostentaba cuando contrajo matrimonio en Marruecos con A. de nacionalidad marroquí, por el rito coránico en 1992 del cual nacieron dos hijos. Adquiere en 2001 nuevo matrimonio con C. en Melilla celebrado bajo la legislación española. FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO. Argumenta que nadie se lo impidió, realmente fue así porque en ningún momento mencionó la existencia de ese matrimonio a la hora de inscribir su segundo matrimonio en el Registro Civil de Melilla. Pudo decirlo y lo ocultó. Siempre alegó que era soltero. …"Según la doctrina y jurisprudencia del art. 62 y 63 CC, el matrimonio produce efectos desde su celebración, sin que la inscripción tenga carácter constitutivo sino solamente declarativo". La Ley Penal se aplicará por igual al que contrajera segundo o ulterior matrimonio a sabiendas que subsiste legalmente la anterior. …"El acusado cometió delito de bigamia al contraer segundo matrimonio en España sabiendo que no estaba disuelto su anterior matrimonio contraído en Marruecos"…FALLO. Se confirma la Sentencia en primera instancia de seis meses de prisión con inhabilitación para el derecho sufragio pasivo durante tal tiempo así como el pago de las costas".

Indirectamente, **la D.G.R.N** Resolución nº 2/2001 de 14 de mayo, fundamento de derecho IV, RJ 2002/1728 (Aranzadi) reconoce la existencia de efectos de la poligamia, en cuanto que se refieren a la inscripción de segundos matrimonios extranjeros en el RC expresa *"no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que el segundo matrimonio puede producir para el Ordenamiento Español". De esta manera vemos como si reconoce que puede haber algún efecto indirecto o colateral que este tipo de matrimonio puede producir*.

RGRN 2 de junio de 2010: se trata de matrimonio poligámico celebrado en Marruecos. "*no es inscribible"* en el RC matrimonio poligámico celebrado en Marruecos por un marroquí (país de origen) que a posteriori adquirió la nacionalidad Fundamento de Derecho IV."…*Aunque el matrimonio sea válido para el Ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar el Estatuto Personal de los contrayentes, es claro que en este punto la ley extranjera ha de quedar excluida y ha de aplicarse la norma de conflicto, por virtud de la extensión de Orden Público Internacional (art 12.3 CC) que impide la inscripción de un matrimonio contrario a la concepción española de la institución matrimonial". Se desestima el recurso y se confirma el auto apelado.*

RDGRN de 23 mayo 1994. Gira en torno al carácter matrimonial de la filiación basándose en los efectos del matrimonio putativo según los arts. 61 y 79 CC**.** Se trata de un matrimonio musulmán celebrado en España entre dos personas de nacionalidad siria y alemana. El matrimonio se celebró por la ley personal de uno de los contrayentes así el matrimonio en principio fue aparentemente válido. (Artículo 61 y 79 del C.C., artículo 70 Ley del Registro Civil) aunque este matrimonio no puede desarrollar sus efectos y no ha sido inscrito en el R.C., la propia D.G.R.N considera expresamente la posibilidad de producir los mismos efectos del matrimonio putativo, en cuanto al menos el carácter matrimonial de la filiación, que quedaría a salvo conforme a los artículos 71 y 79 del C.C. Por un lado, **el artículo 71 de C.C.** "Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida". Cesaría toda representación y poder que en el matrimonio islámico asume el marido en exclusividad. Pues sabemos que en el derecho islámico es el marido quien gestiona todo en cuanto a matrimonio, no olvidemos que todavía existe la licencia marital, se refiere incluso la filiación, pues la dirección en la educación en la fe musulmana es potestad del padre, por otro lado en al **artículo 79C.C** "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe." …"Que no es sino el matrimonio que nulo que se reputa válido para algunos efectos"…Así …"el hecho de que el matrimonio no haya sido inscrito aún en el Registro español competente no ha de impedir a la vista de los arts. 61 y 79 CC que aquel enlace haya de surtir al menos los efectos del matrimonio putativo y el carácter matrimonial de la filiación discutida". (17).Se reconocen los efectos del matrimonio putativo en cuanto a la filiación

En el mismo sentido se pronuncia la **RGRN 10 julio 1996,** sigue vigente el impedimento de ligamen, se contrae matrimonio en Marruecos sin haberse disuelto anterior matrimonio de la esposa. Este matrimonio es válido, cumple los requisitos formales exigidos en el lugar donde se contrae el mismo pero no puede ser inscrito nuestro Registro Civil pues se trataría de un matrimonio nulo al existir impedimento de ligamen conforme al art.46 CC. así que este matrimonio islámico tiene los efectos del matrimonio putativo en cuanto a filiación según el art 79.CC. De esta manera la filiación del menor siempre tendrá carácter matrimonial.

La D.G.R.N .expresa que no se puede admitir en el Registro Civil matrimonios polígamos en tanto que los contrayentes no tienen capacidad matrimonial. pues solo serán inscribibles siempre y cuando no albergue duda alguna sobre su legalidad conforme al ordenamiento jurídico español. Esto es incompatible con un vínculo matrimonial previo conforme al art. 46 CC. el segundo y posteriores matrimonios serán nulos de pleno derecho.

¿Se podría pensar en la posibilidad de inscribir en el Registro Civil un segundo o posterior matrimonio válidamente celebrado en el extranjero en los que una vez el encargado del Registro compruebe la capacidad matrimonial de los

implicados no habiendo constancia de disolución alguna de un anterior vínculo? No, el impedimento de ligamen imposibilita toda inscripción de segundo o posterior matrimonio.

RGRN. Núm. 2 de 14-05-2001, RJ 2002/1728 relativo a la solicitud de la inscripción en el Registro Civil de matrimonio polígamo.

D A. nacido en Marruecos casado con Dña T y Dña. M. marroquí divorciada contraen matrimonio válido en Marruecos conforme a la ley de su país. Ambos sujetos marroquíes, la poligamia es válida en el momento de contraer matrimonio pues su ley personal así lo permite. Cuando solicita la inscripción del matrimonio su nacionalidad era española y su anterior esposa había fallecido.

.FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO: ".. aunque el segundo enlace sea válido para el Ordenamiento marroquí 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 españolas de conflicto ha de quedar excluida por virtud de la extensión de Orden Público Internacional, que no puede permitir la inscripción de un matrimonio polígamo y como tal, atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la Dignidad constitucional de la mujer...."

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO…No puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el RC español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace"…

RGRN 3ª 7 octubre 2008*: se deniega, no cabe la inscripción del segundo matrimonio de un español al estar ligado por matrimonio anterior del que no se divorció hasta después de haber contraído éste segundo matrimonio. "El matrimonio celebrado por españoles en el extranjero según la Lex Loci se puede inscribir siempre y cuando no haya ninguna duda acerca de la veracidad y la realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española". Por otro lado se explica que es nulo por imperativo legal el segundo matrimonio existiendo todavía el primero, no puede inscribirse en el R.C. En este supuesto los interesados contrajeron por el rito coránico matrimonio en Marruecos el 16 de junio 1993, el contrayente se encontraba ligado por matrimonio anterior también celebrado Marruecos cuya disolución se produjo el 13 de julio de 1993, fecha en la que la Sentencia de divorcio es firme cuando se contrae este segundo matrimonio que se pretende inscribir no había Sentencia de divorcio con lo cual el matrimonio anterior seguía en vigor esto provoca la nulidad del segundo matrimonio que no puede ser inscrito en el R. C."*.

RDGRYN de 12 septiembre de 2002 (69) (repertorio Jurisprudencia Aranzadi 2003, nº 136) en la que se deniega la autorización para contraer matrimonio civil entre marroquí y español puesto que no se ha probado la disolución del vínculo anterior de la

contrayente marroquí. El Ministerio Fiscal se opone en la instrucción del expediente, *"...no queda acreditada la capacidad para contraer matrimonio de la solicitante, existe un matrimonio anterior todavía no disuelto"...*Se aporta copia del acta de repudio irrevocable, al no concurrir las dos repudiaciones que forme a derecho musulmán transforman el repudio en irrevocable provocando disolución del vínculo. Ambos promotores interponen recurso basándose en el certificado del Cónsul General del Reino de Marruecos en Barcelona donde constan divorcio a la mujer porque ha transcurrido o expirado la IDDA, (90 días desde el primer repudio, es el plazo legal establecido que impide a la mujer contraer nuevo matrimonio).La DGRN... *"no se acredita suficientemente expirado el período de retiro legal, (90 días) que el esposo no haya reanudado el plazo del acto conyugal. Sólo se justifica el derecho marroquí aplicable pero no que la interesada tiene libertad para contraer nuevo matrimonio"....*

RGRN 5 noviembre de 1996 Ciudadano egipcio contrae civilmente matrimonio en España en 1988 con española. Matrimonio que estaba inscrito en el R.C. Se divorcia en 1994. Cuando se casa por segunda vez en Egipto estaba todavía casado con ciudadana española. Este segundo enlace es válido en el Ordenamiento Egipcio pero no es inscribible en el R.C. español. El Estatuto Personal de los contrayentes es la Ley extranjera, y es aplicable según nuestras normas de conflicto, pero queda excluida en virtud de la extensión de Orden Público pues el matrimonio polígamo atenta contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio.

RGRN 2ª dos noviembre 1999 *En este caso hubo un repudio de la primera mujer conforme al derecho marroquí, este repudio era revocable así que no implica la disolución del vínculo por lo que cuando contrae su segundo matrimonio en Marruecos estaba legalmente casado con otra mujer. Se trata de un caso de matrimonio polígamo contrario al Orden Público Internacional, no inscribible en el R.C. Español.*

Así la Doctrina Española dice que no se pueden considerar válidos estos matrimonios, aunque tampoco se puede considerar lesionada la libertad religiosa ya que la mayoría de las legislaciones seculares, tampoco admiten la poligamia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26/07/2004, Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo., Recurso de Casación 4114/2000 contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional 1323/1998

El supuesto de hecho se trata de la denegación de nacionalidad al ciudadano marroquí con permiso de trabajo y residencia desde 1979 en España, casado con dos mujeres. La prueba obrante de las actuaciones demuestra que carece del necesario grado de integración social española

La sala estima en el fundamento de derecho segundo que... "no estar acreditado con la suficiente claridad la clase de vida familiar que tiene el recurrente, respetando cualquiera que sea el género de vida, esta sala no entiende acreditado que el recurrente se encuentre adaptado a las costumbres y al género de vida españolas..." en la Sentencia queda probado que el individuo cuestión tenía tres esposas la primera de estas fallecida. La sala no entra a cuestionarse que sea conforme o no a la legislación y religión islámica. Simplemente no lo es conforme a la legislación española en su fundamento cuarto A,..."*Por lo que no puede aceptarse la pretendida integración a los usos y costumbres de eso que se llama sociedad española"... el significante sociedad se emplea en ese artículo 22.4del Código Civil con el significado político-sociológico de convivencia de una comunidad humana bajo usos comunes"*.

En el fundamento cuarto C,"...una cosa es obtener el derecho de residencia y otra cosa obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere…. La Sala 3º del TS habla de un plus a la residencia de naturaleza política que tiene…. que es el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por Sufragio Universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos."...el fundamento quinto rechaza los motivos de casación invocados.

Existe una cierta flexibilidad en este tema en cuanto a pensiones de viudedad se refiere. Existe jurisprudencia al respecto, en lo que tras el fallecimiento de un hombre casado con más de una mujer, ha primado la necesidad de protección social de todas las esposas frente a la de la primera de ellas. En esta línea la necesidad de proteger a todas las esposas no implica otorgar más de una pensión de viudedad íntegra a una de las viudas, sino a prorrata entre todas las supérstites, nuestros tribunales no ofrecen en sus sentencias un resultado único o uniforme, vemos diferentes TSJ como los de Cataluña, Galicia, Madrid y Andalucía pues la solución aportada en diferentes casos conlleva a soluciones completamente diferentes, como más adelante veremos. (63)

No podemos obviar que si tomamos al pie de la letra la prohibición de la poligamia y sus efectos, dicho de otra forma, negar toda eficacia a matrimonios polígamos celebrados en el extranjero sus efectos, no favorece la aplicación del principio de igualdad de oportunidades sino que se puede correr el riesgo de producir el efecto contrario, provocando una mayor discriminación de la persona a la que se pretende proteger. Puesto que impide reconocer consecuencias o efectos que en casos concretos incluso pueden beneficiar a la misma, razones de naturaleza económica y

fiscal, que gravan al sector público y motivan por esta razón el rechazo general de los Ordenamientos Jurídicos europeos a tolerar la eficacia de los matrimonios poligámicos, de esta manera se entendería que las ayudas económicas a éstos familiares podrían verse multiplicadas por el número de esposas e hijos, el incremento del gasto sanitario y escolar, multiplicación de pensiones, sirva de ejemplo negar parte de la pensión de viudedad a una segunda, tercera o cuarta esposa.(el hecho de considerarla no tiene traducirse en un gasto extraordinario)

En lo que concierne a este tema, la Jurisprudencia se muestra dividida sirva de ejemplo Sentencia del **TSJ de Cataluña 5255/2003** frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número seis de Barcelona de 10 octubre 2001 con número de procedimiento 945/1999. (69)(Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social 2002,nº3049)

ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO, Ciudadano marroquí se casa en Gambia, matrimonio musulmán con su primera mujer en 1980 y con su segunda mujer 1993 con cada una tuvo tres hijos, falleció .Su primera mujer Mª T solicita pensión de viudedad ante el INSS, que le es reconocida con una prorrata del 50%. Más tarde se le reconoce a su segunda mujer J., en el mismo porcentaje. No estando la primera de acuerdo con la concesión de pensión de viudedad compartida interpone Reclamación Previa que fue desestimada. Anunciando posteriormente Recurso de Suplicación

"La cuestión que se plantea en el fundamento de derecho tercero es determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y si ésta figura puede ser aplicada y tener efectos dentro del Ordenamiento Jurídico Español, o por si al contrario, atenta contra el Orden Público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar "

Respecto matrimonio islámico, (musulmán), "*el Acuerdo de Cooperación del 20/2/1992 entre el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España, supone la aplicación del derecho musulmán para regular la forma coránica de la celebración del matrimonio* "y de forma subsidiaria "*en todo lo no regulado en dicho ordenamiento se aplicará la legislación civil española, pero si tales normas fueren contrarias a la CE o leyes de desarrollo no serían aplicación".* Se distingue en este acuerdo..."*entre la conciencia del creyente en la fe musulmana que lo obliga a cumplir con las previsiones de su religión y su condición de ciudadano del Estado, que obliga al cumplimiento de determinados requisitos civiles".* Se entiende que" no se puede celebrar válidamente un matrimonio si ambos contrayentes o uno de ellos está sujeto al impedimento de ligamen anterior*",* se rechaza de plano la poligamia "*por atentar a un elemento sustancial calificado como cuestión de Orden Público*".

La poligamia es una institución que no pasa desapercibida, pues choca de frente en nuestro Ordenamiento Jurídico, ejemplos de ello lo tenemos en la Ley de Extranjería. L.O.4/2000 de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la ley 8/2000 de 22 diciembre y su desarrollo reglamentario posterior, respecto de la reagrupación familiar establece en su artículo 16. 2 "*los extranjeros residentes en España tienen derecho reagruparse con ellos a determinados familiares*", en su artículo 17 número uno, el derecho de reagrupación "*lo tiene su cónyuge siempre y cuando no esté separado ni derecho ni de derecho*". También se precisa que en "*ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial* Por otro lado , el artículo 217 del Código Penal contempla la poligamia como un delito de bigamia penado con penas de entre 6 meses y un año. En el artículo 46.2 del C.C,, no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial, el impedimento de ligamen provoca la nulidad.[Ver RGRYN 4/6/2001(64) **]**

Volviendo al caso, el matrimonio se celebró en Gambia, dado que la regulación del matrimonio se regula por la Ley personal del sujeto en cuestión, en tal país es válida la poligamia así que debería reconocerse la eficacia de la situación por aplicación de las normas del Derecho Internacional Privado, pero en este supuesto esta figura choca frontalmente con nuestro Ordenamiento Jurídico.

> "*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al Orden Público*". (Artículo 12.3 CC)

A efectos de la Ley española, el segundo matrimonio es nulo de pleno derecho, así este tribunal no cree que haya que repartir la pensión de viudedad entre ambas viudas. Puesto que cónyuge sólo lo era la primera mujer. El Tribunal falla y estima el Recurso de Suplicación revocando la Resolución del INSS y declarando a la actora el derecho a percibir la totalidad de la pensión de viudedad sin prorrateo.

Resulta interesante el voto particular de uno de sus magistrados (Dña Rosa Mª Virolés Piñol) que...*"entiende un error el hecho de entender que la "cuestión que se plantea a la sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener efectos dentro del Ordenamiento Español o por el contrario atenta contra el Orden Público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar"*.. Lo cierto es que si tenemos en cuenta los artículos 49.2 cualquier español puede contraer matrimonio con arreglo a la ley del lugar de celebración y 50 del Código Civil, que se refiere a matrimonio de extranjeros no hay un tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español pues requiere que uno de ambos tenga domicilio en España…. Por otro lado, en

cuanto a la distribución de la pensión de viudedad " 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 éstos de la pensión de viudedad única causada .La Sentencia de instancia dice que "la totalidad de la misma debe repartirse entre ambas viudas, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el art 174.2 LGSS porque el supuesto es distinto".

Este matrimonio puede ser reconocido a los efectos del Derecho Español si ha sido contraído conforme al Ordenamiento donde ocurrió su celebración. Así, conforme a los artículos 49 y 50 del C.C., es posible reconocer matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contraídos de conformidad con el Ordenamiento del lugar donde fueron celebrados, siempre y cuando fueran celebrados con el derecho extranjero en vigor. Todo ello pese a la cuestión del Orden Público que origina la poligamia puesto que según **STS de 22/11/77** a la que se hace referencia**,,** "*...la excepción de Orden Público no es regla absolutamente rígida sino que admite inflexiones... …*"*en este caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata*"...."El juzgador de instancia adopta el criterio de la distribución de la pensión a partes iguales, por mitad entre ambas esposas"…." "*la cuantía de la pensión ha de repartirse entre ambas viudas en proporción a la concurrencia de ambos matrimonios, aplicación analógica al 4.1 CC de las previsiones del art 174.2 LGSS"*

TSJ Madrid, de 29 julio 2002(69 (Repertorio de jurisprudencia Aranzadi))supuesto de hecho se trata de un matrimonio polígamo celebrado en Gambia, según ley personal. Se aplica Cuestión de Orden Público Atenuado, se rechaza el efecto directo de la poligamia del Derecho Español pero en aras a la equidad, se admiten ciertos efectos indirectos como lo es el derecho a la pensión de viudedad de la segunda mujer. La pensión de viudedad se repartirá prorrateada según el tiempo de convivencia con el causante. (65)

La Comisión Europea de Derechos Humanos dice en su artículo 12, del Convenio que, para contraer matrimonio habrá que tener en cuenta las leyes propias del país donde se contrae, así que tampoco sería admitido

En los diferentes Estados Europeos varía el grado de reconocimiento de la poligamia de unos a otros Estados si bien es cierto que si el sujeto nacional del Estado Europeo contrae posteriores matrimonios porque su religión así se lo permite, estos serán nulos de pleno derecho y no se les reconocerán efecto alguno. En cambio si el matrimonio polígamo se contrae entre extranjeros y fuera del territorio nacional conforme al Ordenamiento Jurídico del lugar donde se produce posteriormente uno o ambos contrayentes adquieren la nacionalidad del país de acogida, aunque la mayoría de los ordenamientos rechazan la eficacia directa de la poligamia si se reconocen efectos secundarios como son el caso de Francia cuya Jurisprudencia aplica analógicamente al

segundo y posteriores enlaces los efectos jurídicos del matrimonio putativo. Así todas las mujeres habidas y todos los hijos de estas entran en condiciones de igualdad en la liquidación del régimen económico matrimonial por ejemplo. En cambio el Estado les sigue negando el derecho a la prorrata de la pensión de la seguridad social o beneficios sanitarios, derechos estos que sólo se reconocen en la primera mujer.(60) La Ley Francesa de 1995 sobre inmigración permite reagrupamiento familiar solamente de una esposa, no establece prioridades entre ellas, puede ser cualquiera de ellas y los hijos de esta.

Nuestra Jurisprudencia, sólo reconoce efectos al primer matrimonio o sea a la primera esposa y los hijos de la misma no así al resto de las esposas. El artículo 17 de nuestra L.O.4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, excluye el reagrupamiento de "... más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial..."(63).Así vemos cómo de forma implícita al varón se le podría reconocer de alguna manera el derecho a elegir a la esposa que puede solicitar la residencia por agrupamiento. En estos casos, el segundo matrimonio se considera inexistente para el Derecho Español, y no podrá tener acceso al R.C. por concurrir el impedimento de ligamen contenido nuestro C.C. (artículos 46.2 y 73.2) Aunque como hemos visto, en nuestra Jurisprudencia, existen casos en los que reconoce estos derechos a la segunda y posteriores mujeres en el caso concreto de obtener la alícuota correspondiente con respecto a la pensión de viudedad ambas viudas (63**)**

STSJ Madrid número 456/2002 (social), sección 4ª, 29 de julio de 2002.(repertorio de jurisprudencia Aranzadi 2002 nº3324)En el presente caso se trata de un Recurso de Suplicación (3180/2002) de una parte la actora, viuda de nacionalidad marroquí y de otra el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la Sentencia de 17 de enero de 2002, Juzgado de lo Social número 36 de Madrid (Autos 91/2001)(69)(63)

ANTECEDENTE DE HECHO PRIMERO. En el supuesto de hecho Don H se casó con Doña S. en 1993 en Marruecos, en 1995se casa con doña A., también en Marruecos. En 1996 se divorcia (realmente es un repudio no un divorcio como tal en Marruecos) de su segunda esposa doña Amina. En 1999 Don Hassan fallece en España.

Si bien en un principio a su primera esposa doña S. le correspondió cobrar el totalidad de la pensión de viudedad debido a la muerte de su marido. En el año 2000 el INSS comunica a la actora que esta pensión también se le ha reconocido a Doña A. (se les reconoce el 50% del total de la prestación a cada una).FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO. La actora presentó una Reclamación previa que fue desestimada por el INSS, posteriormente se interpone demanda La Sentencia de

Instancia estima esta Demanda y revoca la Resolución del INSS y se le atribuye la pensión en su integridad a la única viuda, que mantenía el vínculo matrimonial en la fecha del óbito. Puesto que la co-demandada Doña A "ya estaba divorciada".

Convenio sobre Seguridad Social Hispano Marroquí de 8-11-1979 (BOE 5-7-1982) en lo referente a la legislación aplicable, cada Estado contratante determina según su propia normativa interna, si el interesado reúne o no las condiciones para tener derecho a esta prestación. Artículo 174.2 LGSS," la legislación marroquí no puede afectar de forma absoluta al modo de distribución que contempla este artículo para supuestos de separación o divorcio."

En el supuesto fáctico se trata de un auténtico repudio, no de un divorcio tal como contempla las leyes españolas el artículo 23 de este Convenio Bilateral obliga a repartir la pensión entre ambas esposas en el caso concreto, debido al repudio de una de ellas, sólo se tiene en cuenta el periodo de convivencia matrimonial. FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO se reconoce el derecho a percibir con los mismos efectos temporales que se le atribuyeron inicialmente. FALLO. la pensión de viudedad se repartirá en proporción al tiempo convivido con el difunto, un 85% y un 14.74%

TSJ Aragón número 1038/2000 (contencioso administrativo, sección primera), Zaragoza a 22 de diciembre de 2000FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO. Se deniega el permiso de residencia a Doña E. esposa de un sujeto de Gambia por estar éste ya casado con Doña M. con permiso de residencia. FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO. El supuesto que se plantea es la aplicabilidad o no del art.54.6 RELOEX. pues la solicitud se realiza antes de la entrada en vigor de esta legislación pero se resuelve en cuanto a legislación anterior, en concreto dada la ausencia normativa en cuanto a poligamia, si son aplicables los art´46 y 73 del C:C: Resulta interesante en éste fundamento de la Sentencia donde dice expresamente "….. Por consiguiente es obvio que en España no se permite la poligamia y que en caso de que se produzca es un caso de nulidad en el que sólo quedan protegidos los efectos producidos respecto de hijos o de contrayentes de buena fe, (STS 13-E-83)……. "….. Ni siquiera podría hacer valer una convivencia More Uxorio derivada del no reconocimiento de un segundo matrimonio por cuanto como ha expuesto el Tribunal Constitucional no hay equivalencias entre el matrimonio y la convivencia More Uxorio. Tanto la familia basada en el matrimonio como la que se constituye mediante la unión de hecho están protegidas constitucionalmente…."

TSJ Galicia, (sala de lo social) 2 de abril 2002 (repertorio jurisprudencia Aranzadi social nº899) **confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social de la Coruña, (número 3), social, de 13 de julio de 1998.**(69**)** Sujeto de nacionalidad senegalesa, en posesión del permiso de trabajo de ámbito nacional en vigor. HECHO PROBADO SEGUNDO: Esposas, dos esposas senegalesas contrajeron matrimonio bajo la legislación de su país 1981 y 1974 de ambos matrimonios nacieron hijos. El sujeto en cuestión fallece en accidente de tráfico en 1995. Ambas esposas solicitan las correspondientes pensiones de viudedad y orfandad a la seguridad social. (60) HECHO PROBADO CUARTO. Estas son denegadas por no estar el causante incluido en el campo de aplicación del sistema de su vida social. Se trataba de un trabajador por cuenta propia así no le es de aplicación el art.7.5 LGSS ni las normas internacionales de carácter multilateral. HECHO PROBADO QUINTO, el trabajador figura dado de alta en el RETA, la Circular 3-043 de 10 de agosto de 1995 señala los países incluidos en el campo de aplicación del RETA, se incluye a la República de Senegal.

FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO: ”se discute la posibilidad de concesión de viudedad dada la existencia de dos viudas legales según la legislación senegalesa pero unidas en matrimonio prohibido por la legislación española”….,…”El artículo 174 de la ley General de la Seguridad Social reconoce al cónyuge superviviente, y exige que el matrimonio se haya contraído legalmente.”…” Esta Ley no exige que el matrimonio sea celebrado al amparo de la legislación española”…”, dicho matrimonio es legal en base a su propia legislación pues está permitida la poligamia en el país de origen de las viudas, así surte efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros”….

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO Se reconoce la prestación de viudedad por la legislación española, consistente en una única prestación del 45% de la base reguladora está totalidad debe repartirse entre ambas viudas y lo lógico es dividir la totalidad de la pensión entre ambas.

FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO En cuanto a las pensiones de orfandad solicitadas se reúnen los requisitos exigidos por la Ley de la Seguridad Social.

La aplicación del derecho extranjero no puede ser considerada de forma tajante ni excesivamente rígida, esta aplicación ha de ser flexible y variable adaptándose, en la medida de lo posible a las circunstancias concretas, al caso concreto y teniendo siempre en cuenta los cambios sociales.. Tenemos amplia Jurisprudencia en la cual basarnos para poder afirmar que si bien la institución del matrimonio poligámico como tal sigue siendo contraria al nuestro Orden público, no hay duda y por tanto se puede afirmar que esta institución produce algunos efectos civiles de contrayentes de buena fe, como pueden ser los hijos habidos, tanto en nuestra sociedad como nuestro propio Ordenamiento Jurídico reconociéndose en éste tipo de instituciones los mismos derechos que los de cualquier otro matrimonio reconocido legalmente por el

Ordenamiento Jurídico, en concreto la pensión de orfandad , acceso a la educación….. lo que podría considerarse efectos indirectos de la poligamia, lo que se puede traducir en el O.P. atenuado.

STS CA 26 febrero 2010: FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO: Recurso de Casación contra Sentencia de la Sección 3º de la sala de lo Contencioso administrativo de la AN de 14 de septiembre de 2006, desestima Recurso Contencioso Administrativo interpuesto a su vez contra la Resolución del Ministerio de Justicia de 25 de noviembre de 2003, que desestima a su vez el recurso de reposición de 23/7/2003 denegando la nacionalidad española por no haber justificado suficientemente grado de integración en la sociedad española sobre la base de su poligamia

FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO: …"se deniega la concesión de nacionalidad española por no haber justificado suficientemente grado de integración en la sociedad española sobre la base de su poligamia"….,…"El recurrente tiene nacionalidad senegalesa aporta un certificado de matrimonio senegalés en el que consta el matrimonio contraído el 15-12-1974 con J."…, en Senegal,…"cuando solicitó la nacionalidad declara estar casado con C. en fecha 4/03/1972 existiendo hijos de este matrimonio"…,…". En los informes policiales consta que manifestó haber estado casado con cuatro mujeres senegalesas con las que ha tenido ocho hijos que viven actualmente en Senegal. No consta la que dice ser su única y primera mujer que haya residido en algún momento en España"….

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO:…"El actor presenta una estructura familiar de poligamia que en su país de origen"… allí es legal. …"Ante el Ordenamiento Jurídico Español contraer un matrimonio existiendo otro anterior se considera delito, (217 CP)"…la integración que pretende no se acredita lo suficiente para entender que se cumple el presupuesto exigido de integración en la sociedad española, con lo cual se le deniega la nacionalidad española.

En el mismo sentido se expresa la **STS CA19 junio 2008,** FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO: Recurso de casación (RC6358/2002)contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (sección 3º de 11 de junio de 2002,confirmatoria de resolución del Ministerio de Justicia de 27 de noviembre de 2000""denegando solicitud de concesión de nacionalidad española formulada por D.S porque no justifica suficientemente el grado de integración en la sociedad española puesto que está casado con dos esposas", "el solicitante ningún momento al inicio del expediente manifestó esta circunstancia y fue en el informe policial cuando formuló alegaciones a tal respecto" (V/Lex España).

FUNDAMENTO DE DERCHO SEGUNDO: el recurrente considera su grado de integración suficiente y para ello se basa en que lleva "residiendo de forma legal en España más de 10 años con un trabajo estable y relaciones sociales absolutamente normales"…,sostiene que "el hecho de estar casado con dos mujeres son implica que

sea una situación contraria a la legislación española"…, para ello se basa en la lectura del art.9.2 CC para llegar a la conclusión de que la ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración permitía la poligamia, la Ley de Senegal.

SAN 4 junio 2009, Recurso de la Resolución de 12 de septiembre de 2006, confirmada en reposición por la Resolución 8 de octubre de 2007, dictadas por la DGRN , por delegación del Ministro de Justicia, que denegaron la solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente al considerar "que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española"….,…" En el informe oficial consta que está casado con tres mujeres, optando por ello por la poligamia."…

El recurrente manifiesta que…"esas relaciones de filiación lo fueron en virtud de relaciones jurídicas válidas para otros ordenamientos, es algo que no debe cuestionarse al presente siempre que las mismas no sean constitutivas de ilícitos para el ordenamiento español."…

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO: Así que se deniega la nacionalidad porque no justifica suficientemente el grado de integración en la sociedad española. Consta un informe de la DGP en el que el recurrente "tiene dos esposas T y B marroquíes y residentes en España", otro informe del CNI en el que se afirma que el recurrente…"está casado con tres mujeres. En la actualidad está separado pero no divorciado de ninguna de ellas. Las tres conocen la situación.". El recurrente no lo niega pero alega que estas relaciones se constituyeron al amparo de su ley personal y ésta permite la poligamia, y eso no debería ser obstáculo para adquirir la nacionalidad española.

…"El recurrente no invoca discriminación, sino que el grado de integración requerido es "suficiente"-no "total",…su circunstancia no le impide alcanzar un arraigo laboral y social. Ahora bien, se hace referencia a la ST de 4 de julio de 2004 al argumentar que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al O.P. español, que constituye un límite infranqueable a a eficacia del derecho extranjero"…

NOTAS

(1) "Abadía –Pretecille: la Comunication interculturalle, du chichlé á l'ènigme".
(2) Pakistán, Mauritania, Afganistán, Libia, son entre otros países que recogen el Islam como religión de Estado
(3) Fuente: CARIDAD RUIZ ALMODÓVAR. "Legislación de la familia en los países árabes.". Universidad de Granada.ISSN:1134-2277
(4) Esto último salvo en Arabia Saudí, aunque en los últimos comicios la mujer obtuvo alguna representación
(5) Fuente: JORGE LÓPEZ NAVARRO "Apuntes sobre el derecho de familia y sucesiones musulmán en Marruecos (La Mudawana).
(6) Arabia Saudí, según la BBC, 14 mujeres son elegidas en los comicios del 13 de diciembre.
(7) Ver J. CCABARGA y J LEIVA Argel. Mujer-Magreb//Entrevista con Meiem Belaala, presidenta de la Asociación Argelina Femmes en Détresse, "El Código de la Familia argelino arroja a las mujeres a una posición de menores de edad" del 14 al 2 de abril de 2005//Diagonal, Libertades y Derechos.
(8) Fuente: GIMENEZ COSTA, A. "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al Derecho Español"
(9) Traducción Juan Vernet, quinta edición.
(10) *"El fallecimiento de Mahoma dejó huérfana a una población islámica integrada entonces por unas 100.000 personas. El mensajero de Dios que así es como se le conoce entre los musulmanes, murió sin dejar sucesor. Todos sus hijos varones habían fallecido, no quedaba ningún heredero. La mayoría reconoció a Abu Bakr como califa, líder político de la comunidad puesto que para ellos Mahoma en su lecho de muerte le designó como sucesor.(suníes) En cambio existe otro grupo que reconocía a Ali, primo de Mahoma casado con su hija Fátima, como auténtico heredero.(chiíes).*

Ambas corrientes respetan el dogma de la unicidad de Dios tienen el mismo texto sagrado (el Corán), el mismo profeta (Mahoma), la misma creencia en la resurrección seguida del juicio final y las mismas obligaciones: la oración, el ayuno, la peregrinación y la limosna. Sin embargo también hay grandes diferencias que llevan a las fracciones Sunníes más extremistas a considerar como enemigos a los Chiíes. HISTORIA Y VIDA, Nº 557. ¿Conflicto sin fin? Antonio Baquero, periodista... No deberíamos llegar a esos extremos, pues su radical diferencia se encuentra en el modo de estudiar e interpretar el derecho, pues no existen diferencias dogmáticas importantes. (Zoila Combalía,"Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico, AequAlitas.)

Dentro de los primeros, Sunies, existen cuatro escuelas diferentes en cuanto al estudio del derecho de familia y patrimonial y son las siguientes:

Hanefí- *aunque apareció en Iraq (Kufa), es la escuela más antigua y más liberal, da importancia a la costumbre, esta rama admite la analogía como fuente del derecho. Es mayoritaria en Asia, Pakistán, Bangladesh, India, (Irak, país con importante población shií/chií un 60%, Siria, Libia, Jordania...)*

Malikí- también llamada "Escuela de Medina", es una escuela bastante rigorista, aceptar los hadiths (hechos ocurridos en tiempo del profeta e interpretados por el propio profeta) predomina en África, sobre todo del norte. Tuvo su máximo esplendor en Andalucía durante la conquista árabe en la península ibérica, Túnez, Argelia, Marruecos...

Shafií- se trata de otra escuela abierta, quizá la menos rígida del Islam Sunií. Es conservadora. Fundó la Jurisprudencia religiosa y admite el razonamiento analógico y el consenso como fuentes del derecho (Corán, sunna, consenso, analogía). Es la mayoritaria en Indonesia

Hambalí- se considera la escuela más rigurosa del Islam Sunií. El Corán y la Sunna son ley. Practican una interpretación y una aplicación literal del Islam, no recurre al consenso ni analogía, es la escuela jurídica oficial en Arabia saudí (hambalismo reformado). No hace la analogía ni la interpretación lógica. Hablamos de un Islam tradicional, Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Yemen, practican el wahabismo que reconoce solamente el Corán y la Sounna como fuentes de jurisprudencia...

En cuanto a los Chiíes, Iraq e Irán, por ejemplo, son países donde las mujeres no tienen prácticamente derechos, con una importante población Chiíta/Shií. El Chiísmo es una de las principales ramas del Islam. Son seguidores de Alí, primo y yerno de Mahoma. Reconocen cinco de los seis pilares del Islam, ellos no creen en el decreto divino (que todo viene de Dios lo bueno y lo malo) ellos creen en el imanato la figura del Imán, es el jefe supremo de la comunidad. La mayoría de los Chiíes se encuadran en tres grandes grupo o escuelas: Imamíes o duodecimanos, es el grupo mayoritario. Alauíes, también duodecimanos. Zaylies e Ismailíes..."(¿Conflicto sin fin? Antonio Baquero. Revista historia y vida nº 557.) Y (www.doctine-malikite.fr)

Escuelas Chiíes son Zaidí, Fatimí y Yafarí.

(11)hllps://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-24855.

(12) Art3.RD932/2013 de 29 de noviembre)

(13) Exposición de motivos ley 26/1992 de 10 de noviembre.

(14) Raymond Charles "Le Droit musulmán". París 1982.

(15) leyes por las que se aprueban Acuerdos de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (ley 24/1992 del 10 noviembre), con la Federación de Comunidades Israelitas (ley 25/1192 del 10 noviembre) con la Comisión Islámica (ley 26/1020 22, del 10 noviembre).

*(16)*ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, Univ. San Pablo de Olavide, Sevilla "Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes, capítulo I, eficacia ante el ordenamiento español d matrimonio celebrado por contrayentes en los que, al menos, uno sea marroquí. Apartado II, la capacidad y el consentimiento para la celebración del matrimonio"

(17)Fuente: 1- JOSE GONZALEZ OLLEROS, Comentarios y Jurisprudencia, Código Civil. Edición 17º, editorial Colex. Edición 2009

2- CALVO CARAVACA ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ JAVIER. Instrucción DGRN de 26 de diciembre de 1978 (B.O.E. 30 de diciembre 1978) Derecho de Familia Internacional.

3- ALVAREZ RODRÍGUEZ AURELIA. Matrimonios mixtos simulados, mecanismos de sanción. (Boletín 136 Colegio de abogados de Aragón, 1995).

…4.-BLANES RODRÍGUEZ ESTRELLA, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso Nº 2 de Valencia, "Reflexiones sobre as sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la Ley 4/2000,y el Principio de Legalidad, Seguridad Jurídica e Interdicción de la Arbitrariedad e los poderes públicos, el Derecho de Audiencia y Tutela Judicial Cautelar ."EN "Migración y Derecho, Estudios de Derecho Judicial". Director Jesús Ernesto Peces Morate. Magistrado del T.S. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002.

(18) *HASSAN BIZE, Revista Barakallah, 19/06/2011*.

(19) La Sharía es la Ley religiosa, integrada por dos fuentes principales: el Corán, es el libro sagrado y la Sunna, que a través de los Hadices recoge los dichos y hechos del profeta. Aunque recoge algunas disposiciones con un carácter o rango jurídico, la mayoría no lo son. Regula relaciones entre sujetos islámicos. Las fuentes del Islam son cuatro, el Corán, los Hadices, el Ijmá o consenso y el Quiyá (sunníes) y las dos primeras fuentes y los sabios que las interpretan, más los Tratados y Cartas relacionadas con Alí (Shiíes). Es un Derecho Sagrado.

(20)ESTÉVEZ BRASA, T.M. "Derecho Civil Musulmán Precedido de una introducción al advenimiento" Buenos Aires.

(21)Artículo siete. 1, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. "se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida la Ley Islámica desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil."..

(22) Ley 26/1992 de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. BOE 12/11/1992.

(23) RDGRN 24 mayo 1954,1 de julio de 1989, 12 febrero 1994

(24) Fuente: Alicia Navarro, ex Cónsul de la República de Guinea en Gran Canaria.

(25) ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, Univ. San Pablo de Olavide, Sevilla." Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, a menos uno sea marroquí... Matrimonio y divorcio en la relaciones Hispano Marroquíes." Ana Quiñonez Escámez, Andrés Rodríguez Benot, Khalid Berjaoui, Mohammed Tagmant.

(26)Fuente: Mª Linacero de la Fuente. Prof. Titular de Derecho Civil. Univ. Complutense de Madrid. Foro, nueva época, número 2/2005:411-438. En ésa misma línea, la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E. (LCEur 200073480) de 7 de diciembre de 2000, "… El derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las leyes nacionales que rigen su ejercicio*". "*. Se admite así como un derecho de configuración legal.

*(27)*El contenido de este epígrafe se ha extraído a su vez de dos estudios: Estudio Sociológico y Jurídico sobre homosexualidad y mundo islámico y Estudio jurídico: Islam homosexualidad y derechos de homosexuales y transexuales de LOLA MARTÍN ROMERO, MANUEL RÓDENAS PÉREZ Y FERNANDO VILAAMIL PÉREZ...,a día de hoy, estos datos apenas han variado.

(28) *1*-INSTRUCCIÓN 31 de enero de 2006 DGRYN apartado II punto 3ª, 2-*STS, Sala Tercera, 10 de junio de 2004, 3-BOE 203 de 23 de agosto de 2004)*.

(29) Ver: Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción. AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de León.

(30)BOE de 25 de enero de 1995.Instrucción de la RDGRN del 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero.

Resolución del Consejo de la U.E de 4 de diciembre de 1997, (Diario Oficial nº C 382 de 16 de diciembre de 1997.) modificado en 2005.GARCÍA RODRÍGUEZ L." Resolución del Consejo de la U.E de 4 de diciembre de 1997sobre medidas que deberían adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos"REIDI.19998

(31) *Ver Matrimonio y parejas de hecho, J, CARRASCOCA GONZÁLEZ*

(32).Instrucción DGRYN 9 de enero 2006, BOE de 25 de enero de 2006, sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero.

(33) *1-INSTRUCCION 31 de enero de 2006. Regla V 2-Art 16 Declaración de los DDHH 1948.*

(34)1- INSTRUCCION 31 de enero de 2006.regla V., Regla VII. 2-El matrimonio de Conveniencia. MARIANO AGUIAR BENÍTEZ DE LUGO, HILDA GRIEDE MACHADO

(35) BOE número 181, de 30 de julio de 1982.

(36).Ver: Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción. AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de León

(37) - RDGRN (4ª) de 6 de julio de 1998 en" *El matrimonio de Conveniencia". MARIANO AGUIAR BENÍTEZ DE LUGO, HILDA GRIEDE MACHADO*

(38) Fuente: ELENA ZABALO ESCUDERO. Comentario, artículo 17.1.a) Ley de Extranjería. Comentarios a la Ley de Extranjería. Ed Colex

(39) INSTRUCCIÓN 31 de enero de 2006 DGRYN Regla III, art. 16.2Declaración Universal de los Derechos Humanos)

(40) Fuente: PATRICIA ALZATE MONROY. Abogada. "Sobre los matrimonios de complacencia o conveniencia". Revista Actualidad.

(41)INSTRUCCION 31 de enero de 2006. reglaI V y artículos 45 y 73 C.C

(42)MATRIMONIO DE CONVENIENCIA, Aguilar Benítez de Lugo, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Hilda Grieder Machado, Profesora asociada de Derecho Internacional Privado. Universidad de Sevilla.

(43) BOE número 302 de 18 de diciembre de 1990, Punto 17, de este estudio.

(44)Ver: 1-El matrimonio de Conveniencia. MARIANO AGUIAR BENÍTEZ DE LUGO, HILDA GRIEDER MACHADO apartado IV, 2-: PATRICIA ALZATE MONROY. Abogada. "Sobre los matrimonios de complacencia o conveniencia". Revista Actualidad.

(45) INSTRUCCION de 31 de enero de 2006 regla IX, b, 4º.

(46) *INSTRUCCION 31 de enero de 2006 regla VII-a*

(47) Fuente: 1-ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, Univ. San Pablo de Olavide, Sevilla "Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes, capítulo I, eficacia ante el ordenamiento español d matrimonio celebrado por contrayentes en los que, al menos, uno sea marroquí. Apartado II, la capacidad y el consentimiento para la celebración del matrimonio". 2-Matrimonio y divorcio en la relaciones Hispano Marroquíes" 3-MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, HILDA GRIEDER, MACHADO en "El matrimonio de conveniencia" 4- INSTRUCCIÓN 31 de enero de 2006 regla VI, letras a y b. 3- Ver: Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción. AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Univ. de León.

(48)INSTRUCCION 31 de enero de 2006

(49)INSTRUCCION 31 de enero de 2006 regla VI

(50)INSTRUCCION 31 de enero de 2006 regla VIII-letra a.

(51)RDGRN 28-1-2005

(52) Ver: MOHAMMED ABDELKEFI ZLITNI "La mujer musulmana a través del matrimonio" Ed. Vulcano.

(53) CARRASCOSA GONZÁLEZ JAVIER," Derecho de familia internacional" .Ed. Colex

(54).DIAGO DIAGO Mª PILAR," Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el D.I.Pr. Revista Aequalitas.

(55) Artículo 36 del código argelino. Decreto 02 de 27 de febrero de 2005. Marruecos Ley 7003 de 3 de febrero de 2004. Túnez, artículo 23, ley 74 de 1993.No aparece ni en el Código de Túnez a partir de 1993, ni en el de marruecos a partir de 2004 ni en Siria aparece éste deber de obediencia de la esposa.

(56)Antropología cultural, Editorial Alianza, Madrid, 1990.

(57)ANDRÉS RODR´ÍGUEZ BENOT, Univ. San Pablo de Olavide, Sevilla "Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes, capítulo I, eficacia ante el ordenamiento español d matrimonio celebrado por contrayentes en los que, al menos, uno sea marroquí. Apartado II, la capacidad y el consentimiento para la celebración del matrimonio". ANA GIMÉNEZ COSTA, "El matrimonio musulmán, Problemas de adaptación al derecho español."

(58) Ver: AZCÁRRAGA MONZONIS CARMEN." Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de sexo"

(59)Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E: LCEur 2000/3480, firmada el 7 de diciembre de 2000, "el derecho a casarse y a fundar una familia están garantizados según las leyes nacionales que rigen su ejercicio"

(60) BENITO-BUTRÓN OCHOA JUAN CARLOS, Magistrado del TSJ País Vasco, Sala de los Social. "Pensión de viudedad y Derecho de Familia."

(61) Túnez, artículo 23"La esposa deberá participar en los gastos de la familia si posee bienes", Ley 74 de 1993.Libia, Ley 22 de 1991.Libia no elimina ninguno de los principios de derecho islámico en cuanto a dependencia de la mujer a la autoridad del hombre. Continua vigente en general salvo excepciones la obligatoriedad de la manutención de la esposa. Art. 17.

(62) MOYNA MÉNGUEZ JOSÉ, Magistrado del TS, Comentarios al artículo 217 del CP, 12º edición, 2008, Ed. Colex.

(63) DESDENTADO DAROCA ELENA, "La pensión de viudedad. Retos del derecho de familia y reflexiones sobre las últimas reformas." .Ed. Bomarzo. 2013. .III-"Los beneficiarios de la pensión de viudedad, últimas reformas y aplicación de la jurisprudencia".

(64) Fuente: JOSE GONZALEZ OLLEROS, Comentarios y Jurisprudencia, Código Civil. Edición 17º, editorial Colex. Edición 2009, comentarios al C.C. artículo 46.

(65) Ver: MOTILLA DE LA CALLE AGUSTIN" Multiculturalidad, derecho islámico, y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio.

(66)RICARDO RUEDA VALDIVIA Y CARMEN RUIZ SUTTIL ,"Matrimonio de la mujer marroquí", "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España"…"en cuanto a la RGRYN (1º)de 10 de junio de 1999,anuario de la DGRYN,1999,vol II, , la DGRYN argumentó que si bien la capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal del interesado89.1 CC)ésta no resulta de aplicación cuando el Derecho extranjero es contrario al orden público internacional español(12 CC)

(67)SÁNCHEZ LORENZO SIXTO. Catedrático de D .I. Pr. Universidad de Granada. "La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia. "En La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España" Instituto andaluz de la mujer.

(68) HOUDA ZEKI," La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones Hispano-Marroquíes. . "En La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España" Instituto andaluz de la mujer.

(69)QUIÑONEZ ESCAMEZ ANA, RODRIGUEZ BENOT ANDRES, BERDAJOUI KHALID, TAGMANT MOHAMMED, "Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano Marroquíes"

(70) PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993

BIBLOGRAFIA CONSULTADA

- ABDELLAH GANNOUN "luz sobre el Islam", "el Islam, guía de la perfección". Centro de Estudios islámicos y árabes en España- Marbella.
- ABDELCRIM CHAKKOR , Licenciado en Derecho. 1-"Mudawana e inmigración," MENSAJEROS DE LA PAZ, MADRID.; 2-"La Mudawana, el Código de Familia en Marruecos". MENSAJEROS DE LA PAZ, MADRID
- ABDELKEFI ZLITNI MOHAMMED. "La mujer musulmana a través del matrimonio".
- ABDENNUR PRADO "El Islam anterior al Islam". Colaboración Junta Islámica Catalana.
- ADAM MUÑOZ D. y BLAZQUEZ RODRÍGUEZ I., "Inmigración magrebí y Derecho de familia". Universidad de Sevilla. Sevilla, 2005.
- ADAM MUÑOZ D." La modificación del artículo 107 del C.C. y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo" Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades. Num.1172004.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO MARIANO, Catedrático de Derecho Internacional privado "Ius Nubendi y Orden Público Matrimonial"(Boletín nº 1862)
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO MARIANO, Catedrático de Derecho Internacional privado, GRIEDER MACHADO, HILDA, profesora asociada de Derecho Internacional Privado. "El matrimonio de conveniencia "Universidad de Sevilla 2005.Boletin 1879.
- AGILAR GRIEDER, HILDA, Profesora de Derecho Internacional Privado Univ. Huelva. "Crisis matrimoniales internacionales y conflictos de civilizaciones" .Aranzadi num.7/2012.Pamplona.
- AÍT SABBAH, FATNA, "La mujer en el inconsciente musulmán" Traducción del francés por Inmaculada Jiménez Morell. , Ediciones del Oriente y del Mediterráneo.
- ALVAREZ RODRÍGUEZ AURELIA, Profesora D. I. Pr. universidad de León. "Matrimonios Mixtos Simulados: Mecanismos de Sanción. Boletín 136, Colegios de Abogados de Aragón.
- ALVO BABIO FLORA, "Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia. Tirant Lo Blanch.
- ALXERA CABRE YOLANDA, "Mujeres en Marruecos, un análisis desde el parentesco y el género. Edicions Bellaterra.
- ALZATE MONROY PATRICIA. "Sobre los matrimonios de complacencia o conveniencia." .Revista Actualidad.
- ÁNGELES RAMÍREZ. Investigadora del taller de Estudios Internacionales Mediterráneos. Centro internacional Carlos V. Universidad Autónoma de Madrid. "La inmigración marroquí: los procesos de cambio en las relaciones de género y el papel del Islam.
- ARJONILLA, SOFIA "La mujer palestina en Gaza". Ediciones del Oriente y del Mediterráneo.
- AZCÁRRAGA MONZONIS CARMEN." Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de sexo", en MUJER Y DERECHO Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de Valencia .Ed. Tirant lo Blanch. 2011.
- BESSIS SOPHIE, BELHASSEN SOUAHAUR, "Mujeres del Magreb, lo que está en juego"
- BLANES RODRÍGUEZ ESTRELLA, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso Nº 2 de Valencia, "Reflexiones sobre as sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la Ley 4/2000,y el Principio de Legalidad, Seguridad Jurídica e Interdicción de la Arbitrariedad e los poderes públicos, el Derecho de Audiencia y Tutela Judicial Cautelar ."EN "Migración y Derecho, Estudios de Derecho Judicial". Director Jesús Ernesto Peces Morate. Magistrado del T.S. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002.
- BESSIS, SOPHIE, SOULHAUR BELHASSEN "Mujeres del Magreb. Lo que está en juego".
- BENITO BUTRON OCHOA JUAN CARLOS, Magistrado TSJ país Vasco, "Pensión de viudedad y D. de familia"
- BENNANI AZIZA"La realidad política y social"; ORANICH MAGDA, "Una interpretación progresiva de la Ley", SAREHANE FATNA, "El estatuto jurídico de la mujer en Marruecos"; VEYGA ANNA, "Reproducción y sanidad en

Marruecos Una primera aproximación"; MARTÍN MUÑOZ GEMA" La mujer en Marruecos, Estado de la cuestión y perspectivas" .Barcelona 26 de mayo de 1998, Madrid 27 de Mayo 1998. ICD, Generalitat de Catalunya.

- C.HERTEL, Sistemas jurídicos del mundo.(Familia jurídica islámica)
- CARDONA RUBERT Mª BELEN, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia "La integración socio laboral de los inmigrantes islámicos en España".
- CÓDIGO CIVIL, 17ª edición. Editorial Colex .Comentarios y Jurisprudencia a cargo de D. Modesto de Bustos Gómez Rico, Magistrado de la A.P. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández, Magistrado de la Sala I del T.S. D. Pablo de la Esperanza Rodríguez Notario de Madrid. D José González Olleros, Magistrado A.P. D. Pedro González Poveda, Magistrado Sala I T.S. D. Francisco Martín Castan, Magistrado Sala I T.S.D. José Mª Fiscal Jefe de Sala del T.S.
- COMBALIA ZOILA, "Estatuto de la mujer en el Dº Matrimonial Islámico" Revista AequAlitas. Editada por el Instituto Aragonés de Aragón y la Facultad de Derecho de la Universidad Aragonesa.
- DIAGO DIAGO Mª PILAR "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Privado" Revista AequAlitas. Nº 6
- DE LA ROSA, G.ESTEBAN, T. SAGHIR Y K. OULD ALI,"Inmigración y DºI.pr."(Una reflexión desde las dos orillas, España y Marruecos".
- DE PERALTA Y CARRASCO MANUEL. "El nuevo código de derecho de familia marroquí. La Mudawana……."
- DESDENTADO DAROCA ELENA, "La pensión de viudedad. Retos del derecho de familia y reflexiones sobre las últimas reformas." .Ed. Bomarzo. 2013.
- DURÁN TOMÁS SARA. Proyecto Adl. Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en Marrucos.2005-2009."Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí". Volumen II.
- ESTEVEZ BRASA, T.M. "Derecho civil musulmán. precedido de una introducción al advenimiento del Islam". Buenos Aires.
- DIAGO DIAGO Mª PILAR Revista AequAlitas "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado"
- EL CORÁN, Traducción de juan Vernet. Quinta edición, enero 2014.
- FATMA AIT SABBAD El lugar de la mujer en el Islam Contemporáneo. "La mujer en el inconsciente musulmán" Ediciones del Oriente y del Mediterráneo.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "La celebración del matrimonio religioso no católico" .Ed. Tecnos, Madrid 1999. " Resolución del Consejo de la U.E de 4 de diciembre de 1997sobre medidas que deberían adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos"REIDI.19998
- GIMENEZ COSTA, A. "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al Derecho Español". "Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI.XIII Congreso Internacional de Derecho de familia. /Coord. Por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Dorado Vara, Mª Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero.2004.ISBN 84-609-3858-1.Dialnet.
- GUNTHER DIETZ. Dr. en Antropología de la Universidad de Hamburgo, profesor de Antropología Social de la universidad de Granada. "Discriminación y Anti-Discriminación en España: el caso de las mujeres musulmanas". Artigos.
- HASSAN BIZE. "El matrimonio en el derecho islámico Hanafí" .Revista Barakallah.2011.
- INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL. "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España."
- OBSERVATORIO ANDALUSÍ.UNIÓN DE COMUNIDADES ISLÁMICAS DE ESPAÑA. Institución para la observación y seguimiento de la situación del ciudadano musulmán y la islamofobia en España. Informe anual.

- LABACA ZABALA, Mª l. "El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Estado Español". Revista jurídica de Castilla y León. nº 18.2009.´;"el matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español". Noticias jurídicas, 2005.
- LA MUJER EN EL ISLAM (I). SALEEM KAYANI. La Mujer en el Islam. La Condición de la Mujer en el Islam. CENTRO CULTURAL ISLAMICO EN VALENCIA ¿Cómo protege el Islam a la Mujer de la Violencia Doméstica? Dr. Yusuf al-QARADAWI. La voz de una mujer en el islam. LA MUJER EN EL ISLAM (II).NEZAR AHMAD AL – SABBAGH.
- LA NUEVA MUDAWWANA MARROQUÍ, entre tradición y modernidad. Colección Malcríales. Junta de Andalucía. Consejería de Empleo.
- LOBO, IRENE. Responsable del Programa Género y Desarrollo en la oficina Técnica de la Cooperación Española en Túnez. (OTC).Encuentro "Estrategias para los Derechos en el Mediterráneo". La igualdad formal y la igualdad efectiva en Túnez.
- MARTINEZ ALMIRA Mª MAGDALENA," La filiación paterna y materna en el Derecho Islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales." Feminismos. Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante.
- MIKUNDA FRANCO, E." Derechos Humanos y mundo islámico". Secretariado de publicaciones. Universidad de Sevilla, 2005.
- MOUALDHI, DJAOUIDA, Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Antropología Social y de Prehistoria. "Mujeres Musulmana: estereotipos occidentales versus realidad social"

  "Multiculturalidad, derecho islámico, y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio. Revista V/Lex
- MOTILLA Y LORENZO, P."Derecho de familia islámico, problemas de adaptación al Derecho Español. Ed. Colex. Madrid ,2002.
- PACHON CINTO FRAN, Asesor jurídico en Derecho Matrimonial y de Familia "Matrimonios internacionales II". Blog de Derecho Matrimonial, actualidad y opinión sobre las relaciones de pareja.
- PAZ AGUERAS JOSE MANUEL "El matrimonio en forma religiosa en los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones no católicas." Boletín de información, Madrid, boletín nº 1661(de febrero de 1993).
- PÉREZ BELTRÁN CARMELO. Profesor titular de sociología del mundo Árabe .Universidad de Granada. "Mujeres y ciudadanía en el Magreb: hacia una nueva realidad social en los albores del siglo XXI.; "Una nueva ley de familia para una nueva realidad social en el Magreb"
- PLANET CONTRERAS ANA ISABEL. "Laicidad, Islam e Inmigración en la España Contemporánea". Dpto. de Estudios Árabes e Islámicos. Universidad Autónoma de Madrid.
- QUIÑONEZ ESCAMEZ ANA,RODRIGUEZ BENOT ANDRES,BERDAJOUI KHALID,TAGMANT MOHAMMED, "Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano Marroquíes"
- RIOSALIDO JESUS, Academia de la Historia .Madrid. "Los Derechos Humanos en el Islam"
- ROBLES GAVIRA GABRIEL." Inmigrantes marroquíes en España: Permanencia o retorno"
- RUEDA VALDIVIA RICARDO, RUIZ SUTIL CARMEN, "Matrimonio de d la mujer marroquí. En La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España2Instituto andaluz de la mujer. SÁNCHEZ LORENZO SIXTO, "la mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia." HOUDA ZEKRI, "La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes". ESTEBAN DE LA ROSA, K.OUALD ALI Y SAGHIR, "El derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho ," La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España." .Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de Igualdad y Bienestar Social.
- PÉREZ BELTRÁN CARMELO, "Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia: estudio introductorio y traducción."
- PLANET CONTRERAS ANA I. Departamento de Estudios Árabes e Islámicos U.A.M. "laicidad, Islam e inmigración en la España Contemporánea"
- POLO SABAU JOSE R. Catedrático de Derecho Eclesiástico del estado. Univ. De Málaga. "La función de la forma de celebración del matrimonio y el principio de igualdad: algunas observaciones a la luz del proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Revista de Derecho Civil. http://nreg.es/ojs/index.php/RDC.

- RUIZ-ALMODÓVAR CARIDAD, "Legislación de la familia en los países árabes". Universidad de Granada.2007
- SÁNCHEZ LORENZO SIXTO. Catedrático de D .I. Pr. Universidad de Granada. "La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia. "En La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España" Instituto andaluz de la mujer.
- SERENA VITALE. Becaria Universidad de Pisa en el Departamento de Geografía Humana de la Univ. De Alicante. Proyecto SEC98-0628."El status de la mujer inmigrante. Las marroquíes en España".
- SERRANO MARTÍNEZ JOSE Mª. "Anales de Historia Contemporánea". la inmigración magrebí en España: asimilación, rechazo o pluralismo cultural. Publicado en marzo del 2000. Universidad de Murcia.
- SHARIF ABDUL ADIM. "La mujer en el Islam y en el judeocristianismo. Mito y realidad".
- SHEIJ HUSAIN ABD AL FATAH GARCÍA, "Una exposición del Derecho islámico. Historia del pensamiento y la doctrina jurídica y teoría general de la Ley Islámica. Biblioteca islámica Ahlul Bait (P).
- URIBE SABORA, "La familia islámica", Verde islám.15/12/1997.
- VALENZUELA MARTIN ALBA, "El matrimonio musulmán y su eficacia en España". Facultad de Derecho ULL.
- VERCELLÍN .G. Instituciones del mundo musulmán. Bellaterra, Barcelona 2003.RUIZ-ALMODÓVAR CARIDAD. "Legislación de la familia en los países árabes", universidad de Granada.2007.
- VITALE SERENA, "El status de la mujer migrante, las marroquíes en España".
- ZAPATA HERNÁNDEZ VICENTE MANUEL. Departamento de Geografía, universidad de La Laguna. "La Inmigración Magrebí en canarias" Boletín de la AGE nº 23.1996.Págs 129-149.
- http://www.migrarconderechos.es/legislaciónmastertable Resolución de consejo de 4 /12/1997 sobre medidas que deberán adoptarse me materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.
- http://w.w.w.tirantonline.com.bibproxy.ulpgc.es/tol/home/index.

Capítulo II

CRISIS MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN……...……..135
2. EL REPUDIO……..……140
3. DIVORCIO……...……154
4. NULIDAD……...…..169
5. EFECTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD,SEPARACIÓN Y DIVORCIO…….172
6. DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (disolución del patrimonio común)……..187
7. NOTAS……...……189
8. BIBLIOGRAFÍA.....195

Capítulo II

CRISIS MATRIMONIALES

1. INTRODUCCIÓN

Estamos viviendo a lo largo del siglo XXI, cómo surgen conflictos de diversa índole entre civilizaciones, conflictos interculturales, políticos, de carácter religioso…debido al surgimiento de relaciones entre sociedades multiétnicas o multiculturales, donde conviven personas que proceden delas más diferentes culturas. En particular, la cultura islámica, que se basa en principios y valores muy distintos y en ocasiones completamente opuestos a los de las sociedades occidentales.

Existe un antagonismo entre ambas culturas la islámica, y la occidental, antagonismo basado en una ideología laica propia de los Estados no confesionales, en contraposición a una ética verdaderamente religiosa que se basa en la superioridad del varón sobre la mujer (1) Así vemos como en las relaciones personales, familiares en concreto matrimoniales, son las mujeres las más afectadas por esta multiculturalidad.

La inmigración afecta tanto al sujeto inmigrante como al país de acogida. El extranjero que llega un país occidental como es España, sufre un cambio absoluto pero todavía lo es mucho más si se trata de una mujer. Esta mujer deberá adaptarse lo antes posible a una sociedad y a una mentalidad diferente y en muchos casos contradictoria y opuesta en muchos de los aspectos a la suya. La inmigración pone en contacto Ordenamientos Jurídicos de diferentes países con culturas dispares. En concreto si estas personas extranjeras, en el caso que nos ocupa las mujeres que proceden de países islámicos, dado que el Derecho Islámico comprende un Ordenamiento Jurídico completamente diferente al nuestro, procede de Dios tiene una fuente de origen divino, tiene instituciones y figuras jurídicas desconocidas para nosotros como puede ser el repudio incompatibles con los Principios Fundamentales de nuestra Constitución. Es frecuente con el único motivo de impedir que se aplique una ley extranjera considerada injusta por algunos de sus preceptos, que se tenga que acudir al Orden Público.

Como característica principal del Derecho Islámico podemos decir que es inmutable pero en ningún caso podemos afirmar que sea uniforme. Cada Estado islámico o musulmán, tiene su propia legislación positiva recogida en sus propios Códigos de Conducta así, podemos decir también que el Derecho de familia contenido en estos Códigos puede estar basado a su vez en uno u otro rito, Suní (Malekí, Anafí, Hambalí, Shafí) o Chií, dependiendo su interpretación de qué tipo de escuela en el que se fundamenta.

Es lógico pensar que de la propia convivencia entre culturas surgen relaciones y desavenencias privadas que a su vez van a reclamar atención del Derecho Internacional Privado. Sobre todo, con los matrimonios mixtos cuyo número poco a poco se va incrementando en los últimos años. Es en el ámbito familiar el más relevante y dentro de éste, las relaciones matrimoniales mixtas. Así, si bien a través de los matrimonios se ponen en contacto de alguna manera los diferentes ordenamientos, también ocurre lo mismo en éste caso concreto, a través de las crisis matrimoniales internacionales, por ello deberán ser reguladas por el Derecho Internacional Privado para ofrecer o dar respuesta adecuada y evitar así situaciones claudicantes que sólo son válidas en el país donde se constituyen. Resulta bastante complejo el estudio de estas crisis internacionales, en los casos tanto de nulidad como separación y divorcio, sin dejar de lado la figura del repudio, es necesario primero determinar si el matrimonio que se contrajo es válido o no, para ello habrá que tener en cuenta tanto el Ordenamiento Jurídico del país de origen como el del país receptor puesto que puede ser válido en uno y no serlo en otro. Ello conlleva a su vez no pocos problemas a la hora de regular cuestiones derivadas de los mismos como pueden ser distribución utilización del patrimonio común, sus efectos patrimoniales, atribución de la guarda y custodia de los menores, derechos de visita, de alimentos e incluso (cuestión ésta prácticamente inexistente) si cabe pensión compensatoria para la mujer…

Bastará con que uno de los cónyuges tengan la nacionalidad de un país islámico (musulmán), para que se produzca un choque o diferencias entre Ordenamientos Jurídicos, lo que puede dar lugar a muchos problemas en caso de litigio. Son estos matrimonios mixtos con sujetos islámicos, los que pueden dar lugar a litigios para los que los Ordenamientos Jurídicos no están del todo preparados, pues las normas que regulan los conflictos de leyes no están dirigidas exclusivamente a resolver este tipo de supuestos y la incidencia que en ellos tiene la multiculturalidad.

El matrimonio islámico tiene un objetivo esencial "la procreación" Está abocado o destinado a tener hijos y a protegerlos. Una crisis matrimonial rompería esa protección a

los hijos, teniendo en cuenta que en la cultura islámica los hijos pertenecen al padre. La madre sólo tiene el derecho en cuanto a filiación, es el llamado derecho de Hadana "cuidar al niño" aunque la mujer lo haya procreado, es como si cuidara algo ajeno. La legitimidad radica sobre los niños procreados y "no adoptados". En la cultura islámica no existe, es imposible la filiación adoptiva. El Derecho Islámico se puede considerar anti-divorcista. Evita sobre todo la ruptura del vínculo, por otro lado lo podemos considerar pro-separatista pues facilita lo que podríamos entender como una separación, aunque no se trata de a misma figura jurídica dadas la diferencias entre ambas, en este caso lo que podemos llamar el repudio en tanto en cuanto no sea de carácter irrevocable.

El repudio no es lo mismo que divorcio y por tanto tampoco separación entendida en el mundo occidental, podría ser en realidad lo equivalente a una figura intermedia que se asemeja más a la separación de hecho, puede ser temporal en el Islam. (en el derecho islámico no existe la separación matrimonial propiamente dicha tal y como el ordenamiento jurídico español la entiende)

Determinadas instituciones del Derecho Islámico resultan incompatibles con nuestro Ordenamiento, los Estados deben recurrir a la tradicional excepción de Orden Público Internacional. (Mecanismo de defensa ante la aplicación del derecho extranjero siempre y cuando vulnere los Valores o Principios de un Estado concreto, Derechos Fundamentales, en el caso del Ordenamiento Jurídico español, están recogidos en los artículos 11 a 28 de la Constitución Española. Los Derechos y Deberes Fundamentales se recogen el Título I, desde el artículo 10, si bien artículos como el 13.1, 14 ,19 y 29 están dirigidos a los españoles obviando en su redacción por lo tanto a los sujetos extranjeros, pues estará sujeta su aplicación a los Tratados y a una ley que los regule.). La nueva realidad social impone el respeto a la identidad cultural por lo tanto el respeto también a los Principios Fundamentales. Esta Excepción de Orden Público Internacional, debe actuar no solo cuando la norma extranjera es contraria a los valores del foro, sino cuando la aplicación de esta norma extranjera a un caso concreto vulnera cualquier Principio Fundamental.

En este apartado intentaremos estudiar, o dar claridad, en qué supuestos las mujeres inmigrantes musulmanas pueden plantear en nuestro país una demanda de nulidad, separación o divorcio. Para ello será necesario determinar en qué casos los Tribunales Españoles tienen o no competencia judicial internacional para conocer de estas demandas y en su caso conforme a qué Derecho consideran de aplicación el español, el de origen, o el elegido por las partes..

Interposición de demanda de nulidad separación y divorcio por mujeres de origen islámico en España. Competencia de las Autoridades españolas para conocer

El reglamento "Bruselas II bis", entró en vigor el 1 de marzo de 2005 (5), siendo la norma básica fundamental para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles en las causas de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor (artículo 1.a).(4)

Las Autoridades Judiciales españolas son competentes en materia disolución matrimonial en un número de supuestos tasados por el artículo 3.1º del Reglamento, …"en asuntos relativos al divorcio, separación y nulidad, la competencia recae en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) -en cuyo territorio se encuentre:- la residencia habitual de los cónyuges, último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí,- la residencia habitual del demandado. -en caso de demanda conjunta, será la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges"..."Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde reside el demandante en dos supuestos si ha residido allí desde hace por lo menos un año antes de la presentación de la demanda o seis meses y es nacional del Estado y por último el reglamento se refiere en el Art. 3-1º-b) como foro a la nacionalidad de ambos cónyuges. En R.U. e Irlanda el "domicile" común"…. (4)

Podemos ver como el criterio de competencia normal o habitual para que las Autoridades Judiciales españolas sean competentes para conocer demandas de ruptura matrimonial se basa en la residencia habitual" ***4)***…,este reglamento no contiene la definición de residencia habitual, pero sería lógico entenderla …"en el país donde el demandante o cónyuges poseen su centro social de vida"… 4) acudiendo a datos como vínculos sociales".., trabajo, amistades, colegios para sus hijos, …"voluntad de permanecer en nuestro nuevo país", ***4)***un arraigo. O sea, que el sujeto esté dotado de una cierta estabilidad en nuestro país. Para acreditar éste término, podemos recurrir a varios índices como pueden ser…"el tiempo que lleva viviendo en el país con independencia de la regularidad o irregularidad de su situación administrativa, el Padrón Municipal, propiedades que pueda mantener etc."…. (4)

Una vez sabemos en qué casos las Autoridades Judiciales españolas tienen competencia judicial internacional para conocer de una demanda sobre disolución de un matrimonio hay que concretar qué Tribunal es el competente.(6) Será el del domicilio conyugal. Si residen en partidos judiciales distintos será a elección del demandante o de ambos cónyuges de común acuerdo el del último domicilio conyugal o la residencia del

demandado. Puede darse el caso de que no tengan residencia estable, en cuyo caso deberá ser a elección del demandante o en el lugar donde se hallen en ese momento o en su última residencia. Si no fuera posible será competente el domicilio del actor se trata de una cláusula cierre que resta problemas a la hora de concretar el órgano competente. (Artículo 769.1 LEC) **(7)**

La legislación española, en el caso de crisis matrimoniales, prevé la posibilidad de adoptar las **medidas provisionales legales "previas"** (8) que regulen la situación de ambos cónyuges mientras se tramita/interpone en España el procedimiento oportuno bien de separación, divorcio, o nulidad matrimonial. Este tipo de medidas se interponen normalmente antes de interponer la demanda, regularán de una forma temporal, la situación familiar. Para que un Juez español pueda aplicar estas medidas previamente tiene que tener competencia judicial internacional. Estas medidas van a perder validez cuando se dicten sentencias definitivas que pongan fin al procedimiento. El/la demandante tiene un plazo de 30 días para interponer demanda judicial, si no la interpusiera, se venciera el plazo estas medidas dejarían de tener efecto. El procedimiento terminará en Sentencia de separación o divorcio que será efectiva en el momento que se notificará a las partes siempre y cuando después no haya interposición de recurso que pueda suspender su ejecución. Una vez la Sentencia sea firme a los ex cónyuges sólo les queda en caso de no estar conforme con la misma, interponer Demanda de modificación de medidas. Ahora bien ¿sería factible que un Tribunal español a requerimiento de la mujer islámica que interponga demanda para una modificación de medidas sea competente para conocer del caso si la Sentencia que pretende modificar es extranjera, dictada por un tribunal extranjero pongamos como ejemplo Marruecos u otro Estado Musulmán? ***(4)***

Para que ello fuera factible, las autoridades españolas deberían tener competencia para ello. Lo lógico sería solicitar la homologación previa de dicha Sentencia para después si procede, atender a la modificación de medidas Puede darse el caso, de que esta demanda de divorcio o separación, se hace contenciosa y que el sujeto demandado no esté en absoluto de acuerdo con lo que se pide, no es descabellado pensar que el sujeto vaya Marruecos por ejemplo o a cualquier otro país de origen islámico y allí plantee un repudio irrevocable, talaq, y pretenda hacerlo valer en España, puesto que es mucho más rápido y conlleva unos resultados totalmente favorables al individuo en cuestión en detrimento de la mujer Esto podría tener validez en el Estado donde se plantea el repudio pero no en España puesto que es una institución que afecta o atenta al Orden Público. (4)" Con lo cual la mujer de origen islámico demandante en España podría estar tranquila pues su proceso seguiría adelante con sus pretensiones.

Los tres temas fundamentales sobre los que normalmente recaen los pactos entre cónyuges son el régimen económico matrimonial, (separación absoluta de bienes), repudio-divorcio y poligamia-monogamia. (10)Son las manifestaciones más nítidas de las diferencias a veces insalvables que presentan los Ordenamientos Jurídicos que están en juego.(tener en cuenta que nos referimos a matrimonio y desavenencias conyugales, pues también existen divergencias con respecto a uniones de hecho, relacione more Uxorio, homosexualidad, familias monoparentales entre otros que no dejan de ser obstáculos insalvables en ambas legislaciones que a su vez acarrean numerosos problemas)Pues como veremos más adelante, desembocan en más ocasiones de las deseadas en situaciones claudicantes que no benefician a ninguna de las partes en un litigio de éstas características. Realmente, el régimen económico matrimonial no existe para el Derecho Islámico, pues rige la separación de bienes, en cambio instituciones como el repudio y la poligamia no existen para el Derecho Español tampoco para el derecho occidental, de la misma manera la separación no existe en el derecho islámico.(separación ,divorcio y repudio son instituciones diferentes) Éste conflicto de culturas jurídicas se pone en marcha cuando nacionales de países islámicos contraen matrimonio con sujetos españoles o españolas y viceversa Las diferencias en sus Ordenamientos Jurídicos de origen musulmán tienen especial relevancia para el desarrollo de la vida en común de los cónyuges. Lo que provoca incertidumbre jurídica, como puede hacer el desconocimiento de un aspecto tan elemental como cuál será su régimen económico matrimonial o los efectos que puedan surgir de un posible repudio unilateral. Esta cuestión todavía se puede ver más agravada si los litigios se plantean ante un tribunal de un país islámico. Veremos cómo en este caso la mujer española se puede ver completamente desprotegida frente la normativa aplicable, que aceptara no solo su repudio o que su marido contraiga matrimonio con más mujeres, sino que verá mermada la libertad a la hora de la educación de sus hijos/hijas o de su tutela, por no hablar de la sucesión.

2 EL REPUDIO

El matrimonio islámico, se disuelve de dos maneras:

De forma involuntaria:

- Por fallecimiento de uno de los cónyuges.

Por voluntad de alguno de los cónyuges:

- Por repudio unilateral que corresponde al marido. Éste puede ser revocable o irrevocable.
- Por repudio de común acuerdo a cambio de una contraprestación. También denominado repudio por compensación.

- Disolución del vínculo judicial, divorcio a instancia de parte. Cualquiera de las partes lo puede instar sujeto a unas condiciones legales previas.

En concreto debemos hacer referencia a las formas de disolución del matrimonio propia de los países musulmanes y detenernos en la figura del repudio islámico basada en principios y valores radicalmente opuestos a los de cualquier otro Estado occidental. La institución del repudio, típica del Derecho Musulmán ya hemos dicho que atenta contra el principio de no discriminación por razón de sexo y sobre todo contra la dignidad de la mujer.

> *"226Para quienes juran separarse de sus mujeres, se prescribe una espera de cuatro meses, y si vuelven a ellas, pues Dios es indulgente misericordioso; 227 si persisten en la repudiaciones, Dios es oyente, omnisciente. 228 las repudiadas esperarán tres menstruaciones antes de volverse a casar. No las es lícito ocultar lo que Dios haya criado en su seno, si ellas creen en Dios y en el último Día." (CORÁN, AZ0RA II, versículos 226,227, 228)*

El vínculo creado por el matrimonio sujeto a los preceptos del Corán, es perpetuo, ahora bien, la propia legislación positiva islámica, regula dos formas de disolver el matrimonio, una es el divorcio, o vía judicial y la otra el repudio, Talaq o vía extrajudicial. El Ordenamiento jurídico de origen Islámico no reconoce la separación tal y como la entendemos

El repudio consiste en la disolución de un matrimonio de una forma extrajudicial, su origen se encuentra en la tradición religiosa islámica.

La legislación islámica ha puesto el repudio en manos del esposo, es el propio Corán el que lo considera responsable de la institución matrimonial, las cargas que se derivan de la misma, manutención de los hijos habidos y la obligación a su vez de las cargas que derivan del divorcio. De esta manera se le concede la prerrogativa individual para poder pronunciar el repudio que tendrá que ser ante testigos obviamente, es necesario darle una publicidad a ese repudio. En muchos Códigos de conducta, se exige que el testigo sea judicial. El Talaq, o repudio extrajudicial, es privilegio que se concede al marido de poner fin al matrimonio de una forma discrecional, sin necesidad de motivar su decisión no es necesario la intervención judicial y tampoco el consentimiento de la mujer. …."El repudio, tano en el Corán como en el Derecho Islámico es la disolución del matrimonio por deseo del marido, sin necesidad de causa alguna ni proceso legal"… (11) Se trata de una institución jurídica discriminatoria hacia la mujer islámica, pues la mujer no pinta nada, no tiene voz no tiene voto no tiene derecho de decisión alguno, aun cuando lo que aquí se está decidiendo pueda resultar decisivo para el resto de su vida. No obstante existe una excepción, el repudio denominado Khol**, o repudio por mutuo**

acuerdo entre los esposos mediante una contraprestación, también denominado repudio por compensación Éste tipo de repudio puede ser instado tanto por el marido como por la mujer, es excepcional. Lo puede solicitar la mujer siempre y cuando esté previsto en el contrato de matrimonio a cambio de satisfacer al marido con una compensación económica. También lo puede instar el marido a petición de la mujer. La mujer podrá disolver el matrimonio, por medio de un repudio, cuando el marido le ceda este derecho, cosa muy improbable salvo que por ello reciba una notable compensación económica.

De esta manera queda bastante claro que en la gran mayoría de los casos de repudio no se respetan los derechos de defensa de la mujer repudiada, pues en cuanto a ésta institución se refiere son pocos y son escasos los derechos que tiene la mujer islámica y son muchas las obligaciones y responsabilidades que pesan sobre ella. El recurso al repudio era algo común y bastante abusivo antes del Islam. "El Art.70 CFM introduce la disuasión a utilizar el repudio o el divorcio,"…,…" pues expresa que no es deseable recurrir a la disolución del matrimonio mediante repudio o divorcio solo excepcionalmente y teniendo en cuenta la regla del mal menor por lo que tiene de desintegración de la familia y perjuicio para los niños."(11) El Corán condiciona esta institución a unos requisitos cuya interpretación varía considerablemente dependiendo de las escuelas de que se trate. Aunque se ha considerado y todavía sigue considerándose moralmente reprobado, el Derecho Islámico Clásico entiende que el repudio disuelve jurídicamente el vínculo matrimonial. Para ello el marido debe reunir condiciones de capacidad, lo que se traduce en ser un musulmán, púber y sano de mente., (11) Dependiendo de cada Estado los requisitos varían de unos a otros. Es necesario un requisito imprescindible la intención de repudiar. Por ejemplo, el repudio pronunciado en estado de embriaguez es inoperante. La legislación marroquí, establece: "*no tiene efectos el repudio pronunciado en estado de completa embriaguez o como resultado de violencia o en un acceso de ira que haga perder, en todo o en parte, el control mental"* (artículo 49 CFM). Por un lado nos habla de completa embriaguez, cabe plantearse el término "completa", hasta qué punto podemos entender que hay o no hay intención viciada por la embriaguez.(11) La intención de repudiar se puede manifestar bien de palabra, por escrito, o por el rito Malikí (gestos).

El procedimiento para obtener el repudio es bastante sencillo, pero existen discrepancias en cuanto a su regulación dependiendo del país islámico (musulmán) del que se trate. En general suele consistir en una mera fórmula pronunciada por el marido ante dos testigos (Jordania) incluso se puede hacer por poder. (11) El marido puede manifestar su voluntad de repudiar a su mujer tres veces, así el repudio sería irrevocable (Irak, Líbano) lo que conllevaría a la disolución definitiva del matrimonio. En Jordania se admite el repudio por poderes, a la esposa se le envía por escrito el propio repudio, como si fuera un testimonio. Jordania no admite el matrimonio condicionado pero si el repudio sujeto a condición. Vemos como la condición no se admite para contraer

matrimonio pero si para romperlo. En el repudio en Jordania por compensación la mujer tiene que ser mayor de edad y tener plena capacidad jurídica, en caso contrario el tutor walli deberá dar su conformidad a la compensación. Si la compensación es diferente a la dote el pago es obligatorio. En otro países como libia e Irak, el divorcio implica una indemnización a la mujer que siempre será diferente al de la dote.

El derecho unilateral a romper el matrimonio que tiene el hombre, el repudio, sin proceso jurídico se permite en "casi" todos los países Suníes o escuelas Sunitas. Países como Marruecos, Yemen Siria y Kuwait no contemplan esta clase de repudio unilateral. (12)

En países como Marruecos o Argelia Túnez, el repudio en cualquiera de sus modalidades, debe realizarse con arreglo a legislación islámica y verificarse previa autorización de un Juez en presencia de dos Adules para dar fe de ello. El marido si puede repudiar, pero necesita la intervención del Juez, cosa que no se necesita en el resto de los países. (11) Una sentencia marroquí de repudio implica a la hora de la verdad un divorcio con la característica de que debe llevarse bajo control judicial

Primero habrá que agotar todas las vías de reconciliación de los cónyuges, si no es posible se levanta el acta correspondiente dejando constancia de la postura de cada una de las partes, el juez dictaminará si existe o no motivo para el repudio o si por el contrario, se trata de un abuso de poder, en este caso estaríamos ante la posibilidad de la **indemnización de consuelo**, que habrá de abonar el marido por los posibles daños o perjuicios que pueda sufrir la esposa.

Fracasados todos los intentos de reconciliación, el juez está obligado a autorizar el repudio ante los dos Adules, fijando entre otros la indemnización de consuelo, la pensión alimenticia de la esposa durante el periodo de continencia, el remanente de la dote, la pensión alimenticia de los hijos, la contrapartida por la custodia y la regulación derecho de visitas.

El Juez debe notificar a la esposa el repudio remitiéndole acta de divorcio (repudio) en un plazo máximo de 15 días corriendo el esposo con todos los gastos resultantes (esto no ocurre en todos los países).

…"La mayoría de los códigos (salvo el Kuwaití y el Yemení que no indican nada), han introducido la necesidad de legalizar el repudio ante el juez e inscribirlo en el registro."…(11)

Dependiendo del país que se trate, algunas legislaciones no requieren que se cite a la mujer en el procedimiento, es suficiente la notificación del acta de repudio. (Egipto) en cambio en otros países ya hemos visto cómo exigen no sólo su comparecencia y la homólogas sino la homologación del repudio por una Autoridad Judicial.

2.1 Tipos de repudio.

El repudio según su naturaleza será revocable o irrevocable:

2.1.1. Repudio revocable.

El **repudio revocable** implica que el vínculo matrimonial no se ha roto, sigue vigente, el repudio revocable, está sujeto a determinados plazos o límites temporales. Así el marido "repudiante" tiene derecho a repudiar a su mujer y a reintegrar a la vida matrimonial a la esposa repudiada, siempre y cuando no haya superado el periodo de continencia, plazo legal de espera o período de reflexión también llamado Idda. (Suele ser de tres meses como regla general y de 10 meses si la mujer está embarazada pudiendo llegar incluso a un año). El matrimonio existe a efectos legales durante este período, y el marido puede levantar el repudio y reanudar la vida conyugal sin necesidad del consentimiento de la mujer ni de tener que satisfacer de nuevo la dote ni nuevo contrato matrimonial. Sólo depende de la voluntad del marido recuperar a la esposa, el lecho y su matrimonio.

> *"1 ¡oh, Profeta¡. Cuando repudiéis a las mujeres, repudiarlas al final de su plazo de espera. ¡Contad el plazo¡! Temed a Dios, vuestro Señor ¡ No las expulséis desde sus casas, ni ellas salgan, a menos que hayan cometido una torpeza manifiesta"...2 "cuando hayan alcanzado el fin de su plazo, tomadlas según está establecido o sacadlas según está establecido. Den testimonio de ello las personas dotadas de entendimiento que hay entre vosotros"... (CORAN, AZ0RA LXV, versículos 1,2-la repudiación).*

…"*En el repudio revocable, se concede un periodo de reflexión y se permite al marido que desista del acto repudiatorio, esta característica lo asemeja a lo que nuestro Ordenamiento se conoce como separación matrimonial de hecho*" (13)... Una vez superado este periodo, se considera que el repudio se ha consumado de forma irrevocable, el vínculo matrimonial se disuelve y caduca su derecho para recuperar a la esposa salvo que se levante nueva acta matrimonial. Todo repudio dictaminado por el marido, después de la consumación del matrimonio, en principio se supone que es revocable siempre y cuando no constituya el tercer repudio consumado de forma sucesiva. La tradición religiosa islámica recoge que el marido puede repudiar hasta tres veces a su mujer, y es la última de éstas a la tercera cuando el vínculo matrimonial queda disuelto. Una mujer repudiada no puede casarse ni tener relaciones sexuales con otro hombre mientras no

transcurra el período de reflexión o Idda pues hasta entonces el repudio no se considera firme.

Una de las más notables marginaciones desde Marruecos hasta Indonesia, es la obligación que tiene la mujer de guardar abstinencia sexual cuando finalice su matrimonio, bien sea por repudio o por divorcio a esto se le denomina **"plazo legal de espera".** Así, si se rompe su matrimonio por repudio, no puede mantener relaciones sexuales con otro hombre.

La Idda o (período de espera legal), puede ser considerado un requisito para entender consumada la disolución del matrimonio por repudio, o también puede considerarse como un efecto de dicha disolución. Este es el motivo de su estudio en este apartado, pues podríamos haberlo hecho de igual manera en el apartado de efectos de la disolución del matrimonio.

La Idda, (período de espera legal) si se trata de una persona que está en edad fértil normalmente son tres menstruaciones, si es menopáusica son tres meses y si su regla es irregular el Derecho Islámico impone un año, tratándose de una viuda serían cuatro meses y 10 días, o hasta el momento del parto si la mujer está encinta. Esto está establecido en los Códigos de Conducta, siendo en la Sharìa o sea fuera de los Códigos, de un año. Durante todo este tiempo, aunque esté divorciada, continúa la potestad marital del marido en caso de ser viuda la potestad sería la de la familia del marido. La mujer debe permanecer en el domicilio conyugal, mientras tanto durante este tiempo pervive el derecho de manutención, (Nafaqa) y en caso de ser viuda perviven los derechos hereditarios como casa, comida, usufructos... No puede contraer matrimonio. La finalidad primordial del retiro legal o Idda es asegurar la paternidad en caso de posible embarazo. Sirva como ejemplo lo estipulado en países como Marruecos.

En el CFM, en su título VII, capítulo I, se regula los efectos de la disolución del acto de matrimonio en concreto el periodo de espera legal o Idda.

CAPÍTULO I

DEL PERÍODO DE ESPERA LEGAL (IDDA)

"Artículo 129-el periodo de espera legal comienza a partir de la fecha del divorcio judicial, la disolución del matrimonio o el fallecimiento del marido.

Artículo 130-La mujer divorciada antes de la consumación del matrimonio que no haya sido legalmente aislada con su marido no está obligada a someterse al periodo de espera legal, salvo en caso de fallecimiento del marido.

Artículo 131-la mujer divorciada y la viuda cumplirán el periodo de espera legal en el domicilio conyugal o en cualquier otro domicilio que le sea destinado.

SECCIÓN I: DEL PERÍODO DE ESPERA LEGAL POR CAUSA DE FALLECIMIENTO.

Artículo 132-El periodo de espera legal de la viuda quien no está embarazada será de cuatro meses y 10 días completos.

SECCIÓN II. DEL PERÍODO DE ESPERA LEGAL DE LA MUJER EMBARAZDA.

Artículo 133-El periodo de espera legal de la mujer embarazada finalizará con el parto o en caso de aborto espontáneo.

Artículo 134- Si la mujer que se encuentra en período de espera legal fingiera su embarazo y fuera impugnada, el juzgador recurrir a peritos especialistas para establecer si existe o no embarazo y su fecha de comienzo para decidir la continuación o la terminación del período legal de espera.

Artículo 135-La duración máxima del embarazo será de un año a partir de la fecha del divorcio o del fallecimiento.

Articuló 136-El periodo de espera legal que deberá cumplir la mujer que no está embarazada abarcará:

1- *Tres períodos intermensuales completos en el caso de las mujeres que tienen la menstruación;*
2- *Tres meses en el caso de las mujeres que aún no han tenido la menstruación o que se encuentren en el periodo de menopausia. Si bajara la menstruación antes del final del periodo de espera legal, se prolongará este período por tres períodos menstruales más;*
3- *Tres meses después de una espera de nueve meses en el caso de las mujeres que tienen menstruación tardía o que no puedan distinguir el flujo menstrual de cualquier otra hemorragia…."*

En países como Arabia Saudí, Irán, Afganistán, Pakistán... se puede repudiar (primer repudio) así como así sin ningún requisito, pero, durante tres menstruaciones o un año, (dependiendo del caso concreto) ella no puede casarse con nadie porque está en "**tiempo prohibido**". Durante este tiempo la mujer/esposa se puede arrepentir, y si el marido quiere, la puede recuperar. La esposa tiene que volver al sometimiento conyugal. Si pasa un tiempo, y la relación no va bien, puede volver a repudiar (segundo repudio), este repudio es revocable, puede, dentro del año volver a repudiarla. Si quiere casarse otra vez y ya pasó el año hay que pagar otra dote. El tercer repudio, es irrevocable. "Una vez la mujer sea repudiada tres veces, ya no la podrá recuperar su anterior pareja". Para poder recuperarla en este caso, ella tiene que casarse con otra persona y consumar el matrimonio, jurar sobre el Corán la consumación. Una vez hecho esto se puede volver a casar siempre y cuando su segundo marido la repudie.

> … "si él la repudia por tercera vez, ella no le es lícita después hasta que se haya casado con otro esposo. Si éste la repudia, no hay pecados para ellos si vuelven a reunirse, si creen que seguirán las prescripciones de Dios. Esas son las prescripciones de Dios. Él las aclara a un pueblo que sabe"…. (CORAN, AZ0RA II, versículo 230), (14)

Así, si su intención es casarse de nuevo con su primer marido, deberá realizar un nuevo contrato, con otro hombre, lo que lleva implícito una nueva dote y será entonces cuando pueda volver a tener de nuevo la posibilidad de padecer los tres repudios.

El repudio es un derecho sola y exclusivamente del hombre y se admite en todos los Códigos de Conducta, se establece de forma unilateral. Sólo puede ser promovido por el esposo. Es el único que puede poder levantar el repudio, y la mujer debe volver con él porque el vínculo no se ha roto, sigue existiendo. No hay que dar una nueva dote, no hay que hacer un nuevo contrato, depende única y exclusivamente de la voluntad del marido el recuperar a su esposa, recuperar el lecho y recuperar el domicilio. Todavía puede ser incluso más humillante para la mujer el hecho de que esté repudiada y a ello se le sume la obligación de compartir el domicilio con su todavía marido e incluso con otras esposas en caso de que exista la poligamia. Aunque también cabe la posibilidad de que el marido repudiante decida que se marche de este domicilio y la obligue a vivir en otro.

Fuera del repudio, la mujer, sólo tiene una opción, el "**repudio por compensación**" .En esta figura jurídica,…" la disolución del matrimonio por el marido es a instancia de la mujer a cambio de una compensación por parte de ella, ambos deben estar de acuerdo en disolver el matrimonio"…, (11) la mujer puede devolver la dote o parte de ella y él, el marido, accede. Viene a ser un pago por el repudio, o sea, se compra el repudio. Se pone de acuerdo con el marido y a cambio de "x" cantidad, ésta paga para que a cambio él la repudie. ***(15)*** Esto está permitido. Esto puede resultar denigrante pues tiene que ser la mujer/esposa la que compre el repudio, su libertad.

2.1.2. Repudio irrevocable.

El **repudio irrevocable**, este tipo de repudio sí rompe el vínculo, equivale a un divorcio, también podríamos considerarlo como una separación definitiva que conllevaría a su vez un divorcio. Este sería un divorcio que, salvo en muy pocos países, no aparece la figura del Juez. Vemos en esta figura como prácticamente todo son derechos para el hombre y obligaciones para la mujer. Será considerado como irrevocable en los siguientes supuestos:

- El repudio anterior a la consumación del matrimonio, el esposo sólo puede reintegrar a la esposa a la vida conyugal previa acta matrimonial nueva, debidamente cumplimentada, la repudiada tiene derecho a la mitad de la dote, pero no tiene derecho a la indemnización de consuelo por parte del esposo.STSde25/01/2006 (No se trata en este caso de un divorcio por vicio pronunciado por el Juez antes de la consumación del matrimonio, pues en este caso no se abonaría la dote, artículo 109 CFM)

237"No cometéis falta si repudiáis a las mujeres que no habéis tocado o a las que no habéis asignado Dote"…" 238"Si las repudiáis antes de haberlas tocado ,pero habiéndolas prometido Dote, dadlas la mitad de la suma con que os obligasteis, "….(CORAN,AZ0RA II, versículos 237,238)

- Tercer repudio, o sea precedido por otros dos, se considera irrevocable. Ambos pierden la posibilidad de reconciliarse, incluso con una nueva acta, la mujer deberá casarse con otro esposo, convivir con él, consumar el matrimonio (esta consumación ha de ser susceptible de ser probada) y separarse de él por medio del otro tercer repudio o por defunción del marido sólo en estos casos podrá reconciliarse con el primer marido. (11). Este supuesto de repudio, es fruto de la costumbre pero en la actualidad es el más utilizado. (13)

230…"si él la repudia por tercera vez, ella no le es lícita después hasta que se haya casado con otro esposo, Si éste la repudia no es pecado para ellos si vuelven a reunirse,"…. (CORAN, AZ0RA II, versículos 230)(9)

Repudio por compensación, Kohl. Normalmente el repudio es un derecho exclusivo del hombre y se admite prácticamente en todos los Códigos de Conducta El Código sudanés admite el repudio contra dinero .El Libanes no dice nada. En este caso, este tipo de repudio también de carácter irrevocable, el divorciado no puede reconciliarse con su esposa sin su consentimiento y sin levantar una nueva acta matrimonial. Este repudio es instado por la esposa y rompe definitivamente el vínculo matrimonial previo pago al marido de una compensación por la dote y los gastos que le han supuesto el matrimonio. **(11)**

La mujer compra el divorcio con dinero, bienes… Para que su todavía marido la repudie. "En los países occidentales esto puede considerarse como una marginación".

El divorcio por compensación no es normal que se admita pero el repudio por compensación sí. En Jordania la mujer tiene que ser mayor de edad, si no lo es necesita el tutor Wali, será este quien tiene que admitir la compensación (su conformidad).[…"En Libia "art 48, la compensación podrá consistir en el derecho de custodia, la manutención , la dote atrasada o cualquier otra cosa" e Irak"art.46.el esposo podrá repudiar por compensación a su esposa cambio de una compensación superior o inferior a su dote"…](11)Vemos como hay que indemnizar a la mujer pero esta indemnización puede ser diferente a la dote.

En el CFM, artículo 114 y siguientes "*... Los cónyuges podrán ponerse de acuerdo para poner fin a su relación conyugal sin condiciones o con condiciones que no sean contrarias a disposiciones del presente Código y que no perjudiquen a los intereses de los hijos. En caso de acuerdo, los cónyuges o uno de ellos presentara la demanda acompañada de un documento que establezca dicho acuerdo a tal efecto, con el fin de conseguir la autorización para elevarlo público…*"

Desde luego, visto esta manera, podría asemejarse de forma notable a lo que en nuestro Ordenamiento Jurídico denominamos un divorcio de mutuo acuerdo, de no ser porque en esta institución lleva implícito el pago por la mujer del consentimiento del marido. El consentimiento visto así tiene un precio.

Vemos otra forma de discriminación en la que se encuentra la mujer islámica porque está claro que si no posee bienes, no podrá desligarse del vínculo que la une a su marido. Tampoco podrá rehacer su vida con otra persona, en cambio su todavía marido si podrá casarse con otra mujer aunque este matrimonio no se haya disuelto (poligamia).

- El repudio por poderes, el esposo no acapara de forma unilateral el derecho al repudio, y opta por compartirlo asumiendo el derecho al repudio con la esposa disponiendo de poderes para ello. Así a la esposa le envía por escrito el propio repudio, como si fuera un testimonio, este tipo de repudio se admite en Jordania En el caso de Jordania, admite estos dos tipos de repudio, el revocable y el tercero irrevocable. Jordania no admite el matrimonio condicionado en cambio sí admite el repudio sujeto condición. Vemos esta manera como para constituir un matrimonio no admite condiciones, para la ruptura no hay inconveniente en admitirlas.

Estas modalidades de repudio no tienen su causa en la ley, en cambio hay otras causas que determinan ipso facto el repudio ya que están amparadas en motivos legales justificados como son la…"apostasía, y el adulterio de la mujer,(17)"…(15) (el adulterio se concibe realizado por la mujer) la esterilidad de la mujer pues no puede procrear ni adoptar .

Mientras, el repudio irrevocable pone fin a la vida matrimonial, el esposo tiene derecho a recuperar a su esposa en el repudio revocable sin actuación alguna del tutor ni la necesidad de pagar una nueva dote.

Teoría de niño dormido: Aparece en la Sharía lo que se llama "la teoría del niño dormido" se trata de una teoría muy poco biológica y poco científica esta teoría sido objeto de invención para legitimar al hijo/a, cuando una mujer divorciada repudiada o viuda se quede embarazada. Para evitar el deshonor de estas relaciones sexuales ilícitas, por las consecuencias negativas del embarazo, se entiende que el feto se ha quedado dormido. En la escuela Safíi hasta dos años después de la gestación (no de nacimiento), en la escuela Anefí y Hambalí hasta cuatro años, en la escuela Malekí hasta cinco o incluso seis años puede durar la teoría del niño dormido.

En Yemen e Irak son nueve meses. Si la divorciada, viuda, o repudiada concibe a los nueve meses de dejar al marido o de quedarse viuda, se sobreentiende que ese hijo es de su marido. En Argelia son 10 meses, en el resto de países que contienen esta institución oscila sobre un año. (Dependiendo ya dijimos de la escuela de pensamiento de que se trate)

Es sabido que la mujer bien sea divorciada, separada o viuda no puede tener relaciones sexuales con otra persona porque está en el "tiempo de espera o de descanso". Así para legitimar al niño, se le atribuye la paternidad al difunto o a la ex pareja en caso de divorcio o repudio.

Esta teoría nace para salvaguardar el honor tanto del hijo como de la madre porque, si el hijo no es reconocido por el padre, no tiene ningún derecho. Está mal visto y en la Sharía es ilegítimo.

Esto es un contrasentido, si no es por esta institución, ese niño, aunque la madre sea de clase social alta, va a ser o sería repudiado por la sociedad. Sería un niño adúltero y deshonroso. Para evitar todo esto, ese niño es producto del niño dormido.En la sociedad occidental esto es impensable, muchas mujeres occidentales se quedan embarazadas y no por su ex - marido. Esto no constituye impedimento para que se pueda inscribir en el Registro Civil como hijo de madre soltera. Hay que tener en cuenta que estamos estudiando una sociedad con unos valores muy diferentes. No es lícito que una mujer tenga relaciones fuera del matrimonio. El propio Texto Sagrado, Corán condena las relaciones adúlteras

2.2. Efectos del repudio

Efectos derivados de la disolución del matrimonio de origen coránico.

El repudio tiene unos efectos,.. ”Estos varían en función del tipo de que se trate. Como regla general está la disolución del vínculo matrimonial y la desaparición de los derechos y deberes recíprocos, se produce también la extinción de la vocación

sucesoria"…,…. "En el caso de que el repudio no sea por causa achacable a la mujer, esto se debe valorar teniendo en cuenta la concepción islámica del matrimonio y la posición que en ésta institución ostenta la mujer, se produce un efecto que se podría considerar beneficioso para la esposa, que consiste en una compensación por el abuso de derecho que el repudio unilateral y sin causa justa representa"…". Este efecto a que da lugar el repudio unilateral injustificado empezó siendo una mera recomendación doctrinal, hasta llegar a hoy en día ser una obligación legalmente exigible, de manera que incluso los herederos de la mujer, en el caso de que fallezca sin haberla recibido, pueden reclamarla."..(15)

Los efectos de la disolución del matrimonio pueden ser personales y económicos.

2.2.1. Efectos personales.

En cuanto a los **efectos personales**, la mujer repudiada no tiene la Patria Potestad sobre los hijos. La Patria Potestad y la tutela únicamente puede ejercerlas el padre. La madre repudiada puede disfrutar de la Hadana, que consiste en el derecho de guarda y custodia de los hijos hasta que alcancen una determinada edad (esta edad varía en función de cual sea el sexo del hijo y también varía según del país de que se trate). Ejemplo de ello, Argelia, la Hadana termina cuando el varón o el niño haya cumplido 10 años y la niña tenga la edad para contraer matrimonio. En Kuwait y en Libia, por ejemplo, la Hadana termina cuando el joven adquiere la pubertad y la joven haya consumado su matrimonio. En Egipto termina cuando el varón haya cumplido 10 años y la menor de 12 años. Este derecho que se otorga a la mujer consiste en velar por sus necesidades elementales.

> Otro de estos efectos consiste en los que se privan o restringen a la mujer repudiada el derecho de custodia es el caso de que no profese la religión musulmana y el padre sea musulmán. La finalidad consiste en evitar influencias en los hijos/as de religiones distintas a la musulmana. (400 CFM***(18)***

En Argelia, por ejemplo, el niño debe ser educado en la religión de su padre, si la madre incumple esta obligación puede perder la custodia. (19) En Kuwait, si la madre que tiene la custodia no es musulmana tiene derecho a ejercer la custodia del niño musulmán hasta que pueda comprender la religión o se tema que se vaya a formar fuera del Islam y no comprenda la religión. Como máximo hasta que el niño cumpla los siete años.(20) En Libia ocurre algo similar pues la madre que profese una religión revelada tiene derecho a la custodia de sus hijos musulmanes siempre y cuando no se desprenda la crianza de los hijos en una religión diferente a la de su padre musulmán.(21)

2.2.2. Efectos económicos/patrimoniales.

Los varones musulmanes, cuando contraen matrimonio suelen/pueden impedir a sus mujeres que trabajen fuera del hogar familiar, es por ello que en éste caso la mujer tiene derecho a ser mantenida, a una manutención, tiene derecho a una pensión de alimentos, a vestidos, medicinas, alquiler de la vivienda etcétera. La mujer repudiada tiene derecho una pensión de alimentos durante el periodo de reflexión, Idda, ahora bien una vez el vínculo matrimonial se disuelva este derecho se otorga exclusivamente en beneficio de los/las hijos/as.

Algunos Ordenamientos Jurídicos Islámicos reconocen a las mujeres repudiadas una compensación económica llamada el **Don de consolación**, suele ser en caso de reconocimiento de escasa cuantía y va en función de unos parámetros como son el de la situación económica del esposo, duración del matrimonio etc. Podríamos entenderlo aunque no se trate de idéntica situación de hecho, (pues existen notables diferencias entre ambas instituciones) como la pensión compensatoria que se establece en nuestro Ordenamiento Jurídico en divorcios y separaciones a favor del cónyuge durante un periodo de tiempo determinado.

Tenemos que tener en cuenta la situación de desprotección jurídica de la mujer una vez se efectúa la disolución definitiva del vínculo matrimonial puesto que se ven obligadas en su mayoría por sus maridos a no ejercer una profesión que les pueda permitir sustentarse tras el matrimonio.

Salvo Túnez, las legislaciones islámicas de hoy en día mantienen el derecho del marido repudiar a su mujer, pero cada vez más, tratan de introducir cortapisas a este derecho. Marruecos por ejemplo introduce un carácter contradictorio en el repudio para proteger mejor a la mujer tras la reforma del 10 de septiembre de 1993, haciendo una reglamentación del mismo mucho más restrictiva. Restringe el repudio a que se pronuncie en la circunscripción del domicilio conyugal para así evitar que la repudie en cualquier otro lugar con la intención de que la mujer no se entere. Se reglamenta también el derecho que tiene la mujer a una compensación económica en caso de repudio sin causa justificada. Se necesita autorización del Juez, así se obliga a realizar una tentativa de reconciliación antes del repudio y de forma indirecta se asegura que el marido cumpla sus futuras obligaciones económicas.

Por otro lado, la institución del repudio es un claro ejemplo de contradicción con el principio de igualdad, en la mayor parte de los países de origen islámico conduce a que estos países introduzcan reservas a los preceptos de **la Convención de Naciones Unidas**

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979) que se refieren a la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a los derechos y deberes en la disolución del matrimonio (arts.2 y16). Puesto que son incompatibles con sus legislaciones. En buena parte de la sociedad islámica, se entiende que las partes en el matrimonio no están en igualdad, sino de supremacía del varón basada en la estructura patriarcal de la familia y la consecuente sumisión de la mujer en virtud del papel diferente que la sociedad otorga a cada uno. De esta manera "…está garantizando la perpetuidad de la desigualdad entre la mujer y el hombre a nivel nacional…". (Declaración relativa a las reservas a la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. A/53/387Rev.1) Es en el Principio de Igualdad en el matrimonio en cuanto a mujer se refiere, el que ha suscitado más reservas específicas sirva como ejemplo los siguientes Estados Islámicos: Argelia, (1996), aplicará los arts. 2 y 16 en lo que no contradiga al código Argelino de Familia, Bangladesh(1984) siempre que no entre en conflicto con la Sharía basada en el Santo Corán y la Sunna, Egipto(1981) hace reservas a éstos artículos, se aplicarán siempre que no contradigan a la Sharía, Iraq(1986) hace alusión a los apartados f y g del art. 2 sin perjuicio de la Sharía ,Maldivas(1993) hace referencia al art 16 siempre que no contradiga a la Sharía, Marruecos(1993), Jordania(1992)confirma la ratificación salvo el art 16 1-cd y g en cuanto a disolución del matrimonio , el mantenimiento y la compensación, Líbano(199) la reserva es al artículo 16 1-c,d,fg, en cuanto al cambio de apellidos, Túnez(1985) no aplicará ninguna disposición que entre en conflicto con el capítulo I de la Constitución Tunecina, Kuwait(1994) hace referencia al art 16 siempre que no contradiga a la Sharía, Libia(1989) la reserva al art. 2 y 16,c,d, supeditada a la Sharía, Malasia(1995), siempre que no entre en conflicto con la Sharía, y la Constitución de Malasia. Mauritania (2001) siempre que no contradiga a la Sharía ni a los preceptos de su Constitución. Arabia Saudí (2000), No será aplicable cuando contradiga a la Ley Islámica. (ONU. Oficina del Alto Comisionado Treaty Collection .Multilateral treaties Deposited with the Secretary -General. Chapter IV: Humans Rights. http://treaties.un.org.).

El problema surge a posteriori cuando se pretende el reconocimiento del repudio por las Autoridades españolas con la finalidad de su inscripción en el Registro Civil o eficacia en otros ámbitos tanto administrativos como judiciales,(por ejemplo para poder contraer un segundo matrimonio en España) de conformidad con las leyes españolas o los Tratados Internacionales necesitándose en algunos supuestos la tramitación del correspondiente Exequátur. Cuestión sumamente difícil si tenemos en cuenta que la institución del repudio es considerada por el Ordenamiento Jurídico español contraria al Orden Público.

Tenemos que tener en cuenta que cuando los nacionales de países musulmanes residentes en Europa por lo tanto también en España, insten el reconocimiento de una Sentencia de disolución de matrimonio por repudio conforme a su ley nacional común (el

artículo 9.2 y el 107 del Código Civil), esta Sentencia no se puede hacerse efectiva en España, se trata de una Cuestión de Orden Público ,(artículo 12.3 Código Civil) atendiendo a su carácter extrajudicial y a su posible falta de firmeza, pero también porque discrimina de forma evidente a la mujer y vulnera el principio de igualdad entre las partes, se hace preciso la homologación de una Sentencia a los efectos de hacer posible su ejecución en el territorio del Estado requerido a través de la figura jurídica del Exequátur.(24)

En cuanto al Orden Público Internacional, por un lado la ley extranjera que no admita el divorcio no se puede considerar contraria al Orden Público Internacional Español puesto que hemos de tener en cuenta que el divorcio no es un Derecho Fundamental. En cambio por otro lado, un repudio unilateral como es el Talaq del derecho musulmán, sí es o puede ser considerado contrario al Orden Público Internacional Español, siempre y cuando sea estrictamente unilateral pues podría vulnerar el Principio de Igualdad entre los cónyuges lo que conduce a esa situación de desprotección jurídica de la mujer de la que ya hemos hablado en este apartado, ya que incluso como uno de sus efectos, esta puede quedar desamparada y sin recursos para mantenerse y en muchos de éstos países a la mujer se le veta por ejemplo el poder trabajar, así se considera que se vulnera el Orden Público Internacional en concreto el Principio de No Discriminación por Razón de Sexo e Igualdad de los esposos ante la ley. De la misma manera es contrario al Orden Público Internacional la aplicación de leyes, que regula el derecho del esposo a revocar de forma unilateral el repudio y continuar a posteriori de motu propio el matrimonio sin celebrar un nuevo matrimonio pues puede recuperar a su esposa si no ha transcurrido el tiempo de espera (Idda), ni precisar para ello el consentimiento de la esposa con lo cual se deniega todo derecho a tal revocación. Éste derecho solo lo ostenta el marido.

Caso diferente es cuando la esposa asiente al repudio y está conforme con el mismo, podríamos asimilarlo a un caso de divorcio por mutuo disenso ambos cónyuges muestran acuerdo. Lo que no conllevaría a una Cuestión de Orden Público.

Los países islámicos (musulmanes) no contemplan la separación conyugal, solamente la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial a través del repudio y del divorcio. Tal es el caso de Marruecos. La SAP Madrid 22 de junio de 2000, no cree que deba ser considerada dicha legislación contraria al Orden Público puesto que contempla específicamente soluciones a las crisis matrimoniales que producen a su vez la disolución del vínculo conyugal.(7)

El Derecho Español, la Jurisprudencia del TS sobre el Exequátur en España de actos o decisiones dictadas por Autoridades Extranjeras sobre disolución del matrimonio islámico, entiende el repudio como la disolución del matrimonio islámico por un acto de la voluntad del marido con o sin el consentimiento de su esposa o a petición suya.(25)

El Derecho Islámico no contempla la separación conyugal como la entendemos en nuestro Ordenamiento Jurídico. En general es en la figura del repudio donde sí se puede ver algún rasgo de una separación de hecho temporal tal como nosotros la entendemos. Pero aun así no debemos confundir ambas figuras jurídicas. Aunque como ya se expuso, no deja de ser una cuestión de Orden Público.

Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica en Materia Civil, actualiza el procedimiento del Exequatur, art 46, las Resoluciones Judiciales externas no se reconocerán: a) cuando sean contrarias al Orden público, b) cuando la Resolución se haya dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualesquiera de las partes, C) cuando la Resolución extranjera se hubiese pronunciado sobre materia exclusiva de los Órganos Jurisdiccionales Españoles. (24)

3 DIVORCIO.

Las relaciones jurídicas, no operan en un lugar concreto y determinado, se expanden más allá de las fronteras de un Estado hasta el punto de convertirse en el núcleo de una obligada cooperación judicial entre países, sobre todo cuando se trata de regular relaciones o situaciones que atañen de una u otra forma a la vida personal y familiar de ciudadanos nacionales y extranjeros. Estas relaciones o situaciones dan lugar a su vez a derechos y expectativas que podrán ser o no reconocidas en decisiones judiciales extranjeras, a su vez todo ello conlleva consecuencias que podrían afectar un modo negativo por situaciones claudicantes que no serán reconocidas por uno de los Estados con lo cual tendrán nula aplicación.

La disolución del vínculo matrimonial se ha convertido en una de las cuestiones más frecuentes y más problemáticas en las relaciones entre Estados sobre todo si uno de ellos es islámico, pues somos testigos del aumento de matrimonios y desavenencias ente sujetos nacionales de estos Estados. Ello conlleva a numerosas incursiones en los Ordenamientos Jurídicos, y por tanto es necesario confección de convenios y regulaciones jurídicas pacíficas en la materia puesto que es en la institución del matrimonio donde más marcada se muestra la diferencia entre culturas.

Una de las formas donde mejor se visualiza esta cuestión es a la hora de reconocer sentencias de disolución del vínculo matrimonial en un Estado extranjero, el correspondiente Exequatur y por consiguiente la Excepción de Orden Público para poder ser o no reconocidas y desplegar o no sus efectos jurídicos en un Estado extranjero y viceversa.

Divorcio (intervención judicial) no implica repudio aunque muchos puedan creer que se trata de una repudiación pura y simple en la cual el marido se reserva el derecho de "superioridad" hacia la que es todavía su mujer. Ambas son figuras completamente diferentes. Pero no olvidemos que, existen Códigos de Conducta en los que el mismo repudio exige necesariamente la intervención judicial junto con la de los Adules (Marruecos).

El divorcio, cuando nace una desavenencia conyugal entre esposo y esposa y no llegan a superarla, puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges ante los tribunales, aunque no estén en igualdad de condiciones. (9)

El divorcio, o también denominado disolución coránica del matrimonio, se puede llevar a cabo por acuerdo de ambas partes. En este caso puede haber o no compensación, si la hubiera se entregará por la mujer como contraprestación al consentimiento del todavía marido por el divorcio.

Si no hay conformidad y ambos cónyuges no están de acuerdo en los términos del divorcio, entonces deben acudir al juzgado. Se acude así al "divorcio judicial". Si la mujer inició una demanda de divorcio, necesitará una causa determinada, no puede ser cualquier causa. (15) Normalmente en el Derecho Islámico el divorcio lo inicia la mujer, al hombre le resulta mucho más fácil ejercer el repudio.

En los países musulmanes, como consecuencia de su fundamentación en la Sharía, o Ley Islámica las causas de divorcio son diferentes para el marido que para la mujer.

3.1. Causas

La esposa, puede solicitar el divorcio por propia iniciativa. Pueden existir varias causas tasadas y extremas como incumplimiento del marido en cuanto al pago de su manutención (puede ser revocado por el esposo), impago de la dote o parte de ella, una enfermedad grave, (que impida mantener relaciones sexuales dentro del matrimonio o sean contagiosas como lepra, sífilis...) por malos tratos del marido siempre y cuando éstos hacen imposible la convivencia o la vida conyugal, pacífica. (Este tema se estudiará en un epígrafe aparte). Ausencia /encarcelamiento del esposo durante más de un año, por juramento de continencia o abandono, o en caso de presentar la demanda ante el juez y no

producirse la cohabitación de los cónyuges en el curso del proceso, éstas son algunas de ellas.

En el caso del divorcio, las causas están limitadas, es muy difícil obtener el divorcio por causas extrínsecas y por otras causas más objetivas.

El divorcio anunciado por un Juez es irrevocable, no así el producido por juramento de continencia y por efecto del impago de la manutención.

Ambos cónyuges recurren a los árbitros (Adules), uno por cada parte, que va a tratar de mediar en cualquier malentendido. Si ambos árbitros fracasan en la mediación, aparece la figura en la mayoría de los Códigos y en la Sharìa del Juez. Cuando el marido es el demandante es más fácil. No ocurre lo mismo cuando es la mujer la demandante. El Juez musulmán establece un arbitraje y normalmente lo que se busca es la reconciliación (27).

De todos es sabido la superioridad del hombre sobre la mujer en la cultura islámica, la mujer lo tienen bastante difícil a la hora de declarar la causa que motiva el divorcio puesto que es sabido que el testimonio del hombre vale por el de dos mujeres y para saber si es o no cierto cualquier extremo objeto de declaración la mujer lo va tener siempre doblemente difícil.

El Juez va a ordenar una separación durante la cual, la mujer no abandona su hogar. Se trata de una separación física se da un plazo para que ambos cónyuges reflexionen sobre la decisión que van a tomar y puedan cometer una acción nada querida por el entorno. Sólo se pronunciará si aun así ambos cónyuges no llegan a un acuerdo.

Los Jueces musulmanes se muestran contrarios al divorcio, se muestran contrarios a la ruptura del cumplimiento matrimonial, entonces imponen dos árbitros, uno por parte de ella y otro por parte de él. Se establece un plazo de tiempo (tres meses), si no se ha podido llegar a la reconciliación se impone un tercer árbitro, el árbitro judicial y si persiste la desavenencia y la no reconciliación y el marido se niega al repudio entonces el Juez dicta Sentencia de divorcio. Vemos aquí una prueba de que el Derecho Islámico es totalmente anti-divorcista. No existen los divorcios rápidos. El arbitraje implica condiciones, aunque no lo recojan algunos de sus textos. El juez agotará todas las posibilidades antes de dictar una sentencia de divorcio.

Otra marginación que sufre la mujer musulmana desde Marruecos hasta Indonesia, es que tiene que ser la mujer la que guarde abstinencia sexual cuando finalice su matrimonio bien por repudio o por divorcio, "plazo legal de espera". Si se rompe su matrimonio no puede tener relaciones sexuales con otro hombre, debe guardar abstinencia sexual. Durante este tiempo aunque esté divorciada, continúa la potestad marital del marido y en caso de ser viuda la potestad es a cargo de la familia del marido.

Al final se exige el juramento ante el Corán tanto al hombre como la mujer. Esto es lógico ya que es la última medida coercitiva, puesto que para los sujetos musulmanes jurar en falso es un pecado mortal y conlleva a una condena. Se interpreta como una falta de respeto hacia el Corán como Texto Sagrado.

Hay varias causas:

- El marido es encarcelado por tres años, en este caso la esposa puede iniciar el divorcio al año de entrar en la cárcel.
- El juramento de continencia sexual (pre-islámico). El marido jura que no quiere tener relaciones sexuales con su mujer, para ello han de transcurrir como mínimo cuatro meses sin cohabitar con ella. Ella entonces puede iniciar la demanda de divorcio, pero tengamos en cuenta que es la opinión de él contra la de ella. Es sabido que el testimonio de una mujer vale o equivale a la mitad del testimonio de un hombre, vemos de esta manera lo difícil que puede resultar para una mujer. Puede darse el caso de que sea la mujer quien no desea tener relaciones sexuales con su marido y no quiere divorciarse, si el marido insta el repudio, ella no tiene nada que hacer al respecto.
- Cuando su marido la maltrata.
- Cuando el marido deja de hacer frente a sus obligaciones.
- Dentro de la poligamia por ejemplo, (en el caso de que hayan 2, 3, ó 4 mujeres) todas tienen que tener el mismo estatus social y ser tratadas por igual, porque si no, constituiría motivo de divorcio.
- Por enfermedad, en el Islam cuando hay una enfermedad anterior al matrimonio, puede impedir el mismo. Ejemplos de ello serían la impotencia o la castración. Ahora bien si la mujer calla y admite esa impotencia del marido no pasa nada, el problema surge a posteriori cuando no hay hijos. El matrimonio islámico su finalidad primordial es tener hijos, la descendencia. Una mujer estéril no tiene derecho al matrimonio. En cambio un hombre estéril sí porque existe la

posibilidad de reconocimiento de un hijo extramatrimonial, fuera del matrimonio y así esta manera salvar el vicio.

El divorcio en el Islam es dentro de los actos lícitos uno de los peor considerados si no el que más. En el Derecho Islámico, hay que tener en cuenta que para una mujer, el hecho de llevar a su marido a los tribunales está socialmente muy mal visto pues se considera una falta de respeto tanto hacia su familia política como de la carnal.

3.2. Competencia judicial

3.2.1. Ley aplicable a la disolución del vínculo
3.2.2. Reconocimiento de Sentencias, Exequatur y consecuencias.

Es importante abordar toda esta temática desde el punto de vista por un lado del reconocimiento de las Sentencias Judiciales españolas de disolución del vínculo matrimonial en Estados Islámicos (musulmanes), y por otro lado también resulta interesante estudiar el reconocimiento de Sentencias de disolución del vínculo matrimonial que proceden de estos Estados en España.

Reconocimiento en Estados extranjeros de Sentencias dictadas por Tribunales españoles de divorcio o disolución del vínculo matrimonial/consecuencias.

A lo largo de este apartado, vamos a poner como ejemplo práctico el caso de Marruecos pues ha habido un crecimiento considerable del tráfico jurídico entre Marruecos y España debido al aumento de inmigrantes marroquíes desde el país vecino. España y Marruecos firmaron el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 30 de mayo de 1997. (28)

Según el reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental (29), en su artículo tres regula la competencia de los Tribunales Españoles en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial y enumera una serie de situaciones: (4), (26)

"Que los cónyuges tengan su residencia habitual en España o que su último lugar de residencia fuera de España si por lo menos uno de los cónyuges sigue residiendo ahí, o que el demandado resida habitualmente en España, o que la demanda haya sido presentada de manera conjunta y que uno de los cónyuges sigue residiendo en España, o que el demandante haya residido habitualmente en España un año antes de presentar la demanda o bien que el demandante haya residido habitualmente en España seis meses antes de presentar la demanda y siempre y cuando tenga la nacionalidad española."

El artículo 3 dice literalmente:

"1-En los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

-la residencia habitual de los cónyuges, -el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o-residencia habitual del demandado, o-en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges , o -la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o -la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión, o en el caso de R.U. e Irlanda, tenga allí su "domicile""...

El control de la competencia judicial internacional le corresponde al país en cuestión donde se pretende hacer valer los efectos de la Sentencia así por ejemplo en el Derecho Marroquí es una Cuestión de Orden Público por lo tanto se debe suscitar ante el Juez marroquí, que comprobará dos requisitos esenciales la regularidad de la decisión extranjera y la conformidad de las disposiciones con el Orden Público. (23

El juez debe comprobar la regularidad de la decisión extranjera, significa que los derechos de defensa del demandado sean respetados y no se han vulnerado por el Juez del Estado de origen. No se trata de otra cosa sino de acreditar documentalmente la citación, en representación, declaración en rebeldía de los demandados y que no se produzca indefensión y por lo tanto serían mermados los derechos de los demandados. (Artículo 23 del Convenio Hispano Marroquí) (23)

En cuanto al Orden Público Marroquí, versa sobre lo que afecta valores constitucionales como pueden ser valores de familia o familiares. Es imposible acotar el contenido del Orden Público por lo cual se traslada la competencia de valorarlo al Juez que controlará la conformidad del contenido de la decisión extranjera con el Orden Público Nacional y por tanto el Exequatur de la Resolución extranjera**.** (23)

En los países occidentales los divorcios son simplemente eso divorcios y son judiciales, esto contradice el derecho en los países islámicos a repudiar a su esposa sin tener que pasar por los tribunales.

En Marruecos, en la anterior Mudawana el divorcio judicial en otro Estado instado por la esposa se tenía que basar sobre una causa taxativamente ya prevista, puesto que si no la denegación del Exequátur era tajante atendiendo al Orden Público. La nueva normativa marroquí, ha evolucionado de tal manera que abarca un abanico de motivos de disolución del matrimonio, lo cual hace difícil la existencia de motivos diferentes incompatibles con estos. (23) En España, el Código Civil no exige ninguna causa para conceder el divorcio, ya se solicite por uno de los cónyuges o por ambos. (art. 81 y 86 CC) Tengamos en cuenta siempre estamos hablando de la institución del divorcio, no la confundamos con la del repudio

.

La denegación del reconocimiento de una Sentencia extranjera puede llevar tras de sí situaciones claudicantes que perjudiquen a terceras personas. Pongamos el ejemplo de un ciudadano originario de cualquier país islámico (musulmán) residente por ejemplo en España divorciado ante la Jurisdicción Española, con Sentencia firme. Podrá volverse a casar en su país de origen puesto que la institución de la poligamia está perfectamente instaurada, con lo cual atendiendo a las prescripciones o condiciones de la misma el matrimonio con una segunda, tercera o cuarta mujer sería totalmente legal y válido , desplegaría plenos efectos jurídicos en el país de origen. Ahora bien, ¿cabría preguntarse la existencia de este mismo derecho a una mujer de origen islámico residente en España y divorciada? No, en su país de origen seguiría casada mientras no se reconozca la sentencia de divorcio firme en su país. No tendría derecho a rehacer su vida con otra pareja en el caso de que quisiera hacerlo en su país de origen. Puesto que tendría que enfrentarse a una" Demanda de Reintegración al Domicilio Conyugal" una vez en territorio digamos islámico, que bien podría ser Marruecos, o cualquier otro Estado de origen Islámico (musulmán).(23)

> *SAP Barcelona, (sección 18), de 12 de julio de 2003 número (771/2003). Mujer musulmana senegalesa plantea en primera instancia la pretensión de separación en base a los malos tratos entre cónyuges. (Fundamento de Derecho PRIMERO) "La Sentencia de 9 de abril de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Barcelona, en los Autos número 755/2002, desestimaba la demanda de separación instada pues no se prevé la legislación senegalesa la separación si el divorcio con base en los malos tratos entre cónyuges…. Frente a esta resolución el Tribunal de apelación argumenta "... (Fundamento de Derecho TERCERO) …"Habríamos de considerar como los extranjeros ejercitan los derechos que se les reconoce la ley en condiciones de igualdad con los españoles; lo cual, en supuestos de normativas que no reconozcan la separación de los cónyuges, los incumplimientos de las obligaciones básicas de la convivencia y, en concreto, los malos tratos o daban imposible la*

continuación de la vida marital, previstos como causa de divorcio la legislación senegalesa, que han de entenderse justificados en la presente causa por la prueba aportada en autos, en virtud del principio de equivalencia de instituciones reconocidos en el derecho internacional privado, ha de entenderse incluida en la causa expresada por el artículo 82.1 del Código Civil español, de lo que extraemos la necesidad de acordar la separación de ambos esposos en el modo solicitado por la actora …"

Es de entender que se puede crear una situación claramente claudicante que debe primar sobre cualquier maltrato familiar. Puesto que en Senegal no se reconoce la separación y si el divorcio por malos tratos, por otro lado la cultura musulmana tampoco reconoce la separación.,

Sentencia del juzgado de Primera Instancia e Instrucción número tres de Castellón número 419/2004. Se trata de un matrimonio contraído en Marruecos por el rito musulmán de una pareja marroquí que reside en España. La mujer de origen musulmán interpone Demanda de separación matrimonial contra su esposo. …"En Providencia de 28 de noviembre de 2005 se concede a las partes un plazo extraordinario conforme a Disposición Transitoria única de la Ley 15/2005 de 8 de julio a efecto de interesar el divorcio, con suspensión del plazo para dictar Sentencia… (Antecedente de hecho CUARTO). Según el tribunal (fundamento de Derecho PRIMERO)…"se modificó el artículo 107 del Código Civil para solventar las pruebas que se encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o divorcio, cuál es el caso presente, atendiendo la finalidad perseguida con tal reforma y reflejada la exposición de motivos de la misma: el interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio determinadas personas residentes en España…"… "Debe estimarse la demanda decretando, no la separación de matrimonio que inicialmente pidió la actora en su demanda, sino la disolución por divorcio del matrimonio formado por Jesús y Angelina, al haberlo así solicitado la esposa tras la concesión del plazo extraordinario previsto por la Disposición Transitoria Única;… " "… En suma, tanto la separación como el divorcio se conciben como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común…".Aunque tratándose de sujetos de origen musulmán es deseable evitar las situaciones claudicantes.

En esta Sentencia vemos lo importante que puede resultar el crear o evitar una situación claudicante en el país de origen, así de esta manera evitaremos una posterior negativa a que la Sentencia pueda desplegar efectos y situaciones no deseadas en el país de origen.

SAP Madrid Sección 24ª de 23 de marzo de 2006 números Sentencia 367/2006, número de Recurso 920/2005.Interesa en esta Sentencia, en el supuesto concreto que se enjuicia, que el Juez de Primera Instancia "… dictó Providencia (Fundamento de Derecho PRIMERO) con el fin de que se indicara en el término de 10 días, si se solicitaba la separación o divorcio, pues siendo aplicable la legislación marroquí es inexistente en la misma la figura de la separación". En respuesta "se formula por la parte actora demanda de divorcio,…", "… Y aquel (el demandado) si bien negando la causa articulada de

contrario, pidiendo también el divorcio del matrimonio. (Sentencia obtenida a partir de G ESTEBAN DE LA ROSA, K.OUALD ALI Y T.SAGHIR." El Derecho de Hadana, de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español. En "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008.)

Respecto esta Sentencia, vemos otro ejemplo por parte de nuestros Tribunales de la intención de evitar situaciones claudicantes, con la finalidad de que pueda ser ejecutada la misma en el país de origen.

Separación contenciosa 694/2004 del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Logroño de 14 de marzo de 2005.recurrida en apelación "SAP de la Rioja de 21 de julio de 2005. (Número 211/2005) En primera instancia (Antecedente de Hecho PRIMERO) se acuerda la separación del matrimonio constituido por mujer española y varón marroquí. Declarando que "... la ley que resulta aplicable a los efectos del matrimonio es la ley marroquí...". Sentencia que es recurrida ante la Audiencia Provincial de Logroño que desestima en el Fallo el Recurso de apelación interpuesto y confirmando así la Sentencia recurrida puesto que según el Fundamento de Derecho SEGUNDO, la ley personal común de los cónyuges no se puede aplicar en este caso porque uno de los contrayentes, Doña G. tiene nacionalidad española. En segundo lugar la ley supletoria sería según el art.9.2 C.C. la ley de personal o de residencia habitual pero no consta este documento legal en autos".... Por lo que en todo caso se aplicará la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio..." Aunque ambos se encuentren residiendo en Logroño,..."ambos litigantes contrajeron matrimonio civil en Tetuán y la residencia inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio consta en Marruecos, con lo cual..."la ley marroquí debe ser la norma que regule los efectos del matrimonio".

Separación contenciosa en la que se aplicará el C.C. de forma supletoria En los países de cultura islámica no se reconoce la separación matrimonial, hubiera sido conveniente o deseable aconsejar y asesorar correctamente en cuanto a los futuros efectos a los contrayentes y que optaran por la figura del divorcio no por la de la separación matrimonial pues puede ser objeto de una situación claudicante.

SAP Barcelona sección 12ª del 8 de junio de 2006, número de sentencia 381/2006, número de recurso 468/2005. En el FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO argumenta el Tribunal "... El derecho aplicable para regular los efectos del divorcio, no es el Código de Familia de Cataluña, puesto que no se ha probado que ostentan la nacionalidad española, sino el Derecho Marroquí que es la ley nacional común originaria de ambos esposos tal y como establece el artículo 107 del Código Civil en la redacción de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre...." En su FUNDAMENTO TERCERO "... El artículo 98 de la Moudawana marroquí establece el divorcio instancias de la esposa por incumplimiento grave del marido respecto de determinadas obligaciones como el mantenimiento y ausencia del domicilio familiar..." "Faculta al Juez para la imposición de una indemnización a cargo del marido, los artículos 84 y 101...". (Sentencia obtenida a partir de G ESTEBAN DE LA ROSA, K.OUALD ALI Y T.SAGHIR." El Derecho de Hadana, de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español. En "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008.)

En primera instancia se declara la separación matrimonial de los cónyuges atribuyendo la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre con la prohibición para el padre de la salida del país junto con la menor, no se establece régimen de visitas para el padre. No se establece indemnización ni pensión compensatoria, motivo éste par que la representación de la esposa solicite la revocación parcial de la sentencia.

El derecho aplicable es el marroquí, como ley nacional común originaria de ambos cónyuges, no cabe aplicación de la ley de la residencia habitual (fundamento segundo) pues ésta s, argumenta la sala, se aplica cuando no hay nacionalidad común, o en casos en los que las leyes nacionales aplicables no reconocieran la separación o divorcio o fueren discriminatorias o contrarias al O.P.

En esta segunda instancia, se estima parcialmente el Recurso de Apelación y se revoca la Sentencia de Divorcio dictada en primera instancia en un único extremo, relativo a la condena al demandado al pago de la esposa de una indemnización de 18.000 € en base al Derecho Marroquí.

Otro punto importante es el relativo al carácter definitivo y ejecutorio de la Resolución extranjera. Como ejemplo, volvemos a nuestro país vecino, es esencial tal como prevé por ejemplo el Convenio Bilateral Hispano Marroquí, que la resolución emane de órgano jurisdiccional competente, las partes sean legalmente citadas, la resolución tenga autoridad de cosa juzgada, entre otros requisitos, por ello, para reconocer que la Sentencia de divorcio sea firme y ejecutiva en España, se necesita una Certificación del Secretario del tribunal que haga constar esta Resolución no ha sido objeto de recurso.(art 28.3)(23) Es de notable importancia, puesto que mientras la resolución no sea firme, el sujeto en cuestión podríamos pensar que puede instar en su país de origen el repudio unilateral. Por ejemplo en Marruecos, el Código de Familia Marroquí determina que no se concederá el reconocimiento en Marruecos de una Sentencia española de divorcio solicitado por una mujer en los casos en que ya exista en Marruecos un repudio llevado a cabo por el marido. Como respuesta a este hipotético ejemplo, el Convenio Bilateral exige a su vez que," que no se encuentre pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado resolución que deba ejecutarse" (art. 23.5)

En definitiva, todo ello lo podemos visualizar a través del siguiente ejemplo: si el marido insta en su país de origen un repudio mientras la Sentencia por ejemplo en España todavía no es firme, o no hay sentencia todavía Se puede producir una situación clara claudicante, puesto que la mujer ante la Jurisdicción Española no ha disuelto el vínculo, sigue casada. En cambio en el país de origen, su marido podría verse desligado de ella. Entonces cabe preguntarse ¿en qué situación se quedaría la mujer islámica? .Si esta mujer repudiada ya no estaría casada en su país de origen, ¿seguiría casada en el país de

acogida? Pues sí, puesto que el Estado Español no reconoce el repudio por los efectos que conlleva.

Como ejemplo podemos citar el caso de Fatema (el nombre Fatema es inventado pues no quiere que se la pueda identificar, con este nombre intentaré que siga en el anonimato)

"*Fatema, es una mujer hoy en día española porque ya ha adquirido la nacionalidad española, reside en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, de origen marroquí se casó con un marroquí al que no quería. Trató de divorciarse en Marruecos pero él no tenía ninguna intención de divorciarse. Actualmente él ha vuelto casarse. Ella se escapa y viene a Canarias, encuentra trabajo en una empresa hotelera de gran prestigio, regulariza su situación y se ha visto obligada instar el divorcio en Canarias. Después de más de 10 años en Canarias trabajando de una forma regular, adquiere la nacionalidad española. Instó el divorcio desde aquí, todavía no lo ha conseguido. No quiere volver a su país por dos cuestiones esenciales, no va a poder divorciarse y no va a poder volver a Canarias y piensa que su estancia allí va a ser horrenda por parte de su todavía marido y sobre todo de su familia política.*

"Fatema convive con un hombre español, canario mantienen una relación More Uxorio completamente prohibida por sus principios y por su cultura, ambos quieren casarse y no pueden hacerlo, Fatema vive con la convicción de estar en pecado, para ella no es fácil vivir la situación en la que está inmersa. Sabe que no tiene retorno, éste es sumamente difícil, su situación se considera prácticamente "delictiva" por su familia, pues el Islam se manifiesta completamente contrario a las relaciones de las parejas de hecho sobre todo si el varón no profesa la religión musulmana. Su madre está enferma y no puede ir a verla ni a cuidarla, su familia se siente humillada, pues no acepta esta situación, ya no puede volver."

A ésta mujer se le hace aconsejable divorciarse de su primer marido, disolver su primer matrimonio, puesto que es imprescindible para casarse con su actual pareja. Con respecto a la disolución del primer matrimonio, no debería tener mayor problema puesto que se casó Marruecos se le aplicaría el Derecho Marroquí en base al artículo 107 C.C. en su anterior redacción. Y una vez su Sentencia de divorcio fuera firme podría volver a contraer matrimonio con su actual pareja.

Casos como éstos, son de bastante actualidad en Canarias, lo que ocurre es que la mujer islámica prefiere callar antes que interponer una demanda. No se trata solamente de

interponer una demanda de divorcio, sino que hay que tener en cuenta otros factores como el factor aislamiento en el sentido de que en la mayoría de los casos son mujeres que conocen muy poco o nada el idioma, suelen vivir rodeadas de nacionales de su mismo país suelen formar una comunidad bastante cerrada , no está bien visto que la mujer inste desde aquí el divorcio, sufre mucho por el qué dirán, normalmente la situación de sus familias suelen ser bastante mala económicamente hablando. En la gran mayoría de estas situaciones son conscientes de que no tienen un retorno, claro al menos a corto plazo.

Por todo ello es fundamental que reciba algún asesoramiento jurídico correcto teniendo en cuenta diferentes factores como es el medio de vida, consecuencias de su decisión en España y en su país de origen, reacción de su familia biológica y política, la comunidad en la que vive, en la mayoría de las ocasiones es la que más presión ejerce sobre la mujer.

También existe el caso contrario, que sea la mujer la que no quiere mantener relaciones sexuales con su marido y éste no quiere divorciarse, obviamente suele pasar con frecuencia cuando la mujer es obligada a casarse máxime cuando existe una considerable diferencia de edad entre ambos, en este caso salvo el repudio por parte del marido la mujer tiene bien poco o nada que hacer. Por ejemplo países como por ejemplo Irán, Pakistán, Afganistán, son en este aspecto "bastante o muy fieles a la tradición desde un punto de vista jurídico".

Con respecto al reconocimiento y efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico español de resoluciones judiciales en materia de disolución del matrimonio dictadas por tribunales extranjeros (islámicos) es necesario estudiar con carácter previo el control de la Competencia Judicial de los Tribunales de estos Estados objeto de estudio en primer lugar, y en segundo lugar la eficacia que puedan tener o carecer las Decisiones de estos Tribunales sobre disolución matrimonial en nuestro Ordenamiento Jurídico. Así para que la Decisión de un Tribunal de un Estado en el caso que nos ocupa un Estado de origen Islámico (musulmán), tenga fuerza de cosa juzgada en España, debe tratarse de un Tribunal competente conforme a la normativa de ese Estado. Y que dicha institución, divorcio, no atente al Orden Público español y tenga validez desplegando plenos efectos jurídicos como puede ser el **repudio**. Siguiendo con el ejemplo de Marruecos, tal y como apunta Doña Houda Zekri en "disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales Hispano –marroquíes" …"el artículo 79 del Código de Familia Marroquí concreta una modalidad de divorcio "divorcio bajo control judicial"…. En cuanto a esta figura jurídica,…" las normas de Competencia Judicial Internacional aplicables a Marruecos se asemejan bastante a las que rigen en España, conforme al artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003"…. **(23)**

Podríamos preguntarnos a su vez si es reprochable que el repudio esconda en realidad un divorcio por mutuo acuerdo, en este caso ambos cónyuges en lugar de recurrir a un procedimiento judicial para disolver el matrimonio que en la práctica suele ser bastante largo y tedioso, después de estar sometiéndose a una mediación innecesaria en cuanto que ambos cónyuges están de acuerdo en disolver su matrimonio y que consideran preferible servirse de una vía rápida y económica como es la del repudio admitida en su país de origen. La respuesta radica tal y como apunta Doña Houda Zekri, en la Autoridad que tenga competencia para ello, la revocabilidad o irrevocabilidad de la misma (ello en función de la Idda) y la posible desigualdad que conlleva esta institución. Todos estos factores y circunstancias harán depender el reconocimiento de una resolución de éste tipo por el Ordenamiento Jurídico Español.

Existe una tendencia a equiparar algo que no es o no debería ser equiparable, como es el comparar la figura de la separación que existe el derecho español y buscar una homóloga en el período de revocabilidad del repudio islámico (Idda) (Repudio es diferente a divorcio y es diferente a separación entendida en el mundo occidental)…"Es cierto que el Derecho Islámico o Musulmán en general desconoce la institución de la separación"…. (23) Pues ésta puede ser constitutiva de una cuestión de orden público en el país de origen. …"El período de revocabilidad, Idda, es un período de reflexión con la finalidad de que los cónyuges no tomen una decisión precipitada a la hora de poner fin a su vínculo y decidan seguir adelante con su relación y su vida en común"… (23) pues siguiendo a Doña Houda Zekri, cuando un matrimonio de origen islámico o musulmán decide instar una Demanda de separación en España irremediablemente esta situación conlleva a una situación claudicante difícilmente se otorgaría un Exequátur en un país musulmán que no reconoce esta institución. Ahora bien, siguiendo con la autora, según el Convenio Hispano-marroquí, las Autoridades Españolas estarían obligadas a reconocer cualquier decisión procedente de Marruecos declarada por un Tribunal que resulte competente conforme al Ordenamiento Jurídico marroquí. La decisión de divorcio bajo control judicial obviamente lo es, pero surge un problema, el repudio, (figura desconocida por nuestro ordenamiento pues es sabido que lo vulnera, siempre que éste sea revocable, en la práctica no tiene aplicación alguna). Pero no sólo es la institución del repudio, sino que tal y como apunta Doña Houda Zekri, el alcance de la competencia de los Adules en esta materia. Los Adules son funcionarios nominados por decisión del Ministro de Justicia previa proposición del Juez, existe incompatibilidad con cualquier otro empleo bien de carácter administrativo o judicial. Cumplen una doble función son por un lado auxiliares y por otro lado son testigos. La condición de testigo está fuertemente arraigada con el derecho musulmán clásico, la Sharía considera obligatorio la presencia de los testigos para hacer público un matrimonio. Aunque puedan utilizar fórmulas o expresiones de la Sharìa Islámica, queda descartado

cualquier nexo religioso con los funcionarios. Sus funciones son exclusivamente administrativas. **(23)**

¿Podría ser reconocido en España un repudio irrevocable que respetara los derechos de defensa de la esposa repudiada teniendo en cuenta que los dos Adules son considerados como autoridad en el país del foro? Para surtir efecto en España una decisión de divorcio (repudio) debe emanar de una autoridad competente, aunque Marruecos por ejemplo la competencia se limite a Jueces y a los Adules. La STS de 25 /01/2006 Sala Tercera ,Sección Quinta, Recurso 8062/2002 , en su FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO recoge …"Así en el ATS de 19 de junio de 1996…No ha de ser obstáculo el hecho de que el divorcio se haya instado ante los Adules, quienes extienden el acta,…éstos ciertamente, parecen actuar como requisito formal traído por el ordenamiento jurídico competente pero advierte de la subsiguiente homologación del acta sí extendida por el Juez Notarial, Cadí"…, más adelante nos aclara el ATS …"En primer lugar habría que aclarar que quien verdaderamente autoriza el acta de divorcio es el Juez, limitándose los Adules a confeccionar el acta a la vista de las declaraciones de los interesados, pudiendo otorgar la fe pública en asuntos judiciales."…

.Doña Houda Zekri cita la **SAP Barcelona de 18 junio 2002** en la misma concede la separación matrimonial a dos cónyuges marroquíes residentes en España, se basa en la equivalencia de instituciones y de resultados para asimilar el repudio marroquí a la separación requerida por la esposa. En el mismo sentido se manifiestan D.A.L. Calvo Caravaca y D., J. Carrascosa González "procede a la separación judicial de dos cónyuges marroquíes aunque la separación judicial no está prevista en el Derecho marroquí, aludiendo, con notoria confusión a la equivalencia de instituciones, para acabar aplicando el Derecho español."

Esta decisión crea una situación claudicante puesto que el país de origen nunca va a reconocer la separación de ambos cónyuges, puesto que esta institución no existe en el Derecho Islámico ni está recogida en ningún Código de Conducta.

Puede ocurrir que la mujer musulmana y por tanto de origen islámico esté completamente desligada pues como tantas mujeres han rehecho su vida en España han formado familias con sujetos nacionales y en definitiva han decidido vivir una nueva vida lejos de sus familias de origen, pues nada las une su país de origen, en este caso concreto e individual carecerá de importancia que la Sentencia de separación solo despliegue efectos en España

Todas las sentencias acerca de la institución del repudio no tienen por qué significar automáticamente una cuestión de orden público y por consiguiente carecer de efectividad alguna en nuestro ordenamiento, tal es caso del repudio irrevocable y sirva de ejemplo la Sentencia del **Tribunal Supremo** 25/01/2006, Recurso de Casación 8062/2002. Con este Recurso de Casación se impugna la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, Sentencia de 21 de marzo de 2002 en su Recurso Contencioso Administrativo 832/2000 contra la Resolución de fecha 11 abril 2000 del Cónsul General de España en Tánger (Marruecos) en la cual se deniega a…"Doña I. segunda esposa del recurrente, ciudadano de nacionalidad marroquí, la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar"… (FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO)

La Sala de Instancia (en su FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO) "desestimó el Recurso Contencioso Administrativo confirmando la Resolución impugnada y se basa en ello en apartado a)…"el *artículo 17 de la L.O. 4/2000 11 de enero,* que prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge aun cuando la ley personal del extranjero permita esta situación"…

El motivo que fundamenta la desestimación del Recurso en el FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO es... "*la falta del presupuesto de la formalidad judicial del divorcio para entender disuelto un primer matrimonio del actor."*... Puesto que el núcleo del debate principal del recurso de casación se basa en primer lugar en…"*la indefensión y ausencia de contradicción"…*como motivo que no aparece en la sentencia de instancia. A su vez en segundo lugar el...*"incumplimiento del artículo 27.2 del RD 155/1996", "el núcleo del debate procesal gira naturalmente tanto sobre la validez o no del segundo matrimonio celebrado y la subsistencia o extinción del anterior vínculo matrimonial*."...

"*En el expediente administrativo obra Acta de divorcio solicitado por la primera esposa con fecha 15 febrero 1999, (FUNDAMENTO DE DERECHOCUARTO) la Sala de instancia tiene por cierto este extremo, pero aun así entiende que el negocio jurídico que se documenta no cumple con las formalidades y las garantías del artículo 17 de la L.O. 4/2000."…,…"el extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que exige la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes"…*

Plantea el Tribunal (FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO, B,- 4.) que *…" La eficacia extraterritorial del documento extranjero que certifica que al amparo de una norma extranjera se ha constituido la situación que se pretende hacer valer (aquí a la sazón, el repudio o divorcio*

del recurrente), dependerá de la valoración que habrá de efectuarse de conformidad con lo establecido el sistema convencional existente entre los dos países España y Marruecos, y en su defecto conforme a lo dispuesto en Nuestro Ordenamiento Jurídico…"

La sala falla declarando haber lugar al recurso de casación 8062/2002 reconociendo el derecho a D.J a que el Cónsul General de España en Tánger expida el Visado de Residencia para Reagrupación Familiar a su segunda esposa Doña I.

Se reconoce la disolución del primer matrimonio a través de un repudio denominado por Khol "repudio mediante compensación económica de la esposa", con carácter de irrevocable instado por la esposa, se disuelve el vínculo matrimonial.

Hay que aclarar tal como recoge el ATS 19 de junio de 1996 que la persona que autoriza el Acta del divorcio es el Juez únicamente, los Adules se limitan a confeccionar el Acta y pudiendo otorgar a la misma la fe pública necesaria en asuntos judiciales. Viene a ser un divorcio previo a una consumación tramitada mediante un proceso similar a un procedimiento administrativo, tramitado por los dos y que, como todo divorcio autorizado por un Juez. (30) (31)

4 NULIDAD

Con respecto a la nulidad, el artículo 107.1 del Código Civil (última actualización publicada 03/07/2015, se modifica el apartado 2, por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015 de 2 de julio., de la Jurisdicción Voluntaria Ref. BOE A-2015-7391."*La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la UE o españolas de D.I.Pr*.") es claro y contundente… 1."*La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración."...*

La nulidad se produce cuando un acto jurídico, se ha producido vulnerando lo dispuesto en una ley que lo regule. Así si aplicamos esta definición al matrimonio, veremos que es un matrimonio nulo cuando existe un vicio insubsanable en el momento de su constitución. El CAPITULO IV, del TITULO IV del CC (del matrimonio), regula la nulidad del matrimonio, y es en su art. 73 del CC. Donde se regulan algunas causas de nulidad, pero no todas. Por otro lado…"La nulidad del matrimonio no tiene una norma de conflicto específica dentro del derecho internacional privado español"…,. …"Se trata de una laguna legal, la nulidad del matrimonio es una sanción que se le impone a este por el incumplimiento de alguno de los requisitos legales para qué sea válido"…. La nulidad el matrimonio lo es según…" la ley por la que se rige ese matrimonio"…. **(4)**

Para entender mejor la nulidad, basta con un ejemplo bastante aclaratorio en cuanto a las consecuencias que puede acarrear el reconocimiento o no a la hora de

contraer un matrimonio en los diferentes ordenamientos, sobre todo si alguno de ellos es de origen musulmán.

SAP Barcelona 17 de enero de 2012 número 7/2012, número de Recurso 1061/2010:

> Mujer marroquí contrae matrimonio con varón español .Matrimonio en España 1998. Sentencia de separación, pero no de divorcio en 2004. Posteriormente contrae matrimonio con un musulmán en Marruecos en 2008. El apelante solicitó nulidad del segundo matrimonio. La Audiencia al confirmar "…*la denegación de la nulidad del segundo matrimonio. El artículo 107 del código civil remite para la nulidad a la ley marroquí conforme la cual no procedería anular el segundo matrimonio en tanto que no reconoce el primero celebrado entre musulmana y no musulmán. El primer matrimonio celebrado en España en 1998conforme a la Ley española es válido en España. El impedimento que establece la Ley marroquí de religión o culto- matrimonio de musulmán y no musulmán (artículo 39,4, la Mudawana) es excluido en España por razones de orden público…..".RDGYN 10 en junio de 1999 "…. La capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal del interesado (artículo 9.1 del código civil), dicha ley no deberá ser aplicada y en su lugar se aplicará la ley española cuando la norma extranjera aplicable como regla, sea considerada contraria al Orden público….". "... La norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un no musulmán es una limitación intolerable al Ius nubendii de la mujer (artículo 32, CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (artículo 14, CE) y vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (artículo 16, CE)…". "... Al ser la norma indicada manifiestamente contraria al Orden Público Español, es válido dicho matrimonio civil en España. Concluyendo, el matrimonio ante autoridad española entre marroquí musulmana y un no musulmán puede ser válidamente celebrado aunque no es reconocido Marruecos (matrimonio claudicante).". En el mismo sentido RGRYN 4 de diciembre de 1991.*

El segundo matrimonio que se celebra Marruecos es válido en Marruecos, pues no existe el primer matrimonio para Marruecos. En cambio el primer matrimonio es válido en España no existiendo el segundo matrimonio objeto de la sentencia cuya nulidad se pretende porque que el primero no estaba disuelto, sólo hay una separación no divorcio. *Así, según esta sentencia "…no puede reconocerse en definitiva dicho matrimonio por inexistente. Concurriendo un vínculo matrimonial constituido en España, no puede reconocerse efectos al matrimonio celebrado Marruecos, por lo que no se puede decretar la nulidad que se peticiona…".*

Según el artículo 107.1 C.C. la nulidad matrimonial se rige por el mismo derecho que le da validez al matrimonio independientemente del lugar de celebración del mismo. *"La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración."...* Debe ser de aplicación este mismo derecho que declara nulo el matrimonio el que regule a posteriori las consecuencias legales de tal decisión, es decir, los derechos y obligaciones que derivan de esta nulidad.(como pasaría en cualquier desavenencia conyugal) Ahora bien, este artículo en cuanto a los efectos remite a la ley aplicable a su celebración, así será aplicable por ejemplo en cuanto a hijos (visitas), patrimonio, manutención, pensión de alimentos.

Esta es una de tantas injusticias en las que se puede ver inmersa la mujer musulmana, pues el hecho de instar la nulidad o el divorcio, o sea, la ruptura de un matrimonio en su comunidad de origen, bien puede ser falta de libertad a la hora de emitir el consentimiento o cualquier otra circunstancia legal, puede dar lugar a ese temido reproche social por parte de su comunidad e incluso de sus propias familias tanto la política como su familia carnal máxime en el caso de que hayan hijos

4.1. Causas de nulidad en un matrimonio musulmán:

Las causas de nulidad no es un número cerrado o exacto, algunas de ellas son:

- una mujer no puede ser esposa del marido de su hija, o sea, su yerno. Este matrimonio es nulo.

- Una mujer que haya cohabitado ilícitamente con su pareja, no puede casarse con ella y si lo hace, se anula porque está mal visto.

- El varón no puede casarse con dos hermanas a la vez, tampoco un varón puede casarse con una tía y una sobrina a la vez. Se evita así el grado de consanguinidad en todo momento en el mundo o corriente Sunïi/sunita.

- El matrimonio a plazos sólo está permitido en algunos países como Irán, (matrimonio Sigheh).El matrimonio temporal (Mutáh) está prohibido en general en el mundo musulmán. Resultaría contradictorio que se permitiera el matrimonio Mutáh, pues iría en contra de la naturaleza del matrimonio.

- Desde Marruecos, toda África y parte de Asia, esto es moralmente reprobable, y por tanto es algo no lícito y no permitido en el mundo musulmán, en líneas generales es un contrato de carácter temporal cuya vigencia puede oscilar entre los tres meses e incluso más, en los que el

hombre elige el momento para cohabitar con su mujer. No se suele exigir dote, se suele concertar con mujeres más bien de poco poder adquisitivo. Transcurrido este tiempo o plazo, se podrá reanudar o no, es a voluntad de las partes. Si durante el mismo la mujer queda embarazada, el hijo pertenecerá al padre desde el nacimiento. Permanecerá con la madre mientras sea lactante. A la madre se la mantiene los meses de embarazo. Después se le puede digámoslo de alguna manera arrebatar el hijo, y la madre no tiene ningún derecho sobre el mismo.

- El matrimonio será nulo cuando una musulmana se case con un politeísta o un infiel.

- El matrimonio será nulo cuando uno de los cónyuges es incapaz.

  Existen excepciones, hay legislaciones que permite el matrimonio con una persona incapaz. Siempre que haya mutuo acuerdo y sea beneficioso para el incapaz "de forma excepcional". No se especifica qué tipo de incapacidad Este matrimonio será válido con la autorización del Juez pero siempre y cuando sea en beneficio del incapaz.

- El matrimonio será nulo cuando un esposo repudie tres veces a la que fue su esposa, repudio irrevocable. Esta esposa una vez se case con otro y este la repudia, será cuando ella podrá volver a casarse con su primer marido.

- Tampoco se pueden casar ascendientes o descendientes por parentesco de cualquier grado, abuelos con nietos…

- Tampoco se pueden casar por línea colateral entre hermanos e hijos de hermanos, y entre tíos y sobrinos. Esto está prohibido. En cualquier caso este matrimonio es nulo.

5. EFECTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

5.1. La filiación, el derecho de Hadana y la Wilaya.

La filiación (NASAB) que rige es la paterna, no la materna. La materna sólo da legitimidad. Aunque existan muchas madres solteras (en el Islam éstas están muy mal consideradas) los hijos son ilegítimos.

Los hijos legítimos son hijos del padre y dentro del matrimonio, hijos matrimoniales. Esta es la filiación en general en los países objeto de estudio. La filiación

adoptiva es una cuestión de Orden Público en el Derecho islámico, sólo un Estado la admite, Túnez. Esto no está bien visto dentro de la comunidad islámica. Fuera de Túnez no se pueden adoptar niños.

> *"Dios no ha puesto en el seno del hombre a dos corazones. No os ha dado a vuestras esposas, aquellas de las que os separáis, por madres. No ha puesto a vuestros hijos adoptivos en pie de igualdad con vuestros hijos. Eso es lo que dicen vuestras bocas, pero Dios dice la verdad y él guía a la buena senda. Nombrad a los hijos adoptivos de acuerdo con el nombre de su padre: eso es más equitativo ante Dios. Si no conocéis a sus padres, dadles es el nombre de vuestros hermanos de religión o de vuestros clientes. No cometéis falta en lo que erráis, pero sí en lo que deciden vuestros corazones. Dios es indulgente, remisorio." (Corán, Azora XXXIII, versículo 4,5), (traducción Juan Vernet).*

Hay causas por las que se niega o se basan para negar la filiación paterna, como cuando un niño es concebido en el compromiso matrimonial y nace antes de haber transcurrido los seis meses de matrimonio. Se puede poner en duda la paternidad y no se admite porque en la cultura islámica piensan que puede haber algún tipo de engaño o habilidad para tapar o camuflar, se suscitan dudas en cuanto a virginidad. Puede haber dudas de que el hijo sea del padre aunque haya nacido dentro del matrimonio.

Las mismas dudas ocurren si el marido acusa de adulterio a la esposa, si una mujer fuera acusada de adulterio por su marido y tiene un hijo, pueden existir dudas de que el titular de la paternidad sea o no el marido. En la cultura islámica subyace un problema de fondo y es que no se puede investigar la paternidad, las pruebas de ADN y cualquier otra prueba para investigarlo irían contra los principios y contra el libro sagrado el Corán.

En el mundo occidental sí se puede decir libremente que el hijo no es de un matrimonio determinado porque la mujer ha mantenido relaciones sexuales extramatrimoniales. En nuestro ordenamiento gozan de los mismos derechos los hijos matrimoniales como los que no lo son Pues bien en la cultura islámica, no puede reconocerse un hijo que haya nacido dentro de otro matrimonio. Pero en cambio si cabe la posibilidad de reconocer por parte del marido un hijo extramatrimonial, esto habría que entenderlo con matizaciones pues por ejemplo debería haber una diferencia de edad entre ambos ajustada o considerable, éste hijo no puede haber nacido en el seno de otro matrimonio por ejemplo. Ahora bien, el hijo beneficiado por el reconocimiento fuera de matrimonio y el hijo habido en el matrimonio tienen los mismos derechos y obligaciones,

en este caso concreto no se discrimina a uno en beneficio de otro.(Hijo extramatrimonial del marido no de la mujer)

No ocurre lo mismo con la mujer, una madre casada no podrá nunca reconocer a un hijo fuera del matrimonio, declararía así públicamente una infidelidad cometida. Una madre soltera si puede pero ese hijo no tendrá los mismos derechos que un hijo habido en un matrimonio.

La Hadana es una institución peculiar del derecho musulmán, de las pocas instituciones que aun estando regulada por diferentes códigos de conducta, permanece fiel e inmutable a la tradición islámica independientemente el rito o escuela de pensamiento de que se trate.

Para entender la Hadana, como ese derecho preferente que tiene la madre para cuidar a sus hijos durante su infancia hasta la mayoría de edad o en caso de matrimonio incluso antes, podríamos estudiar el establecer una serie de comparaciones o supuestas equivalencias con la patria potestad tal como se conciben el Derecho Español.

La guarda y custodia el derecho de visitas son reconocidos por el Ordenamiento Jurídico español en cuanto a una relación de protección por parte de ambos cónyuges, padre y madre respecto a su descendencia, esta protección se mantiene incluso en caso de ruptura de matrimonio dividiéndose en la titularidad o representación legal de sus hijos y la guarda y custodia o sea el cuidado. Se establece en favor del cónyuge que no tiene derecho a la guarda y custodia un régimen de visitas ahora bien, la Autoridad Judicial puede denegarlo en base a ciertas circunstancias, ejemplo de ello puede ser un caso de violencia de género.(18)

A la hora de estudiar la Hadana, no podemos buscar un sentido taxativo, puesto que la custodia tal como nosotros la entendemos no tiene equiparación con respecto a la Hadana islámica,…" no presenta similitudes con respecto a ella"…(18).

Diferencias:

Las relaciones paterno-filiares se conciben de forma diferente en ambos Ordenamientos o culturas, la patria potestad,…"se entiende como una autoridad paterna sobre el hijo o hija la tiene sólo y exclusivamente el padre en el CFM"…,…". En la época pre- islámica, en concreto el derecho romano el padre tenía el poder de decisión sobre la vida del hijo o de la hija"…,…". Con el Islam se transforma el poder del control en poder de protección de la hija o el hijo"... (18). No podemos equiparar el concepto tutela o la

patria potestad española pues esta última supone igualdad entre hombre y mujer (art.156 CC," la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro."…,) en relación con sus obligaciones y derechos en beneficio de sus hijas e hijos independientemente de cual sea la filiación de cualquiera de ellos. La Ley otorga una serie de derechos y obligaciones (art.154. C.C …"1ºvelar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral.2ºRrepresentarlos y administrar sus bienes"…) a los padres sobre sus hijos (hijos/as) que éstos están obligados a asumir, gestionar y cumplir respecto de los intereses de los hijos siempre que éstos no estén emancipados, en éste caso se entiende que ya no necesitan ese amparo o protección de sus padres, salvo ciertas excepciones. En el Derecho islámico, en general, y también en algunos Códigos de Conducta, mientras ambos progenitores estén casados la custodia sobre la descendencia es compartida, si se rompe esta relación es a la figura del padre a quien corresponde autoridad paterna sobre el hijo y la hija, a la madre le corresponde el derecho de crianza lo que es propiamente dicho la Hadana, son los cuidados personales y materiales que dependiendo de los diferentes Códigos de Conducta varía las edades de los menores. Éste derecho de custodia no dura siempre. En los países donde no se encuentra regulado, será la mayoría de edad o matrimonio para la hija y hasta la pubertad para el hijo. El cuidado corresponde así a la madre y en su defecto al padre y en caso de que este no esté, a la abuela materna, en Túnez no aparece este derecho como prioritario en la figura de la madre, cualquiera de ambos progenitores puede tener la custodia de los hijos. Túnez rompe, de alguna manera, con la Sharía en este sentido pues la madre puede ser la tutora en cuando a la administración del patrimonio del menor.

En la Hadana, la custodia no conlleva a su vez el derecho que tiene la persona en este caso la madre, a trasladar su residencia legal. En la mayoría de los países occidentales en cambio la persona que ostenta la custodia o la guarda tiene este derecho a trasladar la residencia.(18)

La disolución del matrimonio se complica puesto que hay que discernir y separar los derechos y obligaciones que corresponden a los cónyuges sobre los hijos con respecto a su cuidado de su persona, de su moral y de su patrimonio. (18) El hombre y la mujer tienen diferentes papeles y funciones ya no del matrimonio sino de sus efectos una vez disuelto, claro ejemplo de ello es el cuidado de los hijos e hijas.

En términos generales, sin entrar de forma exhaustiva, corresponde al padre la T**utela o Wilaya**, en exclusiva la formación que recibirán sus hijos, puesto que es su representante legal. (la filiación se entiende paterna, pues la materna solo otorga legitimidad) Un padre islámico tiene un derecho ilimitado y absoluta disposición sobre

sus hijos. Tiene un poder absoluto en educación y corrección de conductas. Tiene obligaciones de alimentos, vestimenta, medicinas… La duración siempre varía, fuera de los Códigos de Conducta, en la Sharía, la mujer (hija) tiene derecho ser mantenida por el padre hasta que se case normalmente es hasta el matrimonio aunque algunos países van imponiendo la mayoría de edad, (como es el caso de Marruecos) lo normal es que la mujer pase del poder o protección del padre al poder del marido. La mujer siempre estará supeditada o en algunos casos protegida por el padre, abuelo, hermano mayor y cuando se case por su marido.

En cuanto a la hora de entender la función de las instituciones que comprenden derecho matrimonial tanto en el Islam, como en los países occidentales suscitan importantes cuestiones e interrogantes a la hora de dar una respuesta a una situación internacional que deriva y se encuentra estrechamente unida a la inmigración.

> …**"El tutor** es el representante legal hasta la mayoría de edad que se sitúa en los 18 años"… (ahora bien, no en todos los países islámicos son los 18 años, esta es la última reforma que ha habido en Marruecos artículo 233CFM en el anterior Código este momento, la hadana era hasta los 12 años para los hijos varones y los 15 para las hijas o féminas). (18) La madre sólo tiene el derecho de Hadana, lo que implica …"cuidar a sus hijos, criarlos pero no puede decidir en su formación ni siquiera en su residencia habitual, no puede irse o cambiarse de lugar de residencia a un municipio contiguo ni mucho menos a un lugar lejano del lugar donde reside el padre o la persona que tenga la tutela, esto tiene una finalidad que el tutor pueda ejercer el poder de control que le confiere la "wilaya"…. (18) (Se trata de una facultad o derecho que tiene la mujer a ser representada por uno de sus parientes masculinos, que será el titular de la tutela personal de la mujer) Esto ocasiona no pocos problemas teniendo en cuenta que…"en el caso de ruptura cuando se presenta una demanda de disolución del matrimonio en España, puesto que son las Autoridades Españolas las que se deben de pronunciar en qué situación queda los hijos e hijas"....(18)

El Derecho Islámico es un derecho regido/basado por la religión. Al contrario que los países occidentales que se tiene una mentalidad más laica. En cuanto a la tutela, el tutor tiene que ser musulmán necesariamente, pero además el tutor excepcionalmente puede ser una mujer (estrictamente la figura de la tutela, nunca del tutor matrimonial que siempre será un hombre) otra clase de tutor puede ser el tutor testamentario (que sí puede ser una mujer) algo parecido a nuestra albacea.

Cuando hablamos de tutela como medio de protección a una persona menor de edad, esta continúa hasta que la mujer se case. El tutor tiene que responder ante un Ulema (Chiíta) o un Cadí (Sunita), éstos tienen poder nombrar y para cambiar o destituir al tutor siempre y cuando no se esté tutelando correctamente al menor. Como vemos en el mundo islámico se protege mucho al menor.

La Hadana es un derecho frágil, consiste en la salvaguarda de los derechos de la descendencia, no solo se trata de su educación sino de los intereses del menor .Cuando hablamos de Hadana hablamos de…"manutención y protección de lo que afecten negativamente al desarrollo del hijo y de la hija, en cuanto a la tutela comprende tomar decisiones que puedan afectar de alguna manera al futuro de los menores, cuestión muy importante es su formación moral"… (18) pues es sabido que los hijos e hijas deberán ser educados conforme a los principios y en la fe en el Islam .En cuanto a la fragilidad de éste derecho, por ejemplo si la mujer ya superó el tercer repudio, es libre para poder casarse de nuevo, dependiendo de con quién se case si es en grado prohibido o no, podrá mantener o perder este derecho sobre sus hijos, en caso de pérdida este derecho lo tendría el padre. Otro ejemplo sería el de una madre católica casada con un musulmán difícilmente tendrá la hadana si no educa a sus hijos en la fe del Islam o religión musulmana.(no puede darse el caso contrario por el impedimento de disparidad de culto)…"El hecho de no ser musulmana no implica la pérdida automática de su derecho de custodia, sino que supone una limitación mayor del período en que puede tener con ella al custodiado/a, finaliza su derecho al cumplir el custodiado 5 años, en los Códigos tunecino(art 59), marroquí(art 108), sudanés(art 114)"….(32)

El Derecho Islámico, en la Sharía, y como no en la escuela Malikí, en el momento en que se extingue la Hadana los hijos quedan bajo la tutela personal del padre o quien ostente la tutela en ese momento. En cambio en el Código de Familia Marroquí (CFM), en la última reforma cambia sustancialmente y lo limita a la mayoría de edad. (33)

La Hadana no es un derecho vitalicio, en los países donde no hay Códigos de Conducta por ejemplo, si se trata de una hija la madre tiene todo el derecho hasta que se case o adquiera la mayoría de edad si es un varón hasta que sea púber o sea, hasta que sea un hombre tendrá derecho a custodiarlo. Dependiendo de los países y si tienen o no tienen este derecho regulado en sus códigos existen variaciones:

Argelia-en su Código se recoge que la madre tiene el derecho de Adana o custodia hasta los 10 años de edad en el caso de los hijos y hasta la edad de matrimonio en el caso de las hijas. También se recoge puede alargarse hasta los 16 años mientras la madre no vuelva casarse.

La madre tiene el derecho de custodia pero este derecho se rompe cuando la madre tiene una nueva relación y se casa. Es en este momento cuando tiene que entregarle al padre su descendencia porque los hijos son y pertenecen al padre.

Libia-en el caso de los hijos varones no especifica lazo alguno, sólo indica hasta la pubertad en cambio en las hijas hasta que se casen. Libia admite además la custodia por madre judía o cristiana.

Hay Estados en los que un musulmán se pueda casar con una judía o con una cristiana, pero cuando se rompe el matrimonio no se le permite la custodia a la madre por temor a que se puede educar al niño fuera del Islam, en el cristianismo judaísmo.

La mujer no puede abandonar el domicilio conyugal, si se marcha aunque sea dentro de la misma ciudad, necesita un permiso de su ex marido, puesto que los niños son del padre y es el titular de la Wilaya y por tanto es quien decide dónde deben vivir.

El Islam es sumamente protector del niño en su educación se beneficia mucho más al niño.

Mauritania-se pierde la custodia por un nuevo matrimonio, pero esto se condiciona a que sea la única nodriza que el niño acepte, conservará el derecho de Hadana en interés del menor. (34)

A una mujer mauritana que esté divorciada o repudiada, si quiere contraer nuevo matrimonio se le quita se le arrebata el niño, pero hay una excepción, que el niño sólo acepte a su madre como nodriza o sea, que el niño sólo acepta el pecho de su madre.

En el Derecho Islámico es muy importante la lactancia, no se permite la lactancia artificial, si la madre no puede dar el pecho a su hijo por el motivo que sea se le busca una nodriza. Siempre interés del menor.

Lo normal es que el menor mauritano permanezca con la madre hasta los siete años, pero si en interés del menor el juez entiende que tiene que estar con el padre, se irá a vivir con su padre, siempre que esté casado con una mujer que se haga cargo del niño.

El hecho de Hadana no está remunerado, el padre no tiene obligación de alimentos, ni vivienda, siempre y cuando el niño tenga bienes. Si no es este el caso, entonces el padre se tiene que hacer cargo de ayudarle.

Omán-La custodia es compartida entre el padre y la madre, pero el derecho de Hadana lo tiene sobre el varón hasta los siete años y la mujer hasta la pubertad. Salvo que un Juez diga lo contrario en interés del menor. Se recoge, y se regula el derecho de visitas tanto para la madre como para el padre, ninguno puede impedir que el otro ejerza su derecho de visita.

Túnez-Es un país donde no aparece el derecho de Hadana como un derecho de la mujer con carácter prioritario. Cualquiera de ambos cónyuges puede tener la custodia. En caso de fallecimiento de ambos cónyuges la custodia se le puede otorgar a otro familiar.

Túnez rompe con la tradición de la Sharìa, porque sí admite que la mujer pueda ser la tutora, en cuanto a que regule viajes, estudios, administración de cuentas financieras del custodiado. Si el menor tiene un patrimonio, su madre puede administrar ese patrimonio. El Juez puede confiar la atribución de la tutela a la madre que tenga la custodia, si el padre es imposible ejercerla porque tiene una actitud arbitraria, está ausente de su domicilio o cualquier otra causa que pueda perjudicar el interés del custodiado. Se puede dar el caso de que el padre esté en la cárcel, entonces se puede otorgar la tutela a la madre.

Túnez también recoge que aquella madre no musulmana que tenga la custodia del hijo, no tenga limitaciones temporales y además también se recoge el derecho de visitas pagando los gastos ocasionados por la visita. Vemos como esta manera en Túnez se rompe con la Sharía en este aspecto, dando un protagonismo la mujer en la custodia como en la tutela y también en la propia administración de los bienes del menor.

Marruecos-el derecho de Hadana ha evolucionado en el derecho marroquí de forma considerable, no existe un repudio puro, el juez es quien designa, si bien permanece con el padre o con la madre hasta los 15 años, a partir de los 15 años es el hijo/a quién a esta edad decide sobre la custodia del padre o de la madre. En caso de fallecimiento de ambos, uno de los parientes, se hará cargo de los menores, el hijo mayor de 15 años puede decidir con quien se va.

En el Derecho Marroquí existen situaciones en las que la madre continúa con el derecho de Hadana aunque se case con otro hombre y continúe con la custodia sin que el padre pueda quitársela.

- Si el custodiado es menor de siete años, porque puede ocasionar un perjuicio al niño, si se le separa antes de los siete años de la madre.
- La mujer sigue con el derecho de custodia si el custodiado/a tiene una enfermedad o defecto físico como paraplejía, enfermedad mental, un sufrimiento fetal que acarrea un retraso mental,…
- Si la madre es la representante legal del custodiado, tiene derecho a seguir con la custodia

La Hadana conlleva a su vez a unos gastos, diferentes a la lactancia y a la manutención. Correrán por parte del representante legal del hijo o hija o sea su tutor. Durante la vigencia del matrimonio o en el tiempo de espera del Talaq (divorcio judicial) la mujer no tiene derecho a remuneración de la Hadana, pues convive el domicilio de la pareja.

El domicilio, los gastos del domicilio se establece de forma independiente a la manutención, a la Hadana y aun cualquier otro gasto. …"en cuanto a la vivienda en la

que tienen que vivir tanto el custodiado/a como la mujer que se encargue de la custodia, los Códigos especifican que es obligación del padre o de la persona que tiene la obligación de mantener al custodiado/a aportar dicha vivienda"…(32).Aunque no es una materia homogénea habrá que estar al caso concreto, pues cada Código lo regula de forma diferente. Todo esto obedece a la situación de marginación que sufren las madres que están abandonadas en la calle con sus hijos e hijas son las que ejercen el derecho de Hadana, pues se las echaba a la calle y es sabido que la mujer en el Islam hasta hace unos años no podía trabajar, con lo cual estaba obligada a ejercer la mendicidad o la prostitución (aunque prohibida por el Islam) para mantener a sus hijos. En este domicilio solo puede dormir la persona titular del derecho de Hadana salvo que un juez acuerde otra cosa en su interés.

En cuanto a las madres solteras, se trata un tema prohibido o tabú, el Derecho Islámico prohíbe toda relación sexual fuera del matrimonio y lo considera delito. *"Irán suspende la lapidación de Ashtiani" (ABC/Internacional, agencias /Teherán) .Http://www.abc.es/20100908/internacional/iran-lapidación-suspende-201009081302.html.)*

Otro ejemplo de la prohibición y la consideración como delito del adulterio lo tenemos en la regulación que hace al respecto el Libro Sagrado:

> *"contra aquellas de vuestras mujeres que cometen fornicación, buscad cuatro testigos entre vosotros. Si dan fe contra ellas, mantenerlas cautivas en las habitaciones hasta que las llame la muerte o Dios las de un procedimiento.". (Corán, Azora IV versículo 19). (Traducción Juan Vernet).*
>
> *"A la adúltera y al adúltero, a cada uno de ellos, dadle 100 azotes. En el cumplimiento de éste precepto de la religión de Dios, si creéis en Dios y en el último día, no os entre compasión de ellos ¡Que un grupo de creyentes de fe de su tormento! El adultero no se casará si no es con una adúltera o una asociadora; la adúltera no se casará si no es con un adúltero o un asociador. Esto se prohíbe a los creyentes"... (*Corán, Azora XXIV versículo dos), *(traducción Juan Vernet).*

Así la descendencia de esta relación es totalmente ilegítima. Este fenómeno, es cada vez más importante en los países islámicos. El CFM no hace referencia expresa a las madres solteras, sino la filiación materna legítima o ilegítima. …"El legislador marroquí no trata la filiación ilegítima que puede tener lugar casos o en situaciones de adulterio, cuando el matrimonio tiene algún vicio o sea producto de relaciones extramatrimoniales, "…,…"las mujeres afrontan estas situaciones solas sin que recaiga sobre el hombre ninguna responsabilidad. El reconocimiento por una mujer de haber tenido relaciones extramatrimoniales está ubicado como delito por el artículo 890 del Código Penal marroquí"…(18) así de esta manera es titular no solo del derecho de Hadana sino también de la wilaya, por lo que no es de extrañar que la mujer oculte su maternidad esta mujer no cuenta con ningún tipo de ayuda, salvo la que le prestarán alguna ONG comprometida.(18)

Siguiendo con el ejemplo de Marruecos, …"según la escuela Malequí, las mujeres tienen mejores condiciones o más capacidad que el hombre para el ejercicio del derecho de Hadana, puesto que tiene el instinto maternal natural de una madre con respecto a sus hijos."…(18) Aun así,…" la Hadana es un deber que cuya titularidad es de ambos padres mientras mantengan vida conyugal, se ejerce de una forma conjunta"… así lo establecen los códigos Tunecino, Marroquí y Libio (32) Ambos progenitores son co-titulares de este derecho. Es cuando tiene lugar la ruptura de la relación conyugal, la ruptura del vínculo cuando la Hadana se atribuye a uno de los cónyuges de forma específica.

Corresponde en el caso de marruecos …"en primer lugar a la madre, en segundo término al padre, y en tercer y último lugar a la abuela materna. Si no pudiera ser así será el juez o autoridad judicial quien decidirá siempre en el interés del menor quien es el pariente que está capacitado para ejercer este derecho"… (18). Llegando incluso a solicitar los servicios de una asistente social, (trabajadora social) si es necesario. El Derecho Islámico, al igual que la antigua regulación que hacía la Mudawana marroquí, atribuía la Hadana a la abuela materna y se excluía al padre. Actualmente el CFM da preferencia sobre este derecho al padre de forma subsidiaria a la abuela materna. No obstante no podemos de perder de vista que para la legislación marroquí podrá el hijo que haya cumplido 15 años decidir quién ejercerá la Hadana.(18)

Pérdida del derecho de Hadana, este derecho no es "algo" inmutable, se puede perder si no se reúne uno de los siguientes requisitos:

- "Personas mayores de edad salvo si son los progenitores.
- Rectitud y honradez.
- Capacidad para educar y velar por los intereses del menor espiritual, física y moralmente, controlar sus estudios
- Soltería de la persona que solicita este derecho, salvo algunas excepciones."(18)

En algunos Códigos de Conducta, por ejemplo el CFM establece que dependiendo del tipo de profesión la mujer puede perder la Hadana. No se trata de perder este derecho por el simple hecho de realizar una actividad laboral, salvo que se pueda probar que es su trabajo perjudica al custodiado. ***(18)***. ..."En el Código Sirio (art 139/2) la madre no pierde la custodia de sus hijos /as cuando trabaja fuera de la casa siempre que garantice la protección y cuidado de éstos/as"…(***32)***

La madre puede volverse a casar y no perder el derecho de Hadana, en el caso de Marruecos, no se discrimina por el sexo, el derecho de hadana ha evolucionado considerablemente pues existen situaciones limitadas en las que la madre puede seguir con el derecho de hadana aunque se case con otra persona, -…"si su esposo es un pariente

no en grado prohibido con su hijo o se trate del representante legal del custodiado o que sea ella la representante legal custodiado"…(18)seguiría teniendo la custodia, -si el custodiado es menor de siete años o se le puede causar un perjuicio grave al niño si se le separa de la madre, -si el custodiado tiene un defecto físico o una enfermedad tal que necesite de los cuidados de su madre, pongamos como ejemplo paraplejia, enfermedad mental…,-si la madre es la representante legal del custodiado, tiene derecho a seguir con la custodia.

La titular del derecho de Hadana en caso de no ser la madre, (padre, abuela,..) puede perder este derecho si se casa, salvo que se case con un pariente del custodiado en grado prohibido para el matrimonio o representante legal del custodiado. Un padre puede tener la custodia de sus hijos si está casado, su mujer deberá asumir las tareas de la custodia y ser pariente en grado prohibido de la custodiada. No se le exige ser musulmana pero los custodiados deberán ser educados en la fe musulmana. (no hay lugar para otro credo ni para el laicismo).

El derecho de hadana no es preceptivo, digamos que se puede considerar de alguna manera potestativo ya que la madre puede renunciar al mismo, en beneficio del padre o abuela materna para ello es imprescindible…"que se solicite ante un tribunal, y se aseguren los intereses de los hijos antes de autorizar la renuncia."…(18)

5.2. Derecho de visitas.

En cuanto al derecho de visitas podríamos establecer un cierto paralelismo con el ordenamiento jurídico español, pues en éste si las desavenencias entre los cónyuges dan lugar a la ruptura del vínculo, ésta puede ser de común acuerdo o contenciosa. En el caso por ejemplo del derecho marroquí también ocurre lo mismo, así el derecho de visitas que quedaría regulado en un Convenio Regulador de Guarda y Custodia en nuestro ordenamiento jurídico en el derecho islámico en general y en el ordenamiento marroquí en particular se incluye la regulación del derecho de visitas y el derecho de alimentos pues también podría quedar regulado de común acuerdo por ambos progenitores, haciéndolo llegar de esta manera al tribunal con la finalidad de inscribir sus términos en el acta de la Hadana. Pero también cabe otra posibilidad, es el caso de que la desavenencia se resuelva de forma contenciosa, así en caso de no haber acuerdo entre las partes sobre éste extremo, será un tercero, en este caso la autoridad quien regule y concrete en el acta el régimen de visitas, tanto la persona titular de éste derecho que obviamente le corresponde normalmente al padre pues la institución de la Hadana recae generalmente sobre la madre, como la duración y el lugar o domicilio donde se llevará cabo .

Al igual que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, en caso de sobrevenir nuevas circunstancias que impidan el ejercicio de éste derecho por su titular, podrá plantear una demanda de modificación de medidas ante la autoridad judicial.

Se pueden dar diferentes situaciones respecto a posibles desavenencias conyugales surgidas una vez se encuentren en territorio español, la situación en que quedaría la mujer islámica si se quiere divorciar o finalizar su relación en España, o bien ésta mujer islámica titular del derecho de Hadana pero quiere trasladar su residencia a España, como puede ser una mujer marroquí, senegalesa de cualquier nacionalidad que decide emigrar y venir a España a buscar mejor medio de vida. En cuanto a la mujer islámica inmigrante con residencia habitual en territorio español: es el caso de la mujer musulmana en general, o en el caso que nos ocupa como modelo de referencia la mujer de origen marroquí en particular que reside de forma habitual en territorio español, su situación jurídica personal dependerá en función de que esté o no esté casada (aunque puede estarlo con un sujeto español o nacional de un país islámico, sea éste sujeto musulmán o no, pues puede estar casada en España con un no musulmán, en este caso concreto nos referimos a un sujeto varón musulmán o divorciada, o darse el caso de ser soltera. Por otro lado es de destacar si tiene hijos o no y si éstos han nacido en España o no.

Vemos así como surge el primer problema, hay una contradicción puesto que en España la madre tiene la Patria Potestad igual que el padre y el ejercicio de la guardia y custodia se puede llevar a cabo por uno de los progenitores o por ambos , lo que se denomina la guarda y custodia compartida, No ocurre así en países de origen islámico, por ejemplo en Marruecos la madre sólo tiene el derecho de Hadana pero jamás tendrá la Patria Potestad sobre su hijo o hija, mucho menos ejercer la guarda y custodia compartida por ambos progenitores.. Cosa diferente sería si el niño o niña nace en país musulmán y se traslada con su madre con posterioridad a España, o el caso de que sus padres, residentes en España insten la demanda de divorcio ante los tribunales españoles.

Esta situación puede dar lugar a una cuestión de Orden Público español pues el derecho islámico en general no atribuye la Patria Potestad a la madre por el hecho de ser una mujer, puesto que su titularidad corresponde exclusivamente al padre, la representación legal del hijo se la otorgan al padre por el hecho de ser hombre. De acorde con este argumento debería aplicarse el Derecho español siempre en detrimento del Derecho Islámico, en cuanto a los efectos de la disolución conyugal en relación a los hijos e hijas habidos en el matrimonio. Ahora bien, a la hora de reconocer esta sentencia en un país islámico, la misma tendría pocos o ningún efecto jurídico pues sería constitutiva de una Cuestión de Orden Público en el país de origen.

En resumen, vemos como el derecho de guarda y custodia y el derecho de visitas se regulaba por la ley personal del hijo o hija, van inherentes a los mismos. Artículo 9.4 del Código Civil "el carácter y el contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno filiales, se regirán por la **ley personal del hijo** y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo". Ahora bien, el artículo 9.4 del CC. ha sufrido una reforma por el art. 2.2 de la Ley 26/2015 de 28 de julio. REF BOEA-2015-8470 "La determinación y el carácter de a filiación por naturaleza se regirán por la **ley de la residencia habitual** del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si ésta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. "…

Puede darse el caso de que la mujer musulmana esté casada en España con una persona que no profesa la religión formal. Este matrimonio en el país de origen nunca será reconocido en concreto en el derecho marroquí tampoco pues una musulmana nunca se podrá casar con un no musulmán salvo que éste se convierta al Islán, es la herencia religiosa o impedimento de religión, pero en el caso contrario sí, el sujeto musulmán puede casarse con una no musulmana, judía o cristiana. Esto dependerá de lo ligada o relacionada con su cultura de origen, y su familia. Ahora bien, desde el momento del nacimiento en España, ambos cónyuges tienen la Patria Potestad sobre su descendencia incluso en caso de divorcio se actuará de conformidad al Ordenamiento Español cosa distinta es su posible reconocimiento o no a posteriori de esta decisión en el país de origen puesto que lo normal es no se reconozca pues puede ser constitutivo de una cuestión de Orden Público ya que el Islam prohíbe el matrimonio de una musulmana con un no musulmán.

…No desposéis a las asociadoras hasta que crean. Una sierva creyente es mejor que una asociadora, aunque ésta os guste" …(CORÁN, AZORA II, versículo 220)

Por otro lado vemos como el Estado de origen sujeto al Derecho Islámico no ve con buenos ojos no está considerada toda relación sexual fuera del matrimonio de hecho países como Irán prohíbe tener relaciones sexuales fuera del matrimonio.(ver: Sexo por contrato en Irán, Zahida Membrano. Especial para EL MUNDO, Teherán) así como a las parejas de hecho. Llegando incluso en el caso de la legislación marroquí a catalogarlo como un delito y ser sancionado en el Código Penal (artículo 3 CPM de 1961). El Derecho Islámico no reconoce la relación paterno-filial, se trata de una situación completamente rechazada por el Ordenamiento Jurídico del país de origen así la madre tendrá el derecho de Hadana sobre esa descendencia e incluso la Wilaya. Se trata de una regulación contraria al Orden Público Español, sin duda alguna vemos otra manifestación de trato desigual a la mujer y al hombre por el simple hecho de ser mujer, no hay igualdad o equivalencia de derechos y obligaciones por ser madre soltera. (18)

La mujer musulmana puede decidir trasladar su residencia a España, en principio el traslado no debería llevar implícito la pérdida del derecho de Hadana. El Ordenamiento Jurídico Español reconoce la Patria Potestad sobre sus hijos e hijas pero en territorio español, esto no significa que haya perdido la Hadana. La mujer lo que sí puede hacer es solicitar en España que se le reconozca la custodia de su hijo o de su hija lo que puede llevar implícito la atribución de la Patria Potestad y por lo tanto ostenta la representación legal de su descendencia lo que conllevaría la posibilidad de poder tomar decisiones relevantes en torno a su hijo o hija (18).

Es lógico dudar que todas estas decisiones puedan tener efecto alguno en los países de origen islámico, tengamos en cuenta que en estos países el padre es el único titular de la patria potestad sobre los hijos y es quien decide dónde deben residir estos, y es quien tomará las decisiones oportunas en cuanto al bienestar de los mismos como por ejemplo su educación. La mujer sólo tienen el derecho a la guarda en interés del menor, se trata de un derecho mucho más limitado que en el caso de la guarda y custodia del derecho español pues la mujer no puede decidir dónde va a residir su hijo, facultad que sí posee en el Ordenamiento Español. La Patria Potestad que corresponde exclusivamente al padre es impensable una patria potestad compartida en estos países.

5.3. Derecho de alimentos

"*Derecho a obtener alimentos es un derecho universal, se entiende la obtención de alimentos el derecho que tiene una persona denominada alimentista reclamar lo necesario para satisfacer sus necesidades vitales a otra persona con la cual le une un vínculo de parentesco. En principio se establecen los requisitos:*

- *El acreedor y el deudor deben se deben de hallar vinculados con una relación de parentesco o familia.*
- *El acreedor a los alimentos tiene que tener un estado de necesidad.*
- *El deudor de los alimentos debe tener capacidad económica suficiente para sustentar al acreedor.(35)*

El marido, el matrimonio musulmán, tiene el deber de mantener a su esposa mientras estén casados bien en el mismo domicilio o en otro aparte (en caso de poligamia, las mujeres no siempre viven o cohabitan en el mismo domicilio, el marido puede decidir que cada una viva en un domicilio diferente e independiente. Puede suceder que una de

las condiciones previas a contraer matrimonio sea el no compartir el domicilio conyugal con la anterior o posteriores esposas) el derecho de manutención implica la total dependencia de la mujer y también en el tiempo prohibido del repudio. El derecho de manutención (32).

En el momento que se convierte en mujer o esposa, tiene esta el derecho que la mantenga su marido, a ella y a todos los hijos habidos en el mismo. Este derecho implica la casa/domicilio, el vestido, la comida, medicinas. De hecho esto es en general existen variantes de este derecho dependiendo del Estado que se trate.

Existen dos países en los cuales, en sus Códigos respectivos, se reduce este derecho. Permiten que la mujer participe en el sostenimiento de la familia, siempre que ella posea bienes Libia prevé el supuesto de que el marido caiga en la insolvencia económica, y sea ella la que se vea obligada a mantener o a sostener a la familia. Túnez permite que la mujer trabaje fuera de hogar, entonces también deberá ayudar a sostener los gastos o cargas familiares. Tras la reforma de 1993 la mujer tunecina puede estudiar y trabajar fuera de casa, no se trata de un derecho exclusivo del marido.

Esto es en líneas generales pero en el caso de las desavenencias conyugales o crisis matrimoniales, hay que matizar ciertas circunstancias.

La institución de los alimentos no posee el mismo contenido ni significado en todos los Ordenamientos Jurídicos. En el Derecho Islámico, o cultura islámica, la pensión alimenticia o manutención, incluye ya lo hemos dicho anteriormente alimentos vestimenta, atención médica y cualquier gasto indispensable y se incluye dentro de esta la educación del menor. Correrá a cargo, o estarán obligados a la prestación de alimentos los padres con respecto de los hijos y los hijos con respecto de los padres, algo similar sucede el Ordenamiento Español puesto que están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges así como ascendientes y descendientes. En el caso de la obligación de alimentos como consecuencia de una crisis matrimonial como es el divorcio habrá que estar en primer lugar al contenido de la Sentencia y sobre todo al derecho que es aplicable al caso concreto en el supuesto de que haya más de un Estado implicado. Puede darse el caso de que la mujer acreedora de esta prestación como representante que es de sus hijos menores de edad, tenga que reclamar la misma en un Estado extranjero bien porque es el lugar de residencia habitual tanto de ella como de sus hijos, puede darse el caso de que sea el ex-marido quien decida irse a vivir a otro Estado, o también el supuesto en el que se haya divorciado la pareja en un Estado extranjero y ambos sigan conviviendo en el mismo.(35).

Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, 20 de junio de 1956 Nueva York, Naciones Unidas (37), todavía en vigor se aplica más de 60 países de los más

variados sistemas político, jurídico, y económico. Este Convenio tiene por finalidad de facilitar la obtención de alimentos reclamados por una persona hacia otra que se hallen otro país contratante. Se trata de establecer una cooperación de los servicios que prestan los organismos denominados "Autoridades Remitentes" lugar donde se encuentra la persona demandante de alimentos, y las "Instituciones Intermediarias" se trata del país donde se encuentre la demandada o demandado con la obligación de prestar esos alimentos. En el caso de España se trataría de la Secretaría General técnica del Ministerio de Justicia. El requisito imprescindible de aplicación de este Convenio es que tanto alimentante como alimentista se encuentren en territorio de dos Estados partes. (35)

…"En la práctica este instrumento es infra-utilizado. Hasta hace poco, las autoridades no solían acudir al trámite de Exequatur, es el camino que permite al convenio de Nueva York, sino que se acostumbraba a iniciar una nueva acción de alimentos en nuestro país argumentando que el éxito del Exequátur puede ser dudoso o bien que no existiera Sentencia extranjera al respecto."… (35

Volviendo al ejemplo de referencia, no existe ningún instrumento bilateral entre Marruecos y España en lo que a cooperación de autoridades se refiere en materia de alimentos.

En el caso de no ser aplicable ninguno de estos instrumentos supra- estatales, la autoridad competente ante la cual reclamar los alimentos serían los Órganos Judiciales españoles previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Demanda de modificación en medidas en cuanto a reclamación de alimentos.

En cualquier momento por cualquier circunstancia cualquiera de ambos ex cónyuges afincados en España, pueden verse en la obligación de solicitar o de interponer una demanda de modificación de medidas para reclamar una variación en el importe de los alimentos por diversas causas como que el cónyuge alimentista no puede hacer frente a la carga, que la pensión deba ser actualizada pues las circunstancias iniciales han variado….será competente el Juzgado que dictó la sentencia de separación o divorcio que se pretende modificar.

Fijación de la cuantía de los alimentos en la adopción de las medidas cautelares previas

En ocasiones las circunstancias aconsejan una intervención previa anterior a la reclamación principal de separación o divorcio conyugal con la finalidad de garantizar a

posteriori el abono de la cuantía de alimentos a través de la interposición de las medidas provisionales ante el órgano competente que en nuestro caso sería el Juzgado del domicilio del cónyuge que propone la demanda de nulidad , separación y divorcio si la persona tiene su residencia en territorio español y su domicilio en el mismo partido judicial, si no fuera así sería a elección del demandante, el del ultimo domicilio del matrimonio o residencia del demandado.

6. DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL (disolución del patrimonio común).

En nuestro ordenamiento jurídico salvo pacto en contra (separación de bienes) se establece con carácter general que el régimen económico patrimonial es el de gananciales. En cambio en el Derecho Islámico no existe el régimen económico matrimonial, el matrimonio como tal no produce efecto sobre el patrimonio de los cónyuges…." el régimen económico matrimonial no existe en realidad para el Derecho islámico"…(39). No es comparable a la disolución de la sociedad de gananciales del Ordenamiento Jurídico Español.

Existe una total…"independencia patrimonial"... (39) en cuanto que, la mujer conservará sus bienes entre estos la dote (ver apartado la dote) concertada antes de contraer matrimonio, ya se explicó que le pertenece exclusivamente a la mujer que no necesita autorización ni del marido ni de ningún otro familiar para su administración, con lo cual vemos una total independencia patrimonial o separación automática de bienes.(no existe la sociedad de gananciales).

Podríamos hacer una similitud con el régimen de separación de bienes de nuestro ordenamiento jurídico, pero en líneas generales esta similitud sería a medias pues no guarda tanta semejanza porque una vez disuelto el matrimonio, tal como apunta Doña Pilar Diago en "*Concepción Islámica de la Familia y sus repercusiones en el D .I. Pr*", la mujer no tiene derecho alguno en los bienes del marido incluso cuando a la mujer le es vetada la posibilidad o no se le permite la posibilidad de trabajar fuera del hogar familiar una vez casada con la única finalidad de dedicarse exclusivamente a las labores del hogar , entre estas el cuidado de su descendencia . De ahí la importancia de la dote pues será lo único que tendrá a partir de éste momento. ver "El Código de familia argelino arroja a las mujeres a una posición de menores de edad", Diagonal, Libertades y Derechos.14 al 27 de abril de 2005.J. Cabarga y J. Leiva. Argel. Una vez disuelto el matrimonio no procede la compensación económica, ni pensión de alimentos ni de otro tipo para la mujer. (No confundir con la obligación de alimentos con respecto a los hijos por parte del padre). (39).

NOTAS

(1)…"Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios ha favorecido a unos respecto de otros, y porque ellos gastan parte de sus riquezas en favor de las mujeres"... (CORAN AZORA IV, versículo 38) (Traducción de Juan Vernet, quinta edición, 2014)

(2) , Fuente: GIMENEZ COSTA, A. "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al Derecho Español"

(3) PECES MORATE JESÚS, Magistrado Sala Contencioso-Administrativo T.S, "Las declaraciones de Derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes" en "Inmigración y Derecho"-Estudios de Derecho Judicial. CGPJ 2002.

(4) Fuente: MARCHAL ESCALONA NURIA, "Nulidad, Separación y Divorcio de la mujer marroquí en España" en "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España. Instituto Andaluz de la Mujer"

(5)Reglamento(CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la Competencia, el reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, (DOUE-L-2003-82188,núm 338 de 2370972003),…"*El presente Reglamento determina en su artículo 2 "definiciones" qué órgano jurisdiccional es responsable de los asuntos matrimoniales (art.2.1)y de responsabilidad parental en los litigios en los que haya más de un país implicado(art2.7) normas que facilitan que las resoluciones judiciales dictadas en un país se reconozcan y se ejecuten(art. 2.6 y posteriormente su desarrollo en el capítulo III, reconocimeinto y ejecución") en otro*"…"En su Considerando 3 …"*Establece normas que regulan la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con ocasión de acciones judiciales en materia matrimonial"...lo que se desarrollará en el Capítulo II, "Competencia"*

(6) En el caso de ser Violencia de Género (se estudiará en el siguiente título), si no se puede determinar el domicilio, éste se basaría en la ubicuidad, donde ocurren los hechos. Éste sería el último fuero .A.T.S. 9 de julio de 2010." mayor arraigo", pero si el domicilio es itinerante, pongamos un barco, pues puede ser un domicilio, también corresponde el principio de ubicuidad

(7) ver: CALVO CARAVACA ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLEZ JAVIER "Derecho de Familia Internacional, Capítulo IV, Crisis matrimoniales, 4-Ley aplicable a la separación judicial y divorcio"

(8) Código Civil, Capítulo X, Medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio(Artículo 771).Se pueden plantear con carácter previo a la Demanda de Separación , Nulidad y Divorcio para solicitar las medidas que se recogen en los artículo 102 y 103 del CC. No hace falta para ésta solicitud abogado y procurador, pero si se recomienda su asesoramiento. Estas medidas pueden tener el carácter de urgentes, en cuyo caso, como puede ser en violencia de género, se pueden acordar de inmediato. PÉREZ MARTÍN Mª ANGELES, RABADÁN BUJALANCE JOSÉ, REVILLA PÉREZ LUIS, RÍOS CABRERA ANA. "Cómo hacer una demanda (y algunas cosas más).Coordinador, SÁEZ GONZALEZ JESUS. Tecnos.2008.

Solicitud de medidas, arts. 102 y 103 C.C., El órgano competente es el Juzgado del domicilio del cónyuge que proponga demanda de nulidad, separación o divorcio. En un plazo de 10 días se realizará la vista. (Se realizarán alegaciones, práctica de pruebas., 10 días más si no se pudieron realizar en el momento.) En tres días Auto que decreta las medidas contra este no cabe recurso Estas medidas caducarán a los 30 días si no se interpone la demanda. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ JOSE ANTONIO, "El procedimiento de separación y divorcio en la violencia de género. Biblioteca básica de práctica procesal. Ed. Bosch.

(9)

(10) Ver "Cláusulas a la hora de contraer matrimonio Pregunta 9, del Título I, de éste estudio"

(11) Ver CARIDAD RUIZ ALMODOVAR. Universidad de Granada. "El repudio en las leyes de familia de los países árabes"

(12) Ley sobre matrimonio y divorcio de **Libia**, Artículo 34; Libro II, Código sobre el Estatuto Personal de **Marruecos** de 2004.Artícculo 35; Ley sobre Estatuto Personal de **Yemen** 1992. Artículo64; Ley sobre

Estatuto Personal de **Siria** 1975.Artículo 90; Ley sobre Estatuto Personal de **Kuwait** de 1981. Artículo 105

(13) Giménez Costa. Ana El matrimonio musulmán. Problemas de adaptación al derecho español. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia .Sevilla .2004 (Dialnet)

(14) En Jordania, existe la compensación, que la admitirá la mujer mayor de edad o su walli, en caso de no serlo. Si la compensación es diferente a la dote, el pago es obligatorio. En Libia en Irak, en caso de divorcio, se exige una compensación siempre diferente a la dote.

(15) *Fuente: CARIDAD RUIZ ALMODÓVAR .Universidad de Granada." legislación en los países Árabes"*

(16)Código de Estatuto Personal de Irak. Artículo 39.3; Código de Estatuto Personal de Libia; Artículo 51.

(17) AZORA XXIV versículo 6 " El testimonio de cada uno de aquellos que acusan a sus esposas y no tienen testimonio más que su propia persona, consistirá en cuatro declaraciones reiterando, por Dios que él está entre los verídicos" Versículo 7 "Y la quinta vez para invocar sobre sí la maldición de Dios, si han mentido." (Traducción Juan Vernet)

(18) *G ESTEBAN DE LA ROSA, K.OUALD ALI Y T.SAGHIR." El Derecho de Hadana, de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español.* En "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008.

(19) Código Argelino de estatuto personal. Art 62

(20) Código Kuwaití de estatuto personal. Art 192

(21) Código Libio de estatuto personal. Art 64

(22) Ver Artículo publicado en el número 6 de la Revista AequAlitas, editada por el Instituto Aragonés de la Mujer y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el DIP .Mº Pilar Diago Diago.

(23) Ver: ZEKRI, HOUDA, La disolución del vínculo matrimonial en las relacione bilaterales Hispano-Marroquíes" en "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008.

(24).Exequátur significa la homologación de una sentencia a los efectos de hacer posible su ejecución en el territorio del Estado requerido. No debe confundirse exequátur y ejecución.

Tras el Exequátur lo único que se obtiene es la "autorización" para proceder a la ejecución de la sentencia en España, pero no se efectúan actuaciones ejecutivas de ninguna clase; esa ejecución, dado el caso, se efectuará ya conforme a las reglas propias del proceso de ejecución"…… EL EXEQUÁTUR ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (UN REPASO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE) · Fernando Gascón Inchausti.

Recientemente esta materia ha sufrido una modificación profunda con la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, el 20 de agosto de 2015.en cuanto a Exequátur se refiere el preámbulo de ésta ley especifica literalmente en el apartado o inciso VIII:

…"*El proceso judicial de Exequátur es una de las piezas claves del texto y una de las áreas más necesitadas de reforma en nuestra legislación interna. La vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con la excepción, entre otras normas, de los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros, que quedaron en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civ*il."…

…"*Son, por tanto, muy frecuentes los supuestos en los que habrá de aplicarse la normativa interna. Dicha normativa, contenida actualmente en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, responde a planteamientos obsoletos y que se han visto superados por la jurisprudencia, de manera que estamos frente a un sector normativo especialmente necesitado de una regulación moderna y adaptada a las necesidades de una sociedad abierta como la española, en la que las relaciones exteriores han dejado de ser un fenómeno minoritario y excepcional. En el Título V se opta por el mantenimiento del Exequátur como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título*

principal, el reconocimiento de una Resolución Judicial Extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución. Ello contrasta con lo establecido en los Reglamentos de la Unión Europea y se estima adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales."…

…"*Se clarifican la terminología y los conceptos, se detalla el tipo de resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución y sus efectos, y se abordan las cuestiones del reconocimiento y ejecución parcial, incidental y la de las modificaciones de resoluciones extranjeras, modernizándose las causas de denegación. El proceso que se diseña de exequátur, siempre subsidiario a normas internacionales e internas especiales, solventa todas las carencias procesales que tiene el actual*."…

Con el exequátur se pretende que se reconozca una sentencia de otro país. de las causas por las que se puede denegar el exequátur es cuando la sentencia que se pretende sea contraria al orden público, art. 46.1 y la institución del repudio islámico no cabe duda de que lo es. Con el art 44.4 se pretende "adoptar una medida propia del derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad o intereses similares,", lo cual da a entender el difícil encaje o aplicación de éste precepto a la institución del repudio.
(25)El Tribunal Supremo se entiende que utiliza el Término repudio cuando se refiere:

- Repudio como causa de disolución de matrimonio que depende exclusivamente de la voluntad del marido, pues en el Estado musulmán esta resolución pone fin al matrimonio en cambio en nuestro ordenamiento esto último no queda tan claro en cuanto a desplegar efectos. AATS 23 de julio de 1996.
- Cuando es instado por ambos cónyuges de común acuerdo.En este caso se deduce que se ha respetado el principio de igualdad entre ambos cónyuges. En este caso si se podría otorgar el exequátur. AATS 2 de 27 de enero de 1998; AATS de 8 de junio de 1999.
- Cuando existe una decisión judicial de divorcio en el país de origen, pues el TS puede entrar a estudiar la vulneración o no del orden público de este tipo de divorcios. AATS de 6 de febrero de 1996;

Fuente: EL EXEQUÁTUR ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (UN REPASO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE) apartado 4.2º "El respeto al orden Público". Fernando Gascón Inchausti.

…"En concreto hay algunas circunstancias que es necesario tener en cuenta a la hora de decidir si se atribuye o no efecto en España a un repudio marroquí que pueden determinar el una atenuación del orden público… que el repudio esconda en realidad un divorcio por consentimiento mutuo (AATS 2 de 27 de enero de 1998; AATS de 8 de junio de 1999)…. Y por otro que sea la mujer quien haga valer en su propio interés el repudio otorgado en Marruecos p.a…."Nulidad, separación y divorcio de la mujer marroquí en España" "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008. Nuria Marchal escalona.

(26) QUIÑONEZ ESCAMEZ ANA "La Disolución del matrimonio" en, QUIÑONEZ ESCAMEZ ANA RODRIGUEZ BENOT ANDRES, KHALID BERJAQUI, TAGMANT MOHAMMED, "Matrimonio y Divorcio en la relaciones Hispano – Marroquíes"

(27) Mohammed Abdelkefi Zltini,"la mujer musulmana (a través del matrimonio) Ed. Vulcano.

(28)BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997. En Marruecos Dahir núm. 1.98.150, de 13 de mayo de 1999 (B.O. 17 de junio de 1999) entró en vigor el 1 de julio de 1999. Éste Convenio se aplica en caso de medidas cautelares y provisionales por alimentos. .Las resoluciones judiciales entre España y Marruecos dictadas por órganos judiciales competentes tienen fuerza de cosa juzgada en el otro Estado. Que no se encuentre pendiente proceso entre las mismas partes y mismo objeto en el otro Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el Tribunal que dicte la resolución que se pretende aplicar. (Artículos 22 y 23)

(29)DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, en vigor desde 2005 junto con la Ley 29 /2005 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil. Acerca del reconocimiento de resoluciones extranjera en materia matrimonial y responsabilidad parental, pero no tiene competencia en alimentos. (Artículo 1.3)

(30)*…. "sigue resultando problemático el reconocimiento de los divorcios autorizados en Marruecos por los "Adules", que son una especie de fedatarios públicos adscritos a ciertos órganos jurisdiccionales". ……*

…".En este punto, el Tribunal Supremo se suele mostrar vacilante, y ha denegado en ocasiones el Exequátur sumando al carácter no jurisdiccional de los "Adules" el argumento de que el propio divorcio

en sí no era, por su contenido, conforme con el Orden Público Español (cfr. los contradictorios AATS de 6 de febrero de 1996, RAJ 1998\7192; 23 de julio de 1998, RAJ 5337; 17 de septiembre de 1996, RAJ 1998\2908)"…… EL EXEQUÁTUR ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (UN REPASO DE LAJURISPRUDENCIA RECIENTE) · Fernando GASCÓN INCHAUSTI

(31)…"también es frecuente que el Tribunal Supremo entre a analizar la compatibilidad con el Orden Público de los divorcios otorgados en países de cultura musulmana (Marruecos: AATS de 8 de junio de 1999, RAJ 4346; 6 de febrero de 1996, RAJ 1998\7192; 17 de septiembre de 1996, RAJ 1998\2908; Egipto: ATS de 21 de abril de 1998, RAJ 3563). Lo que preocupa al Tribunal Supremo no es tanto que el Derecho matrimonial se asiente sobre bases religiosas o sociales diversas al nuestro, sino sobre todo, dos cuestiones: que efectivamente lo obtenido en el Estado musulmán sea una Resolución que pone fin de manera definitiva e irrevocable al vínculo, pues hay ciertas modalidades de divorcio que, según nuestros parámetros, no lo serían (AATS de 8 de junio de 1999, RAJ 4346; 17 de septiembre de 1996, RAJ1998\2908; 23 de julio de 1996, RAJ 1998\2907); y que se respete la igualdad de trato que merecen ambos cónyuges (ATS de 21 de abril de 1998, RAJ 3563). Cuando así suceda, con independencia del nombre que reciba la figura, el Tribunal Supremo no encuentra dificultades para otorgar el Exequátur (incluso aunque sea un "repudio": cfr. AATS de 8 de junio de 1999, RAJ 4346, y de 27 de enero de 1998, RAJ 2924, respecto del divorcio o repudio "Khol", mediante compensación; 21 de abril de 1998, RAJ 3563, para un divorcio revocable egipcio, una vez ha expirado el plazo para la revocación sin que haya tenido lugar)."….

…"Precisamente en relación con la compatibilidad con el Orden Público de las diversas modalidades de "divorcio" previstas en los países de cultura islámica, ha de ponerse de relieve otro aspecto importante: a pesar de que no lo prevé expresamente la LEC/1881, el Tribunal Supremo suele requerir expresamente al solicitante del Exequátur para que le aporte en un plazo relativamente breve (suele cifrarlo en treinta días) el informe o dictamen de dos jurisconsultos, declarado conforme a la Ley del Estado de origen por las autoridades correspondientes, en el que se explique, principalmente, la naturaleza de las funciones que desempeñan quienes autorizan el divorcio, así como el carácter revocable o irrevocable de la disolución del vínculo y la libertad de ambos cónyuges para contraer nuevo matrimonio. Lo habitual suele ser que el solicitante aporte informe emitido por el Consulado General de Marruecos (o de otro Estado), que el Tribunal considera suficiente para ilustrarse, y a la vista del cual suele tomar su decisión (AATS de 8 de junio de 1999, RAJ 4346; 27 de enero de 1998, RAJ 2924). Las consecuencias de la no aportación del informe han sido, en la práctica, diversas. Así, en una ocasión se declaró la caducidad de la instancia, pues requerido el solicitante para aportar el informe no lo aportó, transcurriendo el plazo previsto en el art. 411 LEC/1881 (ATS de 13 de octubre de 1998, RAJ 7673); en otros, lo que ha sucedido es que se han aplicado reglas análogas a las de la carga de la prueba: el Tribunal Supremo solicitó el informe ante la apariencia de que el divorcio, en realidad, no era tal; dado que el solicitante no contradijo esa apariencia a través del informe, el Tribunal consideró que la apariencia se correspondía con la realidad y, en consecuencia, denegó el Exequátur por considerarlo contrario al Orden Público (AATS de 6 de febrero de1996, RAJ 1998\7192; 23 de julio de 1998, RAJ 5337)."… EL EXEQUÁTUR ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO (UN REPASO DE LAJURISPRUDENCIA RECIENTE) · Fernando GASCÓN INCHAUSTI

Recientemente esta materia ha sufrido una modificación profunda con la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, el 20 de agosto de 2015, (BOE -A-2015-8564, núm 182, de 31/0772015)…"Artículo 57. Adecuación de instituciones jurídicas extranjeras:

"Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al Ordenamiento Español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional."…

(32) Ruiz Almodóvar Caridad, "El Derecho de Custodia (Hadana) en los Códigos de Estatuto personal de los países Árabes"

(33)Código de Estatuto Personal promulgado por la Ley 7003 de 3 de febrero de 2004."La custodia continuará hasta alcanzar la mayoría de edad legal el varón y la joven por igual".

(34)Código Mauritano de Estatuto Personal promulgado por la Ley de junio de 2001.Artículo 150

(35) ver "RODRIGUEZ BENOT ANDRÉS, "Derecho de alimentos de la mujer marroquí en España" en La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008.

(36)Código Tunecino de Estatuto Personal, Decreto Ley 13 de agosto de 1956. Última modificación por Ley 74 de 12 de julio de 1993.Libro 5º.Artículos 54-56.

Código Libio de Estatuto Personal promulgado por la Ley 11 de 9 de junio de 1984.Capítulo 2º del libro 2º.Artículos 62-72.

(37) BOE número 281, de 24 de noviembre de 1966

(38)CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: Alimentos, CALVO CARAVACA A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J Y CASTELLANOS RUIZ, E: derecho de familia internacional, Madrid, Cólex 2005.

(39) DIAGO DIAGO PILAR "Concepción Islámica de la Familia y sus repercusiones en el D .I. Pr" AequAlitas. 2001

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AAVV, Inmigración, Multiculturalismo y Derechos Humanos, Tiránt lo Blanch, 2003.
- ADAM MUÑOZ, Mº DOLORES, La modificación del artículo 107 del C.C. y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo2ISSN 1575-2100.Nº11,2004 (Dialnet).
- ADAM MUÑOZ, Mª /BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, IRENE (coordinadora), Inmigración magrebí y Derecho de familia, Junta de Andalucía (consejería de gobernación Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias,), 2005.
- AGUILAR GRIEDER HILDA Crisis matrimoniales y conflictos de civilizaciones. Revista. Aranzadi 7/2012.
- ALVO BABÍO FLORA: Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia. Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO: Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges, Ed. Cívicas, Madrid 1996.
- ARENAS GARCÍA.R. Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- AZCÁRRAGA MONZONIS CARMEN." Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de sexo", en MUJER Y DERECHO Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de Valencia .Ed. Tirant lo Blanch. 2011.
- BABÍO FLORA ALVO. "Aplicación judicial del derecho extranjero en materia de familia". Tirant Lo Blanch.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCO GONZÁLEZ, J.: Derecho de familia internacional, editorial Colex, Madrid 2003.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCO GONZÁLEZ, J. IRIARTE ANGEL, J.L.: Estatuto personal y multiculturalidad de la familia. Ed. Colex. Madrid 2000.
- CARIDAD RUIZ ALMODÓVAR. "Legislación de la familia en los países árabes.". Universidad de Granada.ISSN:1134-2277
- CARIDAD RUIZ ALMODOVAR. Universidad de Granada. "El repudio en las leyes de familia de los países árabes"
- CÓDIGO CIVIL, 17ª edición. Editorial Colex .Comentarios y Jurisprudencia a cargo de D. Modesto de Bustos Gómez Rico, Magistrado de la A.P. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández, Magistrado de la Sala I del T.S. D. Pablo de la Esperanza Rodríguez Notario de Madrid. D José González Olleros, Magistrado A.P. D. Pedro González Poveda, Magistrado Sala I T.S. D. Francisco Martín Castan, Magistrado Sala I T.S.D. José Mª Fiscal Jefe de Sala del T.S.
- CÓDIGO PENAL, 12ªedición. Editorial Colex. Comentarios y Jurisprudencia a cargo de D Gómez Guillamón Rogelio, Fiscal de Sala del TS., D. Luzón Cuesta José María, Ex - Teniente Fiscal del TS., D.Moyna Ménguez José, Magistrado del T.S., D. Ortiz Súrculo Juan Cesáreo, Fiscal Jefe ante el T.C., D. Torres – Dulce Lifante Eduardo, Fiscal de Sala del T.S.

- DE PERALTA Y CARRASCO MANUEL. "El nuevo código de derecho de familia marroquí. La Mudawana……."
- DIAGO DIAGO ,Mª P. "La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional Privado R.E.D.I. 2004
- DIAGO DIAGO, M.ª.P. Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional privado. Revista AaequAlitas.2001.Instituto Aragonés de la Mujer. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- DURÁN TOMÁS SARA. Proyecto Adl. Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en Marrucos.2005-2009."Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí". Volumen II.
- El CORÁN. Traducción Juan Vernet. Quinta edición, enero 2014.
- ESPUGLES MOTA, C. El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL. "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España."
- MARCHAL ESCALONA, NURIA, "Nulidad, separación y divorcio de la mujer marroquí en España."."La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España." HOUDA ZEKRI, "La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes". Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de Igualdad y Bienestar Social.
- MARTINEZ ALMIRA Mª MAGDALENA "la filiación materna y paterna en el Derecho Islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales." Revista Feminismo/s 8, diciembre 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ JOSE ANTONIO, "El procedimiento de separación y divorcio en la violencia de género. Biblioteca básica de práctica procesal. Ed. Bosch.
- MOHAMMED AD BDELKEFI ZLNNI, La mujer musulmana (a través del matrimonio), Ed. Vulcano.
- MOTILLA DE LA CALLE AGUSTÍN, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Univ. Carlos III. Madrid. "Problemas y retos de la inmigración islámica en Europa. Posición de la Unión Europea. "Multiculturalidad, derecho islámico, y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio. Revista V/Lex
- MOYA ESCUDERO, M. "Ley aplicable a la separación y divorcio". AEDPr.
- NDEYE ANDUJAR "El divorcio en la ley islámica." La emergencia del feminismo islámico. Selección de ponencias, 1º y 2ª Congreso de Feminismo Islámico. Ed. Oozebap 2008. http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaulpgc/Doc?id=10637030&ppg=2
- PÉREZ MARTÍN Mª ANGELES, RABADÁN BUJALANCE JOSÉ, REVILLA PÉREZ LUIS, RÍOS CABRERA ANA, "Cómo hacer una demanda (y algunas cosas más).Coordinador, SÁEZ GONZALEZ JESUS. Tecnos.2008.
- POLO SABAU JOSE R. Catedrático de Derecho Eclesiástico del estado. Univ. De Málaga. "La función de la forma de celebración del matrimonio y el principio de igualdad: algunas observaciones a la luz del proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Revista de Derecho Civil. http://nreg.es/ojs/index.php/RDC.

- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "la disolución del matrimonio: especial referencia repudio islámico", en la multiculturalidad: especial referencia al Islam, C.G.P.J., Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2002.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. Derecho e inmigración: el estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas en VVAA. Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo, Madrid, 1999. EL repudio islámico en Europa, Fundación la Caixa, Barcelona, 2000.
- QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A.: Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa Barcelona, 2000.
- Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades, 2004.
- RUIZ-ALMODÓVAR CARIDAD, "Legislación de la familia en los países árabes". Universidad de Granada.2007." El Derecho de custodia (Hadana) en los Códigos de Estatuto Personal de los países árabes"
- RUIZ SUTIL CARMEN. Filiación hispano-marroquí. .Editorial Cívitas.2011
- Ruiz Sutil Carmen y Rueda Valdivia Ricardo Coordinadores. Autores: Heredia Fernández Sergio, Puerta Vílchez Juan M, Rueda Valdivia Ricardo, Soto Moya mercedes, Ruiz Sutil Carmen, Sánchez Lorenzo Sixto, Marchar Escalona Nuria, Houda Zekry, Esteban de la Rosa G., HOuald, Ali, .Saghir, Moya escudero Mercedes, Rodríguez Benor Andrés, Lara Aguado Ángeles. "La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España". INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. Sevilla. 2008.
- SERENA VITALE. Becaria Universidad de Pisa en el Departamento de Geografía Humana de la Univ. De Alicante. Proyecto SEC98-0628."El status de la mujer inmigrante. Las marroquíes en España".
- SERRANO OCHOA Mª ÁNGELES, SIBONY RUBI, "Algunas cuestiones jurídicas que se plantean en los supuestos de ruptura de los matrimonios mixtos y entre extranjeros". Noticias Jurídicas. 2008.
- TAMAYO JUAN JOSE, "Islam: cultura, religión y política. Ed. Trotta. http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaulpgc/Doc?id=10398408&ppg=8
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS "COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL", Actualizado por LO 572010 de 22 de junio. Editorial La Ley, grupo Wolters Kluver.
- ZOILA COMBALÍA, Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, publicado en el nº 6 de la Revista AequAlitas, 2001.
- http://w.w.w.tirantonline.com.bibproxy.ulpgc.es/tol/home/index.

Capítulo III

MUJER INMIGRANTE DE ORIGEN ISLAMICO VICTIMA DE MALOS TRATOS

1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y MUJER INMIGRANTE……...199
2. APUNTES HISTÓRICOS EN CONSIDERACIÓN DE LA MUJER A TRAVÉS DEL TIEMPO……200
3. CIRCUNSTANCIAS QUE AUMENTAN LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER INMIGRANTE ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y QUE DIFICULTAN LA RUPTURA DEL CICLO VIOLENTO…….....208
4. MARCOS NORMATIVOS FRENTE A LAS VIOLENCIAS DE GÉNERO……......211
5. MUJER INMIGRANTE ISLAMICA MALTRATADA……219
6. VIOLENCIA DE GÉNERO……...225
7. DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO……....227
8. MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA , RESIDENCIA……233
9. LA ORDEN DE PROTECCIÓN, EFECTOS EN LA SITUACÓN ADMINISTRATIVA DE LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO…….245
10. LA TRATA DE SERES HUMANOS (T.S.H.).....250
11. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (M.G.F.).....300
12. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL……...330
13. DERECHO DE ASILO Y MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA(MGF)……...331
14. NOTAS……339
15. BIBLIOGRAFÍA……...341
16. CONCLUSIONES……344

Capítulo III

MUJER INMIGRANTE DE ORIGEN ISLAMICO VICTIMA DE MALOS TRATOS

1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y MUJER INMIGRANTE

B AN Ki –Moon, Secretario General de las Naciones Unidas, 8 marzo 2007.

> *"La violencia contra las mujeres y las niñas persiste sin disminución en todos los continentes, todos los países y todas las culturas, con efectos devastadores en la vida las mujeres, sus familias y toda la sociedad. La mayoría de las sociedades prohíben esa violencia, pero en la realidad frecuentemente se encubre o se tolera tácitamente".*

"*La violencia contra las mujeres se da en todas las sociedades y en todos los sistemas políticos y económicos*."…(43) Dentro de estos, golpea tanto el ámbito público como el privado. La desigualdad generada por conductas basadas en una cultura, la islámica en este caso concreto, que resulta normalizada desde el punto de vista del derecho, por el propio Ordenamiento Jurídico, da lugar al sometimiento como norma, de la mujer. Así se pone de manifiesto la existencia de *una "sociedad patriarcal basada en la desigualdad"... "Muchos hombres recurren a ese trato violento para dominar a las mujeres y poder así mantener sus privilegios*" (43) que históricamente les han sido reconocidos, *"produciendo terribles consecuencias no sólo para las víctimas sino también para su entorno*". Esto es lo que según Doña Ana María Uría Pelayo se denomina "*violencia estructural que afecta especialmente a mujeres inmigrantes que provienen de países con culturas basadas en estructuras desiguales y machistas*"… y un tanto discriminatorias hacia la mujer como la islámica, institucionalizada desde un

punto de vista jurídico. A lo largo de éste capítulo se irá desmembrando en todos sus apartados cual es el significado de Violencia de género.

2. APUNTES HISTORICOS EN CONSIDERACION DE LA MUJER A TRAVES DEL TIEMPO.

A través de estos pocos ejemplos facilitados por Doña Ruth García Orozco podemos constatar cómo ha sido la situación social de la mujer pues de alguna manera se puede entender que siempre ha estado como mujer sometida a los deseos del hombre (padre, hermanos, marido…) de una u otra manera situación recogida a lo largo de la historia por las diferentes culturas y Ordenamientos Jurídicos

> *…"**El libro del Génesis-la biblia**, Dios le dice a la mujer cuando a Eva la expulsó del paraíso" estás bajo la potestad de tu marido y él te dominara.", (1)* Vemos un claro ejemplo del concepto que se tiene en cuanto a la función de la mujer, es necesario que el marido la domine, no olvidemos la importancia y l influencia que ha tenido siempre la religión. Siguiendo con la Biblia, nos encontramos con ***San Pablo-,epístola de San pablo a los Corintios**, el velo de las mujeres. "La cabeza de todo varón es Cristo y la cabeza de la mujer es el varón y la cabeza de Cristo es Dios. Si un varón profetiza con su cabeza descubierta deshonra su cabeza, en cambio la mujer que profetiza con su cabeza descubierta falta el respeto , deshonra a su cabeza, sería igual que exigir cortarse el pelo a rape .¿Qué le da vergüenza andar con el pelo a rape? Que se ponga el velo se cubra... "El hombre está hecho a imagen de Dios y puede lucir su cabeza sin cubrir, pero no así la mujer porque no es la imagen de Dios, es el reflejo del hombre."" Tampoco fue creado el varón con miras a la mujer, sino la mujer con miras al varón. La mujer debe llevar puesto sobre su cabeza el signo de su dependencia."(1)* Queda claro el concepto que de la mujer se tiene de sometimiento de esta hacia el hombre, en este caso hacia su marido y como a través de la costumbre se interiorizan como normal.

> En la historia de la filosofía, tanto Patón como Aristóteles consideraron a la mujer con un ser humano inferior. Tuvo gran influencia Platón que fundó la Academia en el año 387 A.C. y posteriormente fue su alumno Aristóteles. Para ***Platón**-"Son solamente los varones los que han sido creados de los dioses y reciben el alma, aquellos que viven honradamente retornan en las estrellas pero los cobardes o los que realicen las injusticias pueden haber adquirido la naturaleza de las mujeres en su segunda generación. "Platón creía en la reencarnación pero sólo la del hombre. La mujer tenía un valor bastante inferior a la del hombre. Y para su fiel discípulo **Aristóteles-**, nos dice que la relación " entre el varón y la hembra es por naturaleza aquella en la que el hombre ostenta una posición superior, la mujer es más baja. El hombre dirige, la mujer es dirigida."(1) La condición femenina, la*

mujer es considerada defectuosa. Debe considerarse como si fuera una deformidad. "La hembra es hembra en virtud de una falta de cualidades y la razón por la que el hombre domina la sociedad es porque tiene una inteligencia superior. El hombre es un ser humano completo".(1 Con lo cual la mujer era inferior al hombre, tenía que ser dirigida puesto que se la consideraba como una incapaz carente de inteligencia era un ser incompleto

Siguiendo con la filosofía, Santo Tomás-*(filósofo y teólogo, pertenecía a la orden de predicadores fiscal representante de la escolástica, fue a su vez una de las mayores autoridades en metafísica.), en lo que se refiere a la naturaleza del individuo, la mujer es defectuosa y mal nacida porque el poder activo de la masculinidad tiende a la producción de un perfecto parecido al del sexo masculino, mientras la mujer es propia de una falta del modelo antiguo.* Considera de esta manera a la mujer un ser defectuoso. *(1) (Summa Theológíca)*

No sólo en la filosofía y en la religión es la mujer relegada a un segundo plano. También en la literatura, podemos decir que la mujer no ha sido muy bien tratada por algunas de nuestras joyas literarias. *Así* ***Francisco de Quevedo- en el siglo XVII*** *decía que" las mujeres son hechas para estar en casa, no para andar vagando, sus gustos han de ser los de los maridos participados, no propios"... "Se cataloga a la mujer por su belleza, así a las feas se les pone precio y a las hermosas la concupiscencia".(El Infierno Portátil. Aforismos sobre la mujer. Francisco de Quevedo. Ed. Verdehalago.) https://es.slideshare.net)*

Damos un salto en la historia, y nos situamos en el Siglo XX, con el padre del psicoanálisis. Siempre se ha ido diciendo o hablando mucho el tema de mujer por inestabilidad marital, emocional, cualidades que adornan *"la histeria" que* ***Froid****-la consideró una" cualidad exclusivamente femenina" porque viene de" hísteris" que es útero, solamente la mujer puede ser histérica porque tiene útero (1)*Aunque se buscó una respuesta a la histeria, a través del masaje pélvico, pues parecía provenir de la falta de orgasmos, realmente el culpable de ello era el modelo androcéntrico de la sexualidad.

En el mundo del derecho, la mujer a lo largo de la historia, ha tenido una larga y dura batalla en busca del reconocimiento de sus derechos*," en la antigua* ***Roma-*** *antecedente más importante de nuestro derecho, sobre todo el civil el "Pater familias- ciudadano independiente, bajo cuyo control estaban todos los bienes y personas que pertenecían a la casa. Persona física con capacidad jurídica plena podía obrar según su total voluntad sin tener que dar cuentas a nadie sobre los hijos y personas sujetas a su potestad, como mujer casada, esclavos... El paterfamilias era jefe del clan familiar, tenía el poder de la vida o muerte sobre*

hijos, esposa, esclavos... Podía decidir su muerte sin dar explicación alguna, vender a sus hijos, aprobar o rechazar matrimonios de sus hijos e hijas.

La mujer en Roma solamente era reconocida en el ámbito familiar, carecía de derechos políticos y estaban sometidas a sus padres y maridos, su desarrollo sólo era permitido en los hogares ya que ni siquiera podían optar al mismo sistema educativo que los hombres. El matrimonio marcaba su paso de la infancia a la adolescencia y el consentimiento lo daba siempre el paterfamilias. Esto suponía una pérdida de libertad para la mujer, por ejemplo como se debían fidelidad entre los cónyuges, el adulterio estaba castigado con mayor severidad si era una mujer quien lo cometía. **"….***Ver cita (1)*

En la ***Legislación Preconstitucional*** *en el año 1961, el matrimonio exige una potestad de dirección que la naturaleza y la historia atribuyen al marido, esto era lo natural, esto fue un invento del derecho natural que existía. Pero, sin duda, tanto la religión como la historia atribuyen la dirección del matrimonio al marido.*

En el ***Código Civil****, la mujer a grandes rasgos, no podía, sin la licencia del marido, la famosa "Licencia marital", adquirir ni a título oneroso ni lucrativo, enajenar bienes, obligarse, Artículo 61 C.C. 1889.. Aceptar donaciones, donar sus bienes, comprar, vender, contraer deudas como por ejemplo una hipoteca. "Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder del marido adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley." Con la reforma de 1975, la mujer, aun casada siendo menor de edad , tampoco puede administrar su patrimonio libremente, pues no puede tomar dinero a préstamo ni gravar ni enajenar bienes. no es hasta 1981 cuando se puede decir que el matrimonio tiene plenos efectos civiles. El Artículo 1413: C.C. de 1889."Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer."...En 1958 éste artículo sufre una modificación quedando redactado de la siguiente manera: El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles"...*

Tampoco podía trabajar, ni ejercer actividades comerciales, para ello necesitaba la autorización de su marido, pues éste tenía la autoridad marital. que no era sino la potestad de dirección. Tenía el deber de obediencia su marido y venía obligada a optar a su nacionalidad por matrimonio así adquiría obligatoriamente la nacionalidad del marido. Artículo 9.2 C.C. año 1974, "Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el

matrimonio, y en su defecto por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración". El Código Civil, atribuía al marido la facultad de enajenar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales, ya que además de otorgarle la representación de la esposa también tenía encargada la administración de los bienes. Artículo 1412 c. c. de 1889."El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59". Los bienes privativos de la mujer, como su propia herencia, tampoco podía sin la licencia de su marido, gravarlos, venderlos ni hipotecarlo.

El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido. Artículo 57 C.C. de 1889.La obligatoriedad también se establece de seguirle a donde él quisiera establecer su residencia. Artículo 58 C.C.1889. Estuvo vigente hasta el año 1975. (25 /0571975)"

Las leyes penales- asimilaban a las mujeres a las incapaces, sólo daba protección a las honestas y las que no, sólo eran un simple objeto a disposición del varón que incluso tenían derecho a violar a su mujer sin el temor de ser sancionado penalmente, puesto que hasta hace bien poco no existía la figura de la violación dentro del matrimonio"

*Uxoricidio, es un delito muy interesante, (uxo viene de esposa en el latín y cida del latín caedere, matar).C*onsiste en el homicidio de la cónyuge por parte del marido . Comúnmente es tratado legalmente como una forma de parricidio, CP de1944*." El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos,……, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase quedará exento de pena"* Cuando el hombre sorprendía su mujer o a su hija menor de 23 años en adulterio o en un acto sexual no casada (hasta los 23 años la mujer estaba obligada a vivir en la casa paterna) él por lo tanto podía matarla, no había mayor pena que la del destierro, pero en la práctica prácticamente no se llevaba a cabo.

*Al contrario, el **amancebamiento**,* sólo existía como delito *si el hombre tenía a su amante de forma notoria dentro de su domicilio conyugal, si se la lleva vivir dentro de la casa familiar o notoriamente fuera de ella, por ejemplo" le pongo un piso y me exhibo con ella, voy a todas partes con ella". Articulo 452 CP 1944., Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre.*

En cambio, el adulterio de la mujer, se suponía o se tenía en cuenta con el hecho de que por una sola vez ella yaciera con un hombre que no fuera su marido, en cambio al hombre, se requería una continuidad, un proyecto de permanencia e incluso una notoriedad.

Hasta el enero 1978 no se despenalizará el del delito de adulterio ni amancebamiento En cuanto a los delitos sexuales, se consideraban delitos contra la honestidad, el violador podía eludir la cárcel si obtenía el perdón de la víctima o se casaba con ella y esto ha ocurrido hasta hace apenas 30 años. (44)

Todos estos ejemplos, no son sino eso ejemplos que constatan de una u otra forma la aceptación social del sometimiento de la mujer y la falta de libertad. Atendiendo a la costumbre en algunos casos y a la ley en la mayoría de ellos. "

Esta violencia forma parte de la estructura social y condena a vivir a muchas mujeres sin la dignidad que se merecen.

Con respecto a la mujer musulmana, ésta merece un estudio aparte, hay que diferenciar muy bien el sentimiento de maltrato de la mujer rural africana musulmana, el de la mujer de Ciudad, o el de esa mujer musulmana que practica su religión y sus principios basados en el Islam en un país extranjero. Se trata por tanto del perfil de tres tipos de mujeres diferentes por completo, tanto sus sensaciones, sus reacciones frente a esa "agresión" que pueden sufrir, puede pasar totalmente inadvertidas en las zonas rurales de África y lo consideran parte de su rol de mujer y la mujer musulmana.

Es cuando empiezan a surgir estas diferencias culturales, y estos problemas cuando deciden emigrar hacia países occidentales como puede ser España en concreto Canarias, o bien cuando son consideradas como "Mujeres de Ciudad", en ciudades importantes donde hay una presencia importante de extranjeros. Nos referimos a ciudades turísticas como puede ser el caso de Guinea- Conakry-, (su capital es una ciudad a la que van muchos franceses porque fue colonia francesa, Francia es su metrópolis así lo sienten, y sigue haciendo allí sus negocios, controla mucho la economía del país, la lengua es francófona…), Entonces estaremos en condiciones de poder afirmar que pueden tener cierta influencia occidental y por tanto pueden tener algún conocimiento de lo que se puede considerar malos tratos. En cambio, en el campo o en zonas rurales no ocurre lo mismo. La mujer rural considera que todo esto forma parte de ser mujer, es el propio hecho de ser mujer lo que lleva implícito ciertos condicionantes… Digamos entonces que lo que entendemos como maltrato está tan asumido que pasa desapercibido. Así es necesario o matizar estos tres estados diferentes en los que se puede encontrar una mujer o tratarlas a todas por igual sin hacer diferencia alguna y cometer a mi juicio un error.

Existe una gran diferencia entre la mujer cosmopolita de Ciudad y la mujer y la mujer rural por ejemplo en Guinea, la mujer está muy avanzada en las ciudades pero en contraposición en las zonas rurales tienen unas costumbres muy arraigadas, hasta tal punto que forma parte prácticamente de la normalidad que la mujer sea corregida por su marido por sistema. Ello es aceptado y forma parte del entorno familiar. Tanto la abuela, como la madre, como las mujeres de la aldea hacen ver que forma parte de la normalidad y viven con ello. Se diferencian así tres estadios, la mujer rural, la mujer de capital, y la muer que emigra al exterior, tres perfiles totalmente diferentes, aunque todas tienen en común su origen, su cultura y sus creencias.

Muchas mujeres una vez se encuentran en occidente no se atreven a tomar medidas que impliquen un cambio respecto a la situación con su agresor. No confían en las instituciones ni en los profesionales. El peso del silencio en el maltrato es enorme. Por desgracia, sigue siendo algo que pertenece a la intimidad de la pareja.

Esta percepción errónea del problema genera desconfianza y falta de implicación por parte de familiares, amigos, conocidos problema agravado por la vulnerabilidad de la mujer inmigrante que dificulta la ruptura del ciclo violento. La mujer inmigrante musulmana se encuentra aislada, sin apoyo y sin la información suficiente para salir de la situación de maltrato en la que se encuentran inmersas. "La migración no deja de ser un proceso de duelo, por la familia y amigos, por la lengua, por la cultura…"(43)

Los movimientos migratorios se producen desde tiempos remotos, es un hecho innato al ser humano y a pesar de las trabas legislativas que impongan los gobiernos de los distintos Estados, no se puede evitar que las personas se desplacen de una ciudad a otra, de un país a otro.

Dentro de estos procesos migratorios, la mujer poco a poco ha comenzado a tener un papel protagonista, ya que en muchas ocasiones es ella la que decide emigrar en primer lugar para ayudar a mejorar la economía familiar. Sigue siendo el factor económico el principal (no el único) motivo por el cual emigran las personas.

Las víctimas de violencia de género se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, máxime en caso de mujeres extranjeras en situación jurídico documental irregular, ya que a los problemas económicos, familiares, sociales y personales que conllevan estas situaciones, se le añade entre otros, el no disponer por ejemplo de tarjeta sanitaria, la imposibilidad de trabajar,(pues carecen de permiso de trabajo) no tener acceso a prestaciones, ayudas o subsidios, carencia de redes sociales, y no sólo a ellas, sino a sus hijos menores de edad.

La mujer extranjera víctima de violencia de género, en numerosas ocasiones no denuncia los hechos por un infundado temor a la incertidumbre que genera una remota posibilidad de pérdida de la autorización de residencia si se encuentran reagrupadas por sus parejas o si adquirieron la autorización, mediante la acreditación de medios económicos de la pareja, no poder solicitar o renovar la autorización de sus hijos menores de edad porque los medios económicos suficientes provienen de la pareja, la amenaza de una posible expulsión del país de su cónyuge, la imposibilidad de viajar con sus hijos/as menores a su país de origen sin el consentimiento del agresor, carencia de redes sociales que les puedan ayudar, desconocimiento de los recursos y de la lengua. Siendo aún mayores estos miedos para las mujeres que se encuentran en situación administrativa irregular.

Por tanto, la mujer extranjera, en situación irregular, víctima de violencia de género, se encuentra en una situación de **triple vulnerabilidad**; en primer lugar por el mero hecho de ser extranjera, ya que la gran mayoría desconoce sus derechos, sus recursos, y en numerosos casos desconoce la lengua y ello supone tener que superar un importante muro como es el idioma y la cultura, en segundo lugar, por encontrarse en situación jurídico-administrativa irregular, lo que le obliga a vivir atemorizada, ya que al no disponer de autorización de residencia y/o trabajo, tiene reconocidos menos derechos que la mujer extranjera en situación regular, carece de medios económicos, no tiene acceso al mercado laboral. Sólo tiene acceso a servicios sociales básicos, (en algunas ocasiones), a la enseñanza gratuita de sus hijos y el acceso a algún tipo de becas y ayudas. A esa triple vulnerabilidad, debemos añadir la posibilidad de la existencia de hijos menores de edad, lo cual agrava la situación aún más, ya que al depender éstos de ellas en todos los ámbitos y no poder atender sus necesidades básicas conlleva que la dependencia hacía sus agresores se fortalezca.(47) A esto deberíamos sumarle que en la cultura islámica, los hijos son una pertenencia de los padres, la madre solo dispone del derecho de Hadana.

Amnistía Internacional, ponía de manifiesto su preocupación por que en el Estado español existiera un trato discriminatorio hacia las mujeres migrantes indocumentadas; pues estas mujeres podían ver mermada la protección frente a las violaciones de los Derechos Humanos, simplemente por hallarse en una situación de ausencia de documentación.

Esta organización ha detectado una serie de obstáculos que provocan el debilitamiento del acceso a la protección efectiva ante la violencia en el ámbito familiar de las mujeres que se encuentran en situación administrativa irregular.

Amnistía Internacional recuerda que uno de los derechos básicos que tienen todas las personas migrantes es el de contar con la documentación necesaria para acceder al conjunto básico de derechos, independientemente de su situación administrativa.

Es aconsejable que las personas inmigrantes se inscriban en el Padrón Municipal del lugar de residencia con independencia de su situación administrativa. Esto es recomendable porque el certificado de empadronamiento es un documento público que acredita su estancia en el país y que «facilitará», en el futuro, la obtención de la documentación para su permanencia en él.(3).Toda persona, sin distinción de nacionalidad, raza, origen, sexo, etc. tiene reconocidos unos Derechos, denominados Humanos, y que son básicos y que le pertenecen por ser persona, como se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que están recogidos en la Constitución Española.

Podemos darnos cuenta de que son muchas las dificultades con las que nos encontramos para descubrir, en palabras de algunos autores "el laberinto sustentando en la Violencia" .Es imprescindible una mayor sensibilización social, legal y judicial si queremos terminar con la violencia de género. Es necesario demandar de todas las Instituciones Públicas una respuesta tajante, sobre todo efectiva y adecuada pero es imprescindible que esté dotada de la eficacia necesaria con la finalidad de poder así salvaguardar los derechos de las mujeres. La asistencia integral sigue siendo insuficiente, desigual y no se garantiza a todas las mujeres inmigrantes de la misma forma, sobre todo a las que residen irregularmente y/o a las que están indocumentadas. Quizás la respuesta esté en dar otro enfoque o perspectiva a la violencia de género en cuanto a éstas mujeres de origen islámico, un enfoque orientado al reconocimiento de los Derechos Humanos de que estas mujeres son titulares, caracterizado por la urgencia, la prioridad, pero sobre todo la igualdad en el trato y ausencia de cualquier tipo de discriminación para que el acceso a estos derechos como la atención sanitaria, social integral, la asistencia jurídica, sea efectivo e igualitario en función de los territorios.

3 LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER INMIGRANTE ISLÁMICA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Resulta de sumo interés el estudio de la vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes en general que son víctimas de violencia de género, según Doña Doña Ana Mª Uría Pelayo en*…." Circunstancias que aumentan la vulnerabilidad de la mujer inmigrante ante la violencia de género y que dificultan la ruptura del ciclo violento", en* "Violencia de Género y Mujer Inmigrante…"no existe un perfil concreto de mujer inmigrante maltratada"… todo ello unido a la información en cuanto a mujeres de origen islámico, pues está o viene provocada por diversos factores, ya mencionados anteriormente algunos y que recogemos a continuación:

- -*La* ***situación psicológica*** especial que condiciona las expectativas y el comportamiento de gran parte de las mujeres que toman la decisión de romper con todo vínculo y migrar en busca de una mejor vida. Sumamente complicado en el caso de mujeres musulmanas que practican el Islam.

- -"***El choque cultural"***. La sociedad en éste caso particular islámica, países, nacionalidades y las culturas de las que provienen estas mujeres extranjeras en nuestro caso islámicas, pueden ser muy diferentes a lo que se encuentran cuando llegan a España. Sobre todo cuando las mujeres son de origen africano/árabe, de países musulmanes" a la hora de proceder judicialmente contra la que es su pareja por malos tratos, tienen otros temores añadidos como puede ser el vudú, la magia negra, las presiones familiares que proceden de su propio clan ya que su mayoría son tribales". **(2).**

- -**La carencia de redes sociales** naturales en las que poder apoyarse, pues el viaje supone romper con los vínculos familiares y de amistad, lo cual dificulta posibles apoyos. En muchos casos, además, existen dificultades a las que han de enfrentarse, económicas, lingüísticas, administrativas, pero sobre todo culturales, pues proceden de sociedades muy aferradas a unas costumbres determinadas por el islam.

- **La fuerte dependencia de la mujer inmigrante respecto de su pareja**. En muchos casos han venido gracias a la reagrupación familiar o no tienen documentación propia o en regla, no tienen ingresos propios, etc. Todo esto contribuye a dificultar o impedir la independencia de las mujeres que sufren violencia de género para disponer como quieran de su vida.

- **Perciben a las Instituciones Públicas más como una amenaza que como fuente de protección.** Esto es así porque las mujeres inmigrantes sienten una gran desconfianza hacia los Cuerpos de Seguridad del país. Lo que puede traducirse en temor a ser expulsadas puesto que se encuentran en situación administrativa irregular y pueden ser víctimas de una agresión violenta y a la vez temer por su expulsión si sale a la luz su situación al interponer una denuncia. También existe falta de confianza porque ante la denuncia de su situación, se puede aflorar sentimiento de culpabilidad/responsabilidad si su pareja es expulsada pues tienen fundado temor ante la posibilidad de que sus hijas e hijos les puedan ser arrebatadas/os y perder así el derecho de Hadana.

- Tienen **miedo a no ser creídas** o a que la denuncia de violencia de género pueda afectar al proceso de regularización.

Cabe preguntarse por qué las mujeres inmigrantes, no rompen con el círculo de violencia, cuáles son los motivos que les impiden romper con la relación:

- Su realidad psicosocial. Como hemos dicho, las mujeres (musulmanas) han sufrido un fuerte proceso de desarraigo al dejar atrás sus espacios de origen, cultura islámica, todo lo conocido, esperando tener una vida mejor. Se produce

un choque con la realidad, una frustración de las expectativas en muchas ocasiones prometidas por alguien allegado, familiar… y se encuentran ante unas condiciones de precariedad laboral económica, cultural, de vivienda… con las que no contaban. Las conductas adquiridas culturalmente, su identidad de origen islámico, no se transforman aunque las condiciones de vida mejoren.

- Diferencias culturales importantes en el caso de la mujer islámica. .Situación administrativa, la importancia de la documentación .para obtener la regularización. Estar en situación administrativa irregular provoca/induce a que la mujer, cualquier mujer, sea objeto de medidas restrictivas no solo legales sino culturales (el peso de la cultura islámica tiene un fuerte impacto en la toma de decisiones. Estar en situación administrativa irregular, es determinante para el proceso sumamente complejo que supone el tener que de decidir denunciar a su agresor. Las mujeres inmigrantes valoran diversas causas, tienen en cuenta su situación administrativa y la situación administrativa de su pareja. Muchas de estas mujeres pretenden que sea la justicia quien les ayude a conseguir que sus parejas cambien. Quieren y "deben" (por motivos de origen) mantener el vínculo afectivo con su pareja, pero sin violencia. La expulsión como amenaza se valora o se traduce en temor que inhibe/coarta a muchas de estas mujeres de origen islámico a interponer la denuncia o las induce a intentar retirarla. Pues temen enormemente las posibles represalias en su lugar de origen.

En el caso de haber iniciado un proceso de reagrupación de sus hijos mientras la pareja permanecía conviviendo, les surgen las dudas y los miedos de si al dictarse una Orden de Protección puede suponer una desestimación de su petición de reagrupación familiar en relación a sus hijos, pues ya sabemos que en Islam, los hijos no les pertenecen, solo tienen el derecho de Hadana.

También tienen muy en cuenta la realidad socioeconómica en la que viven: exclusión social, precariedad laboral, inexistencia de contratos estables, dificultad a la hora de encontrar una vivienda, ausencia de apoyo familiar en España, la carga y la sujeción que implica en la cultura islámica su familia de origen y sobre todo la familia política a la que sigue perteneciendo, el envío de dinero a su país de origen, cuando en ocasiones apenas pueden subsistir en el de destino…

…"Instrumentos que los maltratadores utilizan contra sus víctimas:

- ***["Aislamiento:** El maltratador no deja que la víctima aprenda el idioma del país. Intenta aislarla de sus amistades, su familia o no deja que hable con nadie, ni siquiera de su país……*
- ***Amenazas:** El maltratador puede amenazar con deportar o provocar de alguna manera la expulsión de la víctima. Puede retirar la petición para legalizar su estado inmigratorio.*

- ***Intimidación:*** *El maltratador puede esconder o regalar propiedades del país de origen de la víctima, como recuerdos o documentación legal. También puede destruir documentación necesaria, como el pasaporte, la tarjeta de residencia, el seguro médico o el permiso de conducir con la finalidad de amedrentarla.*
- ***Manipulación sobre su ciudadanía o residencia*****:** *El maltratador puede arrebatarle su tarjeta de residencia o nunca presentar los "papeles". A veces, además, miente con la falsa amenaza de que ella perderá su ciudadanía si lo denuncia……*
- ***Uso de los/as niños/as:*** *El maltratador puede amenazarla con herir a sus hijos/as o quitárselos/as si ella llama a la policía o si decide irse*"…] . *fundación para la prevención de la Violencia familiar* (43)**.,**
  En la cultura (islámica) el varón, padre, sabe que de alguna forma le pertenecen sus hijos/as y se siente amparado por ello.
- ***Maltrato emocional:*** Puede escribir, contar mentiras a su familia y amistades en su lugar de origen, al varón no se le cuestiona ,así como emplear contra ella cierta terminología que consiga atemorizarla o avergonzarla aún más ante los suyos., ello tiene suma importancia en la cultura de origen islámico.
- ***Maltrato económico*****:** El maltratador puede tratar de causar su despido de un trabajo o no dejarla formarse. Por ejemplo Podría amenazarla con comunicar en su lugar de trabajo su situación para denunciarla como indocumentada, aunque no lo sea. Para así conseguir atemorizarla. Su objetivo es privarla de recursos con los que pueda salir adelante. En la cultura musulmana, el sujeto varón es quien trae los recursos a la familia, a la mujer en ocasiones le esta vetado el trabajar fuera de casa.

3. MARCOS NORMATIVOS FRENTE A LAS VIOLENCIAS DE GÉNERO

4.1 Ámbito internacional

La ONU es el primer organismo internacional que reconoce la violencia contra las mujeres, como tal constituye una vulneración de los Derechos Humanos. Esta Organización ha promulgado documentos importantes. No obstante a lo largo de éste trabajo se hará una relación de los que considero de más importancia y actualidad:

- **1946**, Creación de la **Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer**.
- **1948 Declaración Universal de los Derechos Humanos,** que recoge en sus considerando quinto la dignidad, el valor de la persona, el principio de igualdad de hombres y mujeres, y en el tercero la protección ante la ley.
- **1953** convención sobre los derechos políticos de la mujer adoptada el 20/12/1952.
- **1946** Resolución 11 del Consejo, de 21/07/1946 Creación de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer

- **1949** Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución
- **1967** Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (CEDAW) **1979,** en vigor desde 1981. **Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).y protocolo facultativo de octubre de 1999.**
- **1975** Resolución 310 de 18/12/1972.Proclamación del Año Internacional de la Mujer
- **1981** Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión las Convicciones.
- **1983** Instrumento de Ratificación de 16/12/1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra mujer. Nueva York 18/12/1979.(BOE 21/03/1984)
- **1984** Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- **1989** Recomendación General Núm.12 del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- **1992** Recomendación General Núm. 19. Sobre la violencia contra la mujer. Sobre responsabilidad de los Estados en la adopción de medidas para impedir y castigar actos de violencia.
- **1993**"Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer". Resolución 48/104 de la Asamblea General, adoptada la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.
- **1994** Resolución 45/1994 el 4 marzo, emitida por la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas se pide a miembros y relatores que" incluyan en sus actividades de derechos humanos información sobre derechos humanos de la mujer."
- **1996** Resolución 1996/6. Se decidió la incorporación de la perspectiva de géneo en las actividades de Naciones Unidas.
- **2000** Observación general núm.28 del Comité de Derechos Humanos, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres.
- **2000** Protocolo de Palermo para prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas.
- **2000** Resolución de la Comisión de Derechos Humanos (56ª sesión, 20 abril) dirigida a combatir el Tráfico de Mujeres y Niñas y Eliminar la Violencia Contra las Mujeres

La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, sienta las bases para argumentar que la violencia contra las mujeres (43)

> "*es una manifestación de las relaciones de poder que históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos para su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital deriva de pautas culturales, en particular los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se le asigna a la mujer en la familia, en lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad*" (**Plataforma de Acción de Beijing `95**)

La Declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres, aprobada el 20 diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, define la violencia contra las mujeres como (43)

> "*Todo acto de violencia basada en la pertenencia hacia el sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada*".

4.2.Ámbito regional

…"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994 en Belem Do Para,Brasil, dirigida exclusivamente a la eliminación de la violencia contra la mujer.(Artículo 7)

- Los Estados parte condenan y se comprometen en adoptar los medios apropiados para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Según el artículo 7 los Estados parte se comprometen a .

- d)"*Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor abstenerse de hostigar, intimidar o amenazar ,dañar o poner en peligro la vida de la mujer;...*
- *e)"Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes para modificar prácticas jurídicas o consulta ordinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer".*
- *f)"Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia"...;*
- *g)Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso e a un resarcimiento .....justo y eficaz.*"…….

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África,(aprobado en 2003, entro en vigor en 2005) trata la violencia contra la mujer en muchas de sus disposiciones y establece obligaciones relativas a la reforma jurídica. Los Estados parte están obligados a:

- -Promulgar y cumplir las leyes para prohibir todas las formas de violencia contra la mujer. (Artículo cuatro apartado dos).
- -Adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y económicas que garantice la prevención, el castigo y la erradicación de la violencia contra la mujer (artículo cuatro, apartado dos).
- -Adoptar todas las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para eliminar prácticas perjudiciales (artículo cinco).
- Promulgar medidas legislativas nacionales para garantizar que no se celebre ningún matrimonio sin el consentimiento libre y pleno de ambas partes y que la edad mínima para contraer los 18 años para las mujeres (artículo seis).(45)

Convención sobre la Prevención y la Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Prostitución, Asociación del Asia meridional para la Cooperación Regional. Obliga a los estados parte adoptar medidas efectivas para garantizar que la trata constituye un delito con arreglo a su legislación penal respectiva y sea punible mediante las penas apropiadas

4.3 Ámbito europeo

- **1957** Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Tratado de Roma.

El Consejo dela U.E. ha adoptado un considerable número de Directivas, Recomendaciones y Resoluciones referidas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, por otro lado insta a los países miembros de la unión a desarrollar medidas para abordar la violencia de género.

- **1978** Directiva 19/7/CEE de 19/12/1978, se obliga a los Estados miembros a aplicar progresivamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social
- **1985,** Resolución de 26 marzo sobre la violencia en el seno de la familia.
- **1986** Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de la Dignidad de las Personas y la Vulneración de los Derechos Humanos que supone la violencia contra las mujeres..
- **1991** Declaración de 19 diciembre, relativa al Acoso Sexual en el Trabajo.

- **1993** El Parlamento Europeo adopta resoluciones sobre Tráfico de Mujeres y Pornografía.
- **1993** La III CONFERENCIA ministerial europea sobre Igualdad entre la Mujer y el Hombre.
- **1994** -Resolución A3-0 250/97 del Parlamento Europeo sobre una campaña europea de Tolerancia Cero ante la Violencia Contra las Mujeres.
- **1999**- Declaración del "Año Europeo de lucha Contra la Violencia de Género".
- **2004** directiva 2004/113/CE de 13/1272004, principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso a bienes , servicios y suministro.
- **2006** - Resolución 61/143, de 19 de diciembre de 2006, sobre la intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, se insta a los Estados a que revisen o deroguen todas las leyes y normas que discriminen a la mujer o que tengan efectos discriminatorios en su contra y a quienes garanticen las disposiciones de múltiples sistemas jurídicos se ajusten a las obligaciones internacionales de Derechos Humanos.
- **2006** Directiva 2006/54/CE, aplicación del principio de igualdad en asuntos de empleo y ocupación. Define la discriminación directa e indirecta, acoso y acoso sexual.
- **2006** el parlamento Europeo y el Consejo, constituyen el instituto europeo de la Igualdad de Género.
- **2007** Tratado de Lisboa: recoge en su articulado la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres.
- **2008**-Resolución 63/155, de 18 de diciembre de 2008, se insta a los Estados a utilizar las mejores prácticas para poner fin a la impunidad y a la cultura de la permisividad respecto de la violencia contra la mujer, mediante evaluación y análisis de los efectos de las leyes, normas y procedimientos vigentes en relación contra la violencia contra la mujer… Incorporar en la legislación medidas encaminadas a prevenir la violencia contra la mujer.
- **2008**- **Convenio del Consejo de Europa** sobre la lucha contra la Trata de las Personas (2005 de Varsovia), obliga a los Estados parte a tipificar como delito la trata de seres humanos y los delitos relacionados. La legislación debe garantizar que los delitos tipificados tengan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. El Convenio obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas o de otro tipo para asistir a las víctimas en su recuperación y proporcionarles una indemnización.
- **2010** el 5/03/2010 La comisión aprobó la Carta de la Mujer para promover la igualdad entre mujeres y hombres tanto en Europa como en todo el mundo.
- **2011** Directiva 2011/36/UE de 5/04/2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de víctimas. Sustituye a la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

- **2011** Directiva 2011799/UE de 13/12/201 por la que se crea la orden de protección europea
- **2011, Convenio de Estambul** contra la MGF. En vigor desde el 1 de agosto de 2014. Su importancia radica en ser el primer instrumento vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica. Prevención, sensibilización, coordinación de organismos oficiales, y recogida y estudio de todas las formas de violencia contra la mujer son sus ejes primordiales.

4.4.Ámbito estatal

La violencia y los malos tratos, contra las mujeres afecta a una serie de derechos fundamentales recogidos en la Constitución española de 1978..

Recordemos algunos de los artículos más relevantes:

Artículo 9. 2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulte su plenitud y facilita la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica cultural y social".

TITULO PRIMERO.

De los derechos y deberes fundamentales.

Artículo 10. 1 "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público la paz social".

.2 "Las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades"……..."se interpretarán conforme a la declaración Universal de Derechos Humanos, y tratados y acuerdos internacionales ratificados por España."

CAPITULO II

Derechos y libertades

Artículo 14 "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Artículo 15 "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas ni a tratos inhumanos o degradantes... ".

Artículo 17.1 "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad"…..

Artículo 18..1 Se garantiza el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen…..2. El domicilio es inviolable….3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones…..

Artículo 24 1. …derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales……2….derecho al juez ordinario predeterminado por ley, a la asistencia de letrado, a ser informados……..

En cuanto a nuestro ordenamiento, algunos de los preceptos más destacados son.

- ***1983***-Ley de Enjuiciamiento Criminal. de *14 de septiembre de 1882 (Arts 8 a 18,141 a 162,520 a 527,544bis, 544 ter, 774 a779,785 a 789.795 a 797,801,962 y disposición adicional 4º.)*
- ***1985 L****.O.6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (Arts.26 a 29, 80 a 84,87 a 89bis,98,207 a 216,310,348e,357.360 bis.373.7,433 bis.5 y 434)*
- ***1989***-Código Civil,
- ***1995***- L.O. 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal .(arts. 22,23,48,57,80 a 94,147 a 156, 169 a 173,468,617 y 620)
- ***1995***- Ley 35/1995, de 11 diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.
- ***1996***- Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.(arts.1,3,27 y 28)
- **2000**- Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.(Arts 45 a 49.bis)
- **2000**. L.O 4/2000 de 11 de enero, L O Ex.
- **2003** Ley 27/2003, de 31 julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.
- **2003.**R. D. 996/2003 de 25 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.(Arts 1, 25.bis a 31,38)
- **2003**- L.O. 11/2003, de 29 septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.
- **2004**- L.O. 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- *2007. L. O. 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.*
- ***2011****-R.D.557/2011 RELOEx.* .(Algunos de éstos preceptos se encuentran regulados en "Legislación básica sobre la violencia de género. Ed. Cívitas. 5º ED.)

Los derechos de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género se encuentran regulados en**: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género,** aborda la situación específica de las mujeres extranjeras, en su artículo 17 , en **la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social** (tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre y por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio) (en adelante LOEX) y **en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000**, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, , (en adelante

RLOEX) y en **la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria**

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, (actualizado por RD 1710/2011) sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

La Comunidad Autónoma de Canarias cuenta con la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género (BOE número 162, de 8 de julio de 2003), en su preámbulo dice literalmente "…*la violencia de género constituye un grave atentado directo e inmediato contra la dignidad, los derechos individuales, la calidad de vida y la salud física y mental de las mujeres…*". La propia ley la califica como "*lacra social*"… "…*Se fundamenta en una consideración desigual y desequilibrada de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, prejuicios sexistas, y actitudes discriminatorias en los más variados aspectos…*". Como podemos ver, en ningún lugar se hace discriminación alguna de las mujeres extranjeras en beneficio de las que no lo son.

Tanto la mujer inmigrante, en nuestro caso de origen islámico, como la nacional, *"tienen los mismos derechos en cuanto a su condición de víctima de violencia de género*." Se caracterizan por "*la situación de alta vulnerabilidad*", que aumenta en el caso de las mujeres de origen islámico. Es fundamental "*para lograr su recuperación integral, favorecer la inserción social de la víctima. Para ello, debe prevalecer su condición de víctima por encima de su condición de extranjera*". "*Sin embargo, en cuanto a ciertos derechos que les son reconocidos los derechos económicos y laborales (que concretan el derecho para inscribirse como demandantes de empleo, derecho al acceso a las acciones de formación y de intermediación laboral y el derecho a la Renta Activa de Inserción Laboral),*" *en la práctica vemos como se vulnera de alguna manera el principio de igualdad puesto que "están condicionados a estar en situación de residencia regular en muchas ocasiones*".(43)

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, (conocida como Ley de Violencia de Género) aborda la situación específica de las mujeres extranjeras, en la exposición de motivos, *…"se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*…." Así el artículo 17.1, *garantiza los derechos reconocidos a todas las mujeres víctimas de violencia de género con independencia de su origen, religión o cualquier otra circunstancia personal o social.*

"El **Artículo 17**, *Garantía de los Derechos de las víctimas*

> **1.** *Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley.*
>
> ***2.*** *La información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo*."

Destacar en este punto y en cuanto al Derecho de Información que existe el teléfono gratuito de información y asesoramiento en cuestiones relacionadas con la violencia de género 016 que ofrece el servicio de información durante las 24 horas del día, además de en las lenguas oficiales, en inglés, francés, alemán, árabe, búlgaro, chino, portugués, rumano y ruso, y atiende en otros 42 idiomas.(11) Dando cumplimiento así al art. 18.3 de la Ley Orgánica 1/2004, que dispone…*"Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho"*….

4. MUJER INMIGRANTE ISLÁMICA MALTRATADA

La mujer inmigrante maltratada en general, en nuestro caso ligada a la cultura islámica, no tiene lo que denominamos un perfil concreto y marcado, el maltrato no afecta más a mujeres sin estudios, de clase baja o con poca personalidad , tal y como históricamente se han calificado a las mujeres inmigrantes. Ahora bien,…"existe una serie de circunstancias en torno a ésta mujer inmigrante que suponen o las hace víctimas de un factor de riesgo que podría explicar el aumento de las muertes por malos tratos."… (43)La mujer inmigrante suele experimentar el "**Síndrome de Ulises"**,…" *sentimiento de soledad y el fracaso en su lucha por la supervivencia, el miedo y el temor ante las situaciones tan difíciles por las que atraviesan."*…(43) "El síndrome de Ulises afecta a la mayoría de los inmigrantes/ Diario El Mundo.es / salud. 24 octubre 2003". .Es importante mencionar las circunstancias que motivan el mismo, se pueden resumir en dos:

"**Duelo migratorio",** la situación de necesidad que lleva u obliga a la mujer a decidir emigrar, "la mujer inmigrante en general experimenta un gran desarraigo puesto que se encuentra en un país extraño con costumbres diferentes e incluso contrarias a sus principios, se encuentran solas sin sus familias sin sus hijos"…,…. "La migración desde este punto de vista, es un proceso de duelo".(43)

Esto conlleva a la "**situación de un estrés** "que la mujer mantendrá durante todo su periplo o viaje , "la mujer inmigrante se encuentra presionada por lo que se espera de ella por sus familiares y su entorno en el país de origen, la dificultad para tener un trabajo y una vivienda dignos, el proceso de regularización de su situación, dificultades a la hora de llevar a cabo su reagrupación familiar dificultad adaptación a las costumbres del país acogida"(43)...en nuestro caso concreto están contrapuestas al Islam,…ignorancia, repulsa por parte de la población autóctona, "miedo o inseguridad a identificarse en centros y organismos públicos por miedo a ser detenida y expulsada por la policía sin haber podido cumplir con las expectativas que se esperaban de ella".(43)

Así podemos entender tal y como relata Doña Ana María Uría Pelayo que las mujeres inmigrantes soporten situaciones de maltrato por miedo, puesto que el hecho de emprender acciones legales contra sus parejas añade carga emocional a sus vidas, no hay que olvidar el posible rechazo de sus familiares y amigos que provocaría un nuevo desarraigo añadido.

Las sociedades islámicas, tradiciones y culturas basadas en el Islam de las que provienen estas mujeres musulmanas hacen que su vida en el país de destino la mayoría de las veces diste mucho de lo que se esperaba. No obstante el proyecto de vida en el país acogida no siempre permite el inicio de un proceso de independencia y también de autonomía, no podemos perder de vista… *"que la mujer que se revela es un agente de cambio para ella misma y de su propia cultura."(43)*Algo sumamente complicado si nos referimos a mujeres musulmanas

Tengamos en cuenta que el mero hecho de emigrar ya supone una violencia para ellas, el tener que dejar su vida, sus hijos, su familia, trabajo en la medida en que se les esté permitido… para buscar una vida mejor tanto para ella como para los suyos.

Víctima de violencia de género o de malos tratos puede ser cualquier mujer, de cualquier nacionalidad, de cualquier cultura, cualquier edad, con o sin medios económicos, con mayor o menor nivel educativo. ..

" *En **las mujeres africanas** el grado es sumisión y reclusión en el espacio privado es muy acentuado .Suelen iniciar su proceso migratorio después de sus maridos y casi siempre por reagrupación familiar esto conlleva a que cada vez sean más dependientes de ellos,* "…se caracterizan por su "*escasa integración social, no*

suelen acceder al mercado laboral puesto que la mayoría de las veces les está vetado, su vida se desarrolla en el hogar y la violencia que sufren por sus maridos no desaparece en el país de acogida". (2) (43)

Sirva de ejemplo el caso de las mujeres marroquíes, existe principalmente un problema: la cultura dominante a lo largo de la historia es fundamentalmente machista. Hasta hace muy poco tiempo, estas mujeres únicamente podían dedicarse las tareas del hogar, no tenían acceso a ningún tipo de estudios, las más privilegiadas podían ir al colegio de niñas, e incluso se les prohibía salir de casa. No tenían derecho elegir a la persona con la que compartir su vida pues este derecho le quedaba asignado al padre/tutor que era quien elegía el esposo para su hija mientras que ella sólo tenía la opción de acatar lo estipulado por su padre, aprendiendo y asumiendo que es la vida de la mujer la que gira en torno al hombre y no al contrario, siendo el hombre el que da sentido a la mujer, sin él su vida no tiene ningún sentido. La finalidad es contraer matrimonio y tener descendencia. La mujer sólo está para servir y satisfacer sus deseos y necesidades (4) Salirse de esta línea puede generar cambios y estos a su vez generar más problemas a estas mujeres que lejos de su país de origen y su cultura deciden plantearse otra forma de vida. No lo van a tener nada fácil con su nueva forma de vida. Estas mujeres de origen islámico, no se atreven a denunciar por temor a represalias, pero no sólo por parte de su marido, sino incluso por su entorno social que seguramente estará formado por personas que ostenten las mismas nacionalidades. Cuando se deciden a hacerlo es porque su situación se ha agravado de tal manera como para llegar a ser conscientes de que pueden perder su vida. Estas mujeres, corren un riesgo añadido a la hora de poder ser maltratadas e incluso de perder su vida, sobre todo si su esposo o compañero es de su mismo país de origen. Éste tipo de mujeres aunque se les ofrece ayuda para cambiar de localidad, alojarse una casa de acogida durante un tiempo determinado etc., cuestión esta de difícil solución puesto que no están dispuestas a soportar el nuevo estilo de vida que estos cambios les generan, aquí tienen su vida en la ciudad, un colegio para sus hijos etc. y en ocasiones las más afortunadas, hasta un puesto de trabajo. Ante esta situación muchas prefieren retirar la denuncia con las consecuencias que ello supone y consecuencia de ello volver a poner su vida a disposición del agresor.

Las mujeres latinoamericanas, provienen de países donde existe una notable desigualdad entre el hombre y la mujer en todos los sentidos. "*Al hombre se le exige ser el macho, valiente, sexualmente muy agresivo viril y dominante*" (,Marvin Harris), "*esperan obediencia inmediata de sus hijos sobre todo de sus hijas, sus decisiones se cumplen sin discusión.*"…, ... "*En general son las mujeres las que inician en su mayoría el proceso migratorio, encontrando una independencia económica inédita*"…(43), se suelen convertir en las mantenedoras de la familia, fin son protagonistas de su vida, *"adquieren un empoderamiento que les da una independencia de la que no quieren renunciar*". .."*Sus*

ocupaciones laborales suelen ser en el sector servicios, servicio doméstico en viviendas particulares, sobre todo en la rama de limpieza, camarera de piso... Son ocupaciones que no les promocionan para las cuales no necesitan una formación especial."…(43)

…"*Como ejemplo podemos citar a las mujeres ecuatorianas, se desplazan a España para trabajar las más afortunadas en el servicio doméstico*"…. **(4)** Por medio de un contrato con el que poder resolver el drama de su residencia legal o ilegal. Cuando consiguen ahorrar algo de dinero regresan a su país de origen para después volver a España pero de una forma legal acompañada de algún familiar a su cargo, marido o pareja, en la mayoría de estos casos, el cuidado de sus hijos lo dejan a cargo de la familia materna o paterna. Otras en cambio optan por el ejercicio de la prostitución para poder enviar dinero a su familia," por ejemplo:

> *"...., Fatema es una mujer de origen latinoamericano, aproximadamente de unos 40 años de edad tiene residencia legal en la ciudad de Las Palmas, actualmente está divorciada y tiene la guarda y custodia de su hijo, un niño menor también de la misma nacionalidad. En su convenio de guarda y custodia tiene establecido un régimen de visitas, una pensión de alimentos pero no tiene pensión compensatoria. Vive en una casa de alquiler podemos decir que tiene una buena relación su ex pareja. Normalmente en los meses de verano, julio y agosto se traslada ella sola a un municipio de otra isla con la única finalidad de trabajar para poder ganar suficiente dinero con el que mantenerse el resto del año. Su ex pareja conoce esta situación, e incluso la apoya cuidando del menor durante estos meses…."*

…"*En la mayoría de los casos conviven o mantienen relación con otras familias en las mismas circunstancias , en ocasiones no disponen de las condiciones mínimas para vivir con dignidad, llevan el peso de la economía familiar, mientras sus parejas se dedican a trabajar de forma esporádica y son consumidores habituales de alcohol y otro tipo de sustancias. Predominantemente machistas, descargan su ira producida por problemas ajenos a la pareja, hacia la mujer con brutalidad, puñetazos y patadas en el acto y cuando éstas están embarazadas, rotura tabique nasal… Son mujeres que se atreven a denunciar por temor a lesiones más graves, pero no dejara transcurrir más de 48 horas para retirar la denuncia*." **(**4)

"Mujeres de Europa del Este *rusas, polacas rumanas…En el caso de las mujeres rumanas, son situaciones en las que las menores apenas cuentan con 16 años y ya soportan el peso en un hogar, un marido, unos hijos... Estas adolescentes conviven en espacios muy reducidos que comparten con otras familias de la misma nacionalidad. Son víctimas de explotación laboral tanto ellas como sus hijos, ejerciendo la mendicidad para poder subsistir, no por ello están exentas de los malos tratos por sus parejas. En su mayoría residen de forma ilegal en nuestro país. En su mayoría son*

madres adolescentes con hijos a su cargo que son maltratadas por sus parejas, principalmente como consecuencia del consumo de alcohol y otro tipo de sustancias no suelen denunciar porque no tienen conciencia de ser mujeres maltratadas. Están sometidas a la voluntad del hombre, en la mayoría de los casos es su propia pareja y normalizan las agresiones como algo natural que ocurre a diario en las relaciones de pareja. Puede darse el caso de que alguna de las agresiones sea denunciada por una tercera persona ajena a este entorno, por ejemplo haya sido testigo de una agresión y haya avisado a la policía. Al ser llamadas a declarar como víctimas manifestarán que no desean formular denuncia de ningún tipo, quitando importancia a la situación con manifestaciones del tipo "no es nada, no nos estábamos peleando, no me hace falta una orden de protección, no es para tanto…".(4)

…"La mujer asiática, (*principalmente chinas), son mujeres que jamás denunciarán a sus parejas aunque han sido objeto de las peores agresiones. La dificultad del idioma constituye una barrera que imposibilita cualquier entendimiento con estas mujeres haciéndolas muchísimo más vulnerables, se niegan a colaborar, aunque en algunos casos su pareja haya sido ya detenida, nunca facilitarán por miedo ningún tipo de información. En ocasiones se utiliza a los menores que se prestan a colaborar con la policía como reclamo de la protección de su madre e incluso la que ellos mismos necesitan.*"… (4) Estas mujeres inmigrantes viven un clima bastante duro y complicado, por otro lado pasan completamente desapercibidas esto facilita que los maltratadores puedan seguir manteniendo la situación de poder que se les ha permitido en su país de origen, olvidando que se encuentra en una sociedad que no permite este tipo de conductas.(4)

Lo que caracteriza a la mayoría de las mujeres inmigrantes es que se encuentran muy condicionadas e incluso la gran mayoría de las veces atemorizadas. Las más afortunadas, trabajan muchas horas fuera (esta circunstancia es mínima en el caso de la mujer musulmana) y dentro del hogar, poseen un círculo de amistades bastante cerrado compuesto por sus parejas y se suele ampliar a un pequeño círculo de paisanos u otros inmigrantes que se encuentra en las mismas condiciones. Son desconocedoras de los recursos que están puestos a su alcance, carecen de la información para poder salir de la situación de maltrato en la que viven. Todo esto ocurre por la desconfianza y temor que muestran a la hora de relacionarse con otras personas de otras nacionalidades, tienen serias dificultades para poder acceder a la información en condiciones de igualdad con otras mujeres autóctonas circunstancias que se agrava por el desconocimiento del idioma, todo ello sumado a la desconfianza y temor que tienen hacia los Cuerpos de Seguridad.(43)

6. VIOLENCIA DE GÉNERO

El conocimiento de la problemática objeto de estudio de esta tesis requiere la necesidad de comprender y conocer en qué consiste la violencia contra las mujeres en general e islámica en particular, mediante el estudio de conceptos desde un punto de vista integral y con perspectiva de género. Será útil a la hora de sistematizar la información y de esta manera poder entender y visibilizar la magnitud del fenómeno social que conocemos como violencia de género en concreto la violencia que sufren las mujeres inmigrantes cuando proceden de países en los que dicha violencia está institucionalizada, pues en líneas generales salvo alguna excepción, no está regulada como tal en la mayoría de los ordenamientos jurídicos pero en cambio se encuentra socialmente aceptada en gran parte de ellos.

6.1. Concepto

> "*Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que causa o es susceptible de causar a las mujeres daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*"(5)

Hasta hace bien poco, la violencia de género no trascendía de la privacidad de las personas, era algo tabú que permanecía bajo el secreto de las familias. De esta manera lo que ha conseguido es que la violencia de género se entendiera como un derecho adquirido de los varones. Por tanto, no era de extrañar que en su mayoría estas situaciones no se denunciasen por miedo y por vergüenza (6) Las mujeres inmigrantes islámicas pueden ser presa fácil de la violencia de género y cómo no, de la violencia intrafamiliar. Proceden en su mayoría de una cultura patriarcal, con marcados componentes basados en la preeminencia del sexo masculino, con pocos o escasos apoyos familiares. Por regla general viven en un entorno cerrado, endogámico, y con un férreo control sobre la mujer por parte de su familia (En el caso de la mujer musulmana suele ser por su familia política). En la cultura islámica, estas mujeres por lo general, cuando han sufrido un episodio de violencia, se avergüenzan por lo que han vivido y se sienten responsables. No olvidemos que en las legislaciones de la mayoría de los Estados con amplia población de origen islámico, la violencia de género no tiene el mismo significado que aquí en España. En muchos casos se ignora este concepto de violencia. Es la reacción desde su entorno, y su familia lo que la lleva a considerarse no como víctima sino como la única responsable de lo sucedido.

Es con la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género cuando se ha tipificado en su artículo uno:

Artículo uno ".... Objeto de la ley-1. La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

3. La violencia de género a que se refiere la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad..."

Se modifica el apartado 2 del artículo 1 de la LOVG 1/2004 por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Ref. BOE-A-2015-8222.Los menores se consideran también víctimas de violencia de género. Queda por tanto redactado de la siguiente manera: *«2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.»*

6.2. Autor

Sólo podrán ser autores de este tipo de delito …"hombres que hayan sido cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.".. (art.1) LO 1/2004 Según esta definición el sujeto no puede ser cualquier hombre, esto es lo que diferencia a la violencia de género de cualquier otro tipo de violencia. Tiene que haber estado unido a ella sentimentalmente en forma de matrimonio o bien por relación similar de afectividad. No caben dentro de este tipo agresiones que se producen tras una mera relación sexual entre agresor y víctima, ni aun cuando ambas partes mantienen relaciones de manera prolongada en el tiempo, pues no se establece un mínimo de relaciones para poder hablar de relaciones de análoga afectividad, lo singular es que tenga vocación de permanencia, un proyecto en común y fidelidad de una persona hacia la otra.

6.3. Víctimas

La víctima de violencia de género siempre es una mujer. Los menores se consideran también víctimas de violencia de género (reforma 2015).Independientemente de las circunstancias particulares que cada víctima pueda tener en su vida en un momento concreto. El principal factor de riesgo siempre es el ser mujer. Qué podemos decir de la transexualidad? Las personas que se han sometido a una intervención quirúrgica para cambiarse de sexo lo llevaron a mujer, pero en el momento de la

agresión ya ha cambiado su sexo y esta modificación consta en el Registro Civil, en éste caso sí puede ser víctima de violencia de género. En caso contrario, que no sea inscrito en el Registro Civil el cambio de sexo bien por no iniciarse los trámites, (no estaríamos en el caso anterior) o en el caso de que no se ha concluido el tratamiento necesario para tener el sexo femenino, no estaríamos en un supuesto de violencia de género.

La violencia de género, se manifiestan de diferentes formas, la Ley 16/2003, de 8 de abril de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género (BOC nº 86 de 7/04/2003,BOE nº162 de 8/07/2003), de la Comunidad Autónoma de Canarias, define y clasifica las diferentes formas y situaciones en las que ésta se manifiesta. Art.3.”Formas de violencia de género”

- …“*Malos tratos físicos se trata del uso deliberado de la fuerza física para obtener una lesión daño o dolor como pueden ser puñetazos, bofetadas, quemaduras…*
- *Malos tratos psicológicos, los actos atentan contra la mujer en su integridad física y emocional, en cuanto que afectan a su dignidad como persona ejemplo de ello puede ser la vigilancia, insultos, humillaciones, manipulación afectiva etc.*
- *Malos tratos sexuales, incluye el acto de intimidad sexual forzada por el agresor y no consentida por la víctima.*
- *Abuso sexual a menores*
- *Acoso sexual, que puede consistir en la solicitud de favores de naturaleza sexual en la que el individuo ostenta una situación de superioridad laboral, docente o análoga.*
- *Tráfico o utilización de mujeres con fines de explotación sexual, comercio sexual, prostitución etcétera.*
- *Mutilación genital femenina, procedimientos que implican eliminación parcial o total de los órganos genitales femeninos o lesiones causadas en los mismos por razones culturales, religiosas o de cualquier otra índole.*
- *Violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que afecte a su libertad de disfrutar de una viuda sexual satisfactoria y sin riesgos para la salud*

- *Violencia económica o malos tratos económicos consiste en la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos para el bienestar físico o psicológico de la víctima y de sus hijos/as así también implica la discriminación en cuanto a la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar por una pareja.*

- *Cualesquiera otras formas análogas de violencia, que hoy lesiones o sean susceptibles de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres."…(6)*

Vemos de esta manera como las manifestaciones no son un número acotado o cerrado, sino que la ley deja abierta la vía a que existan o pueden existir en un futuro más supuestos de manifestaciones de violencia de género

Estas manifestaciones a su vez ocurren dentro de lo que se denomina situaciones de violencia de género que pueden ser:

- "*violencia doméstica*,
- *violencia laboral o docente*
- *violencia social*". .(6)"

7. *DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO*

La legislación vigente en esta materia, (L.O.1/2004 de 28 de diciembre DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO) reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra circunstancia personal o social los siguientes derechos con carácter general:

- Derecho a la información. (Artículo 18).

Comprende el derecho a recibir información asesoramiento sobre las medidas que la propia ley prevé, derechos y ayudas que reconoce la ley, recursos de atención emergencia y apoyo para la recuperación y la forma de acceder a los mismos.

- Derecho a una asistencia social integral. (Artículo 19)

Para hacer real su derecho integridad física y moral, tienen derecho a servicios sociales de atención, emergencia, apoyo y acogida, recuperación integral.

- Derecho de asistencia y representación jurídica. (Artículo 20)

La Ley Orgánica 1/2004 reconoce a todas las mujeres víctimas de violencia de género la asistencia jurídica gratuita inmediata en todos los procedimientos relacionados con su situación, incluso a la hora de formular denuncia.

La Reforma habida por ley 42/2015 de 5 de octubre, Ref. BOE-A_2015-10727, establece que todas las víctimas de violencia de Género tendrán derecho a la asistencia y representación jurídica gratuita….

- Derechos laborales y prestaciones de la seguridad social. (Artículo 21

Establece el derecho de las trabajadoras por cuenta ajena a "*la reducción de su jornada laboral, la reordenación del tiempo de trabajo, suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, extinción del contrato de trabajo*" con derecho a prestación por desempleo entre otros. También recoge los derechos de las trabajadoras por cuenta propia (art 21.5) que tengan que "*cesar su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un periodo de 6 meses y serán consideradas como de cotización efectiva a efectos de prestaciones de la seguridad social*."

- Derechos económicos. (Artículos 27 y 28)

Entre estos están la" *ayuda económica específica para mujeres víctimas de violencia de género con especial dificultad para obtener un empleo, ayuda económica de Fondo Canario de Emergencia social, la renta activa de inserción, (incluida la ayuda para cambio de residencia),ayudas en beneficio de víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos con resultado de muerte, lesiones corporales graves, daños graves en la salud física o mental, acceso prioritario a viviendas protegidas".*(6)

Desde el año 2005, en base a la Ley Orgánica 1/2004 los Juzgados competentes son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, especializados en conocer la instrucción y en su caso el fallo de las causas penales y civiles que guardan relación, de forma que unas y otras en primera instancia sean objeto de tratamiento procesal en la misma sede.

En el orden penal conocerán:

- "*De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por distintos delitos como pueden ser homicidio, aborto, lesiones u otros siempre y cuando se cometan con violencia o intimidación contra quien haya sido esposa o mujer que esté ligada o lo haya estado al agresor por relación de afectividad, con o sin convivencia. Y los/as descendientes propios o de la pareja, los/as menores o incapaces que convivan con el agresor o se hallen sujetos a potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.*
- *Adopción de las órdenes de protección a las víctimas.*
- *Faltas y sus fallos*".(6)

En el orden civil conocerán:

- "*Filiación, maternidad y paternidad.*
- *Nulidad de matrimonio, separación y divorcio.*
- *Delitos contra la libertad y la integridad moral.*
- *Delitos contra los derechos y deberes familiares*"….(6)

Para que esto suceda, una de las partes del proceso civil tiene que ser víctima de los actos de violencia de género y la otra parte, sea imputada como autor, inductor o cooperador en la realización de los actos de violencia de género.

En el supuesto de que la víctima sea una mujer extranjera dependerá de su situación administrativa, regular o irregular. La ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, garantiza los Derechos a todas las víctimas de violencia de género con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia social. Prevalece la condición de ser víctima de violencia de género sobre la situación de extranjera. A su vez el, R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la L.O: 4/2000 de 11 de enero SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACION SOCIAL, Reglamento de Extranjería, en su artículo 46, .3 ya contemplaba la posibilidad de obtener autorizaciones de residencia temporal a mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género cuando se hubiera dictado a su favor una orden de protección.

Artículo 46.3. *"En los supuestos de solicitudes presentadas por las víctimas de los delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, los interesados podrán presentar la solicitud cuando se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección, y podrá concederse la autorización de residencia una vez que haya recaído sentencia por los delitos de que se trate."*

Éste R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre (5)queda derogado por el R.D. 557/2011 de 20 de abril (BOE-A-2005-323) por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería, de la Ley Orgánica 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACION SOCIAL,(4) y sus posteriores reformas.

En el Título V, Residencia temporal por circunstancias excepcionales, CAPÍTULO II Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género…"*Se introduce, como novedad, un capítulo destinado a regular la figura de la víctima de violencia de género, en el que opera de forma detallada la figura de la autorización provisional de residencia temporal y trabajo. También se incorpora como situación especialmente regulada la figura de la víctima de trata de seres humanos, tanto en su vertiente de trata con fines de explotación sexual como en su vertiente de fines de explotación laboral."(Preámbulo R.D 557/2011, ref.BOE-A-2011-10599)*

En concreto en los artículos

Artículo 131. **Denuncia a favor de una mujer extranjera víctima de violencia de género.**

Artículo 132 **Inicio del procedimiento relativo a la residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género**

Artículo 133 **Autorización provisional de residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género.**

Artículo 134 **Finalización del procedimiento relativo a la residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género.** *:(10)*

Si una mujer extranjera en situación administrativa irregular quiere denunciar es necesario informarla sobre la posibilidad de obtener una Orden de Protección y de su importancia, y también de la posibilidad de autorización de la residencia temporal y trabajo en territorio español por circunstancias excepcionales. En el caso de que se dicte una Orden de Protección, tendrá derecho a la autorización de residencia temporal y trabajo, (que previamente tendrá la característica de ser provisional hasta que se termine el procedimiento penal por sentencia) por circunstancias excepcionales prevista en la Ley (8) y en el Reglamento de Extranjería (9)

¿Cómo se solicita una Orden de Protección?

"La Orden de Protección es una medida a la que se pueden acoger las víctimas de violencia doméstica y de género, cuando indicios fundados de la Comisión del delito o de una falta que atenten contra la vida, contra la integridad física y moral, siempre y cuando se tema por la seguridad de la mujer"(6). Regulada legalmente en el artículo 544.ter LECrim. Introducido en la LECrim por Ley 27/2003 de 31 de julio." reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. (BOE-A-2003-154111,núm.183).El procedimiento legal es bastante sencillo y bastante rápido, se pone en marcha en un plazo máximo de 72 horas a través del cual, en una misma resolución judicial se pueden acordar medidas de protección cautelar de naturaleza civil y penal, y de protección asistencial(art.544.ter.5 LECrim). Se activan además los instrumentos de protección social como puede ser el acceso a centros de atención inmediata, ayudas económicas etcétera. …"*Entre las medidas cautelares de carácter o naturaleza civil están el uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de la guarda y custodia, régimen de visitas, comunicación y estancia con los/as hijos/as, régimen de prestación de alimentos y cualquier otra disposición que se considere oportuna con la finalidad de evitar perjuicios o apartar al menor de un peligro (art.544.ter.7LECrim),"…" que tendrán una vigencia temporal de 30 días, salvo incoación de un proceso de familia instado por la víctima o representante legal, en éste caso las medidas permanecerán en vigor los 30 días siguientes a la presentación de la demanda,. a su término deberán ser ratificadas , modificadas o dejadas sin efecto por la Autoridad Judicial competente*. "*En cuanto a medidas de orden penal…"cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal "…(Art 544.ter.6LECrim)* como por ejemplo la medida de alejamiento para el agresor o incluso la prisión provisional.

"*Esta esta Orden se puede solicitar en el juzgado (al Juez/a, o el Ministerio Fiscal), ante las fuerzas y Cuerpos de seguridad, en las oficinas de asistencia a víctimas del delito, servicios sociales municipales e instituciones asistenciales que dependen de las Administraciones públicas.(544.ter.3 LECrim)"*... Lo normal sería el correspondiente al lugar de comisión del hecho delictivo. Pues bien, en caso de violencia de género, será el lugar de residencia de la víctima, entendiendo por esta la residencia de manera habitual. En el caso de mujeres extranjeras, principio de ubicuidad, no siempre existe un domicilio por ejemplo el delito se comete en un barco, el delito se comete en un hotel porque estaban de vacaciones…."Las podrá solicitar la propia víctima, o personas de su entorno familiar más inmediato, su representante legal, incluso puede ser adoptada de oficio por el Juez/a". (6) Una vez recibida en el Juzgado de Guardia la solicitud, el/la Juez/a convocar a las partes y resolverá sobre las medidas solicitadas. (Art.544.ter.4.LECrim.)Una vez se adopten, el Auto de Orden de Protección debe de ser comunicado a las partes mediante testimonio íntegro (Art.544.ter.8 LECrim).

En Canarias existe "la **Red Canaria de Servicios y Centros de Atención Especializada a Mujeres Víctimas de Violencia de Género**"..."Integrada por servicios públicos y privados mediante convenios entre Instituto Canario de Igualdad (organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la Consejería competente de Igualdad, creado por ley 1/1994 de 13 de enero) y los Cabildos Insulares, de colaboración para el mantenimiento y consolidación del sistema social de prevención y protección integral de las Víctimas de la Violencia de Género, tienen ámbito de acción regional, insular y municipal."...,..."Ofrece diferentes tipos de servicios, la atención inmediata a la víctima, la atención especializada que incluye información, asesoramiento e intervención integral multidisciplinar y la posible acogida temporal en caso de necesitarlo para la mujer y las personas que dependen de ella, haciendo especial referencia a menores a su cargo.

Los recursos que integran la red Canaria de Servicios y Centros son los siguientes:

Recursos de Atención Inmediata:

- Servicio de atención a mujeres víctimas de violencia (SAMVV) en el CECOES 1-1-2, con ámbito regional.
- Dispositivo de Emergencia para Mujeres agredidas-DEMA en cada isla.

Recursos de Atención e Intervención Especializada.

- Centro de información, orientación y asesoramiento
- Servicios de intervención multidisciplinar e integral especializada

Recursos de Acogida Temporal:

Centros de Acogida Inmediata (CAI)
Casas de Acogida (CA)
Pisos Tutelados (PT) "(6).

8. *MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA RESIDENCIA*

8.1. Mujer extranjera familiar de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, (BOE –A-2011-18598, núm.285 de 26 de noviembre de 2011) establece que:

> "*Para conservar el derecho de residencia de los miembros de la familia en el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que mo lo sea, éste tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes. Para conservar el derecho de residencia deberá acreditar:*
>
> *1ª que ha sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído Resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.*
>
> *2. º Haber sido sometida a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído Resolución Judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas."(ARTÍCULO 9.4 LETRA C)*

8. 2.- Mujeres extranjeras no comunitarias.

Ante la necesidad de protección de éstas mujeres nacionales de terceros Estados que no poseen autorización de residencia por circunstancias varias y se encuentran en territorio nacional, y que además son víctimas de la violencia machista, se incorpora el **artículo 31 bis** a la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social a través de la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre, posteriormente actualizado por L.O. 10/07/2011 de 27 de julio y el **artículo 59 bis** (El artículo 59 bis, fue creado por LO 2/2009 de 11 de diciembre y posteriormente reformado por la LO 10/2011 de 7 de julio y por LO 8/2015 de 22 de julio) que regula el derecho del periodo de restablecimiento y reflexión de las víctimas de la trata de seres humanos.(47)

…"*El art. 31 bis de la L O Ex y los arts. 131 a 134 del R L O Ex, pretenden que la mujer extranjera extracomunitaria en situación administrativa irregular, sea tratada en igualdad de condiciones respecto del resto de extranjeras y de las nacionales, al*

quedar protegidas por la L.O.1/2004.pues es cierto que la ley de medidas no discrimina a unas respecto de otras. Y es que la protección debe alcanzar:

- *A las mujeres extranjeras reagrupadas, siempre que su autorización de residencia dependa de su agresor.(Art 19.LOEx)*
- *A las mujeres que disponen de autorización de residencia y trabajo independiente, aunque para estas últimas no exista previsión legal específica en el caso de violencia de género*
- *A las mujeres que se encuentran en situación administrativa irregular, por diferentes motivos, su situación de irregularidad puede ser originaria, por haber entrado al territorio nacional por lugar no habilitado O también puede ser sobrevenida, porque el reagrupante pierda el derecho de residencia y trabajo ,por haber vencido o caducado su permiso de residencia, o cualquier otro motivo.*"(47)

A todas ellas se les garantizan los derechos reconocidos en la L.O. 1/2004 y las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente, tal y como recoge el apartado primero del art. 31 bis L O Ex.(10)

"*Hasta la última reforma del art. 31 bis L O Ex, las mujeres inmigrantes en situación administrativa de irregularidad, eran muy vulnerables a la violencia de género, debido al temor de la apertura del expediente sancionador*".(47) (Cuando tenía lugar la incoación del temido procedimiento sancionador en dependencias policiales según la Instrucción 14/2005.) Actualmente los obstáculos ante la interposición de la denuncia de una situación de maltrato de una mujer en situación irregular deberían ser eliminados el art. 31 bis L O Ex y que señalaremos más adelante."…(47)

Las gráficas que a continuación se muestran nos dan cifras acerca de la solicitud y concesiones de autorización de residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia en Canarias.

AÑO	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
LAS PALMAS	3	6	13	15	17	20	39	20	31	15	
TENERIFE	0	2	11	19	21	10	17	22	28	31	

FUENTE: Portal Estadístico
Delegación del Gobierno para la Violencia de Género

Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

Ministerio de sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

8.2.1. Autorización de residencia y trabajo independiente de las mujeres extranjeras reagrupadas con su cónyuge o pareja.

Regulación jurídica comprendida en los art. 19.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y el Art.59.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril."

En el supuesto que la víctima de violencia machista disponga de una autorización de residencia como reagrupada de su marido, mientras no obtenga una autorización de residencia independiente del mismo, su residencia legal depende del agresor, necesita de su colaboración para poder tramitar la renovación de su residencia y continuar en España de forma legal.

Las posibilidades de obtener una autorización independiente son básicamente disponer de medios económicos propios, disponer de uno o varios contratos de trabajo que reúnan unos requisitos, el fallecimiento del cónyuge, la ruptura del vínculo matrimonial cuando exista una convivencia matrimonial previa en España de dos años, o bien el acceso a la residencia permanente en España por residencia legal y continuada durante cinco años en nuestro país.

No obstante, **el artículo 19.2 de la referenciada ley 4/2000**, establece que*" en caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito de medios económicos propios, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una Orden de Protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.*"

La tramitación de las solicitudes presentadas en virtud de estos hechos, como en los supuestos anteriormente descritos, se tramitan con carácter preferente y la duración de la autorización de residencia y trabajo es de cinco de años. Los hijos e hijas menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, que sean titulares de una autorización de residencia por reagrupación familiar, conservarán la autorización de residencia por reagrupación familiar y dependerán, a efectos de su renovación, del miembro de la familia con el que convivan.

8.2.2. Autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género en situación irregular

Constituye uno de los avances más importantes de la ley, no sólo desde el punto de vista de la violencia de género sino por la posibilidad de obtener la residencia temporal

y trabajo independiente, que se conceden a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. El artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es de aplicación a víctimas de violencia de género "independientemente de cual sea su situación administrativa". (Artículo 31 bis.1) Se hace extensiva a sus hijos menores. (Artículo 31 bis 3)

Para estos supuestos, el artículo 31 bis de la mencionada Ley Orgánica 4/2000, y posteriormente el Reglamento 557/2011 de desarrollo de la citada norma ha establecido una regulación específica.

En primer lugar, estipula que "si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, será inmediatamente suspendido por el instructor hasta la finalización del proceso penal. En caso de que el expediente sancionador no hubiera sido iniciado en el momento de presentación de la denuncia, la decisión sobre su incoación será pospuesta hasta la finalización del proceso penal." No obstante, "la Autoridad ante la que se hubiera presentado la denuncia deberá informar inmediatamente a la mujer extranjera de las posibilidades que le asisten en el marco de esta regulación, así como de los derechos que le asisten al amparo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Víctima de Violencia de Género",(10),(47) como son:

- …"Solicitud de una autorización provisional de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales, por sí misma o a través de representante, desde el momento en que se haya dictado a su favor una Orden de Protección o emitido informe del Ministerio Fiscal en el que se aprecie la existencia de indicios de violencia de género.(Art.132 RELOEx)

Cuando el procedimiento penal concluya con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género. (Art.134 RELOEx)

- Si se hubiera solicitado la autorización de residencia y trabajo, la concesión de ésta por la Autoridad Gubernativa competente y su notificación, en el plazo máximo de veinte días desde que a la Oficina de Extranjería le conste la sentencia.

- Si no se hubiera solicitado la autorización de residencia y trabajo, el Ministerio Fiscal informará a la mujer extranjera sobre la posibilidad que le asiste en base al presente artículo de solicitar una autorización de residencia temporal y trabajo a su favor,

- Duración de la autorización: 5 años. "…(10),(47)

8.2.3. Autorización provisional de residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género en situación irregular:

La autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales no se resuelve hasta que concluye el procedimiento penal y por ello el legislador ha previsto la posibilidad de tramitar una autorización de residencia provisional (artículo 133RELOEx) en tanto se sustancia el citado procedimiento. En concreto se establece que…" *presentada la solicitud de autorización de residencia provisional y trabajo de la mujer víctima de violencia de género, La Autoridad Gubernativa competente (Delegado o subdelegado de Gobierno)concederá de oficio una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo provisionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades, siempre que, como hemos expuesto previamente, exista una Orden de Protección a favor de la mujer extranjera o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de violencia de género.*"… "*Esta autorización de residencia conllevará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial. La autorización provisional a favor de hijos mayores de dieciséis años tendrá el mismo alcance. Y su vigencia está condicionada a la concesión o denegación de la autorización definitiva*". (10)

Cuando se produzca una denuncia o se conozca la existencia de una mujer extranjera como víctima de violencia de género, y como consecuencia de su identificación se aprecie que se encuentra en situación administrativa irregular en España, con independencia de las actuaciones que motive el hecho de su situación irregular, quedarán siempre supeditadas al proceso penal motivado por la denuncia, artículo 31.bis L.O.1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Resolución de 18 de diciembre de 2009 de la Secretaria de Estado de Seguridad por la que se deja sin efecto la Instrucción 14/2005 ***sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.*** Secretaría de Estado de Seguridad.

> *"Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la LO 1/2004, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente "(Art. 31 bis. 1. LO 4/2000 sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social.)*

De la nueva reglamentación en materia de extranjería, año 2011,(10) se desprende que ya no existe la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la apertura inmediata del expediente sancionador ante la denuncia de situación irregular tal y como se establecía en la Instrucción nº 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.(47) Pues según esta Instrucción si la autoridad policial detectaba que la mujer víctima de violencia de género se encontraba en situación irregular, se iniciaría un

procedimiento sancionador, que terminaría, como mínimo, con la imposición de una multa en el supuesto de dictarse sentencia de condena por delito relacionado con los actos de violencia sufridos.(43) Con la derogación de esta Instrucción y la última reforma legislativa a la mujer extranjera que se encuentra irregularmente en territorio español pero que denuncie una situación de maltrato, "*no se le incoará el procedimiento administrativo sancionador por encontrarse irregularmente en territorio español, de forma inmediata y se suspenderá el procedimiento administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia*".(11) La mujer podrá solicitar una autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales ante la Oficina de Extranjería correspondiente una vez obtenida la Orden de Protección o informe del Ministerio Fiscal, quedando pendiente la resolución de dicha autorización a que finalice el proceso penal

Concluido el proceso penal, artículo 134 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el Ministerio Fiscal lo pondrá en conocimiento de la Oficina de Extranjería y a la Comisaría de Policía correspondientes:

1. De haber concluido con Sentencia condenatoria o Resolución Judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género (10),(11),(46),(47) a los efectos de:

A).-"Si se hubiera solicitado la autorización de residencia y trabajo, la concesión de ésta por la Autoridad Gubernativa competente (el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente) y su notificación, en el plazo máximo de veinte días desde que a la Oficina de Extranjería le conste la sentencia

La duración de la autorización será de cinco años. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de su titular de acceder en el curso de éstos a la situación de residencia de larga duración", (10), (47)

Uno de los principales problemas prácticos radica en que estas previsiones previstas para conceder protección a una presunta víctima de violencia de género que carece de autorización de residencia no prevén los supuestos de sobreseimiento provisional por estar el agresor expulsado o en paradero desconocido, o supuestos de agresiones recíprocas por ciertos supuestos problemáticos. Esta circunstancia es bastante frecuente en la práctica, y tal y como está regulado en la Ley Orgánica 4/2000 y en su Reglamento de desarrollo, únicamente se puede conceder una autorización de residencia cuando existe Sentencia condenatoria. Por lo que cabe preguntarse si se ha de expulsar una presunta víctima de violencia de género cuando no se ha podido celebrar la vista oral por causas no imputables a la misma, o se ha producido una condena por agresiones reciprocas por ejemplo. . La respuesta es que no, pues no puede estar supeditada tal decisión a si comparece o no el presunto autor del delito, bien por su no localización, estar en paradero desconocido, la víctima necesita protección.

La previsión de una autorización de residencia en los casos de condena y una autorización provisional mientras se sustancia el procedimiento penal para ella y sus hijos es un gran avance pero parece ser insuficiente, y sigue planteando serios temores en las víctimas que se encuentran en situación irregular en el momento de denunciar, si no queda suficientemente acreditado la violencia sufrida.

B).- "Si no se hubiera solicitado la autorización de residencia y trabajo, el Ministerio Fiscal informará a la mujer extranjera sobre la posibilidad que le asiste en base al presente artículo de solicitar una autorización de residencia temporal y trabajo a su favor, así como autorizaciones de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades"(10)(47)

En ambos supuestos, la concesión de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de acuerdo con lo previsto en este apartado supondrá el archivo del procedimiento sancionador que pudiera existir con la mujer extranjera víctima de violencia de género.

2.- <u>De haber concluido con Sentencia no condenatoria o Resolución Judicial de la que no se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género:</u>

- "Se denegará a la mujer extranjera la autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales y, en su caso, las autorizaciones solicitadas a favor de sus hijos e hijas menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades.

- Perderá eficacia la autorización provisional de residencia y trabajo concedida a la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones provisionales concedidas a sus hijos e hijas menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades.

- Se incoará o se continuará el procedimiento administrativo sancionador por estancia irregular en territorio español "de acuerdo con lo previsto en el título III de la Ley Orgánica 4/2000.(10),(11)

La mujer extranjera en situación irregular, queda de esta manera en una difícil disyuntiva puesto que si denuncia corre el riesgo que le sea incoado un procedimiento sancionador que podría terminar con un Decreto de expulsión del territorio en función del sentido de la Sentencia (no denuncia) que pudiera recaer en procedimiento penal(10)

Queda así de manifiesto la necesidad de conjugar los intereses protegidos. De ésta manera, el interés prioritario será el de proporcionar a la víctima la asistencia y protección necesaria, pero, cabe preguntarse si aun así, ¿se puede considerar normal/legítimo que en la mentalidad de la mujer extranjera víctima de V.G. quepa lugar plantearse el no acudir a la policía para evitar así la apertura del expediente sancionador? o que se planteen la posibilidad de no interponer denuncia por temor a no conseguir la sentencia condenatoria? Creo que deberíamos reflexionar y preguntarnos si con ésta actitud, nada reprochable, no podríamos estar condenando a éstas mujeres a continuar viviendo esta situación ante el temor en ocasiones infundado de ser expulsadas del territorio nacional. No es de extrañar que las mujeres inmigrantes víctimas de VG en situación irregular vean a los Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado, que tienen la función de velar por su seguridad, como la persona a quien hay que temer, y es por ello que deberíamos, como agentes sociales buscar fórmulas que de alguna manera sirvieran para paliar ésta situación.

Estas mujeres extranjeras víctimas de violencia de género sienten miedo, se encuentran desprotegidas y se piensan mucho si denunciar o no a su agresor ya que temen perder la autorización de residencia si la obtuvieron a través de sus parejas por ejemplo. También temen entre otras cosas no poder solicitar o renovar la autorización de sus hijos menores de edad porque los medios económicos suficientes provienen de la pareja y el hecho de no contar con ellos impedirá mantener su situación legal, a ello se suma el hecho carecer de redes familiares, recursos económicos o el idioma.

Parece que en un principio la intención del legislador era que en el caso de que una mujer extranjera que estando en situación irregular denunciara ser víctima de violencia de género, le fuera incoado un expediente sancionador, aunque en la práctica le fuera suspendida su ejecución hasta la finalización del proceso penal. Era una forma un tanto extraña de incentivar a las víctimas a que procedieran a denunciar en caso de estar sufriendo esta violencia. (46)Como resultado muchas víctimas, mujeres invisibles, no denunciaban su situación por miedo a las posibles consecuencias.

El RELOEx, lleva a cabo una regulación bastante detallada y precisa, pero no por ello queda exenta de críticas, resulta bastante cuestionable en la situación en la que se coloca a las mujeres extranjeras en situación irregular, puesto que si denuncian la situación de violencia de género cabe la posibilidad de ser incoado un procedimiento sancionador que mantiene la posibilidad de expulsión de España en función de la Sentencia que pueda recaer.

Por otro lado, si la presunta víctima tiene residencia legal, es decir, tiene su autorización de residencia y trabajo, en estos casos el legislador ha previsto la posibilidad de renovar una autorización de residencia y trabajo, aunque no se reúnan los requisitos para ello, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia

de género. Esta previsión ha permitido que un número importante de víctimas que han tenido que abandonar su hogar y su trabajo puedan seguir disfrutando de una autorización de residencia en nuestro Estado a diferencia de lo que sucedía anteriormente.

Resaltar que la propia legislación de extranjería a través de la reforma operada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, comenzó a reconocer la importancia de la integración de la mujer inmigrante víctima de este tipo de violencia, a través de su participación en el mercado de trabajo, ya que la consecución de su propia independencia económica, pasa de forma indiscutible por el desarrollo de una actividad laboral. No obstante, el tratamiento de esta cuestión ha sido muy tardío, debiendo esperar no sólo a la última reforma de la Ley de Extranjería y a su posterior Reglamento de desarrollo aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril sino también a la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, que ha venido a modificar la redacción inicialmente otorgada al artículo 31 bis de la Ley de Extranjería, bajo la rúbrica **"Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género".**

Cabe mencionar también, con carácter general, que para que una persona de origen extranjero pueda ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, es imprescindible la tenencia de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. Si se trata de trabajo por cuenta ajena (art. 38. Ley Extranjería), para la concesión inicial de dicha autorización de residencia y trabajo se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, que será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal, quedando plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, que contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadoras y trabajadores extranjeros. De igual forma, la situación nacional de empleo va a permitir la contratación en ocupaciones que no estén catalogadas, cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles.

En cambio, cuando la solicitante de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena sea una mujer extranjera víctima de violencia de género, el procedimiento exige no tener en cuenta la situación nacional de empleo. Así, el art. 40.1.j) de la Ley de Extranjería, viene a establecer que "*no se va a tener en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo se dirija a:…extranjeros que obtengan una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en aquellos supuestos determinados reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de* víctimas de

violencia de género *o de trata de seres humanos*"…. Al no tener en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a las mujeres inmigrantes víctimas de este tipo de violencia, el legislador ha partido del reconocimiento legal de un desigual punto de partida de las mismas, por su triple condición: mujer, inmigrante , en nuestro caso particular islámica y víctima de violencia de género,

Una protección plena de las mujeres inmigrantes que son víctimas de este tipo de violencia, pasa sin duda por la integración e inclusión total de las mismas en nuestra sociedad, siendo su inserción socio - laboral el modo de acceder a una independencia económica y personal necesaria para romper el vínculo con su agresor y lograr su efectiva recuperación integral.

Resulta interesante conocer los resultados de las estadísticas obtenidos del "***Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*** "acerca de las concesiones de autorización de residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de delitos de violencia de género.

De acuerdo con el **VII Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer,** elaborado por la Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Conocimiento sobre la Violencia de Género y aprobado el 19 de noviembre de 2014,Ministerio de Servicios Sociales e Igualdad desde 2005 hasta diciembre de 2013 han obtenido autorización de residencia temporal y trabajo, un total de **6.555** mujeres extranjeras (sin precisar nacionalidad) víctimas de violencia de género y sus hijas e hijos, de las que 1.416 se concedieron durante 2013

9. LA ORDEN DE PROTECCIÓN, EFECTOS.

9.1. Concepto.

La ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.(BOE-A-2003-15411,núm.183 de 1 de agosto), introdujo la regulación de la Orden de Protección (en adelante OP), se incorpora un nuevo artículo en la LECrim, el 544 ter, recogido en la LOVG en su art.62.

La OP confiere a la víctima de este tipo de delitos un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal.

Se trata de una Resolución Judicial en la que se reconoce la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima y ordena su protección durante la tramitación del procedimiento e incluso en algunos casos una vez finalizado el mismo. Con la O.P. se acredita la condición de víctima de violencia de género. Esto también confiere a la víctima un estatuto integral de protección con una serie de medidas de protección, que la Autoridad Judicial puede establecer según el artículo 544 ter .1 …"*para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que , existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida , integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad e alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 C.P. resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima* "….

173.2 …"*a favor de quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*,"….no sólo de la víctima de violencia de género sino también de sus hijos e hijas,(actualmente también se las considera víctimas) y pueden ser de carácter penal y civil. La protección de la víctima contiene una pluralidad de medidas cautelares penales sobre el agresor, para impedir la realización de nuevos actos violentos y medidas de orden civil y social para evitar el desamparo de las víctimas y dar así respuesta inmediata a su situación de absoluta vulnerabilidad.

La mujer, será informada del derecho que le asiste a solicitar:

- La asistencia de un intérprete.(en el caso concreto que nos ocupa, mujeres musulmanas, en la mayoría de las ocasiones , muestran un completo desconocimiento del idioma)
- Se garantizará la asistencia letrada gratuita a la víctima por turno de oficio especializado (violencia –extranjería) del Colegio de Abogados que tenga formación en violencia de Género (Ley 1/1996 de 10 de enero).(Art 20 LO1/2004)
- Con carácter prioritario, **se prestarán las medidas de asistencia social integral y protección** (Art.19 LO1/2004)que por su propia situación fueran necesarias o pudiere demandar, tramitándose las correspondientes diligencias policiales dirigidas a la autoridad judicial por la infracción penal denunciada **se le informará , a su vez, de la importancia de solicitar y en su caso de la existencia de la Orden de Protección** (Art.544.ter.LECrim y Art 62 LO1/2004)) y como consecuencia, de la posibilidad de autorización provisional de residencia temporal en nuestro territorio por circunstancias excepcionales(Art.31bis LO 4/2000, 131 a 134 del Reglamento, RD 557/2011 de 20 de abril) y la no apertura del procedimiento sancionador en caso de encontrarse la víctima en una situación de irregularidad administrativa
- Se le informará de la disponibilidad sobre los recursos sociales adecuados a su situación concreta, de igual forma que si se tratase de una denunciante no

extranjera o en situación administrativa regular. Recursos que integran la Red Canaria de Servicios y centros.

9.2Medidas cautelares.

9.2.1. Medidas cautelares de orden penal.

Consistiría en el pedir una OP, respecto del sujeto imputado extensible a terceras personas como pudieran ser hijos menores de edad (aunque también caben los mayores de 16 años) con la finalidad de proteger aún más a la víctima. La misma ya hemos visto que puede hacerse extensible a los hijos e inclusive a terceras personas siempre que exista una situación objetiva de riesgo, como parientes reagrupados, padres…aunque esta situación objetiva de riesgo, es necesario acreditarla.

Se solicitará al JVM en horas de audiencia y si no fuera posible a los Juzgados de Instrucción de guardia. La solicitud de la OP no puede llegar sola a un Juzgado, deberá ir siempre acompañada del correspondiente atestado y posteriormente hay que citar tanto al denunciante como al denunciado, tomarle declaración tanto a uno como al otro y siempre en presencia del Ministerio Fiscal De la lectura de los artículos 505 y 544 bis y 544 ter LECrim. Podemos afirmar que nada dicen acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma. Sería absurdo dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de adoptar medidas cautelares. En cambio, la asistencia letrada es ineludible salvo que por tratarse de una falta, la audiencia se celebre por el procedimiento del juicio de faltas.

En cuanto a su duración se extienden y perduran durante toda la tramitación de la causa penal hasta su finalización con Sentencia firme.

Las medidas de carácter penal que pueden acordarse son entre otras.

"Desalojo del agresor del domicilio familiar
Prohibición de residir en determinada población.
Prohibición de que el agresor se aproxime a su víctima o familiares ..a la distancia que el/la Juez/a determine.
Prohibición de que el agresor se comunique con su víctima y sus familiares…por cualquier medio.
Prohibición de que el agresor se acerque a determinados lugares, centro de trabajo de la víctima….
Incautación y prohibición de tenencia de armas"….(11)

Vemos cómo será una difícil decisión por parte de la víctima que se encuentra en la disyuntiva de denunciar su situación, o no con las consecuencias que esto conlleva..

9.2.2. Medidas de orden/carácter civil.

Siempre que hayan hijos menores o incapaces, podrían consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos. Éstas medidas tendrán una vigencia temporal de 30 días con la finalidad de incoar un proceso de familia ante la jurisdicción civil, así las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda.

En cuanto a la separación judicial, divorcio y nulidad, será de aplicación el art 107 del CC, en su redacción dada por su última actualización publicada el 03/07/2015 en vigor a partir del 23/07/2015.

Existen una serie de medidas innominadas de protección de menores previstas en el Art.158.3 y 4 C.C. como son; evitar la sustracción de los menores, prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial, prohibición de expedición del pasaporte del menor o retirada del mismo si ya se hubiese expedido, sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio

9.2.3. Orden Europea de Protección de las Víctimas.

La resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010 sobre la igualdad entre hombres y mujeres, insiste en la necesidad de crear la orden europea de protección de las víctimas.

Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección.

En líneas generales podemos decir que contiene el derecho de circulación y residencia que debe estar unido a la seguridad mediante el derecho de la protección. La protección otorgada en un Estado miembro puede ampliarse a otro Estado en el que la persona decida residir. No propone modificar sistemas penales nacionales pero si disposiciones necesarias para el cumplimiento de esta directiva. Sólo es para asuntos penales. Y está destinada a cualquier víctima, no sólo las de género, también para acoso, riesgos de secuestro etc. es solo para víctimas, no para testigos fieles en cambio para familiares del principal protegido o pueden ser menores discapacitados. No es necesario la Resolución firme penal condenatoria. El país de ejecución debe adaptar la medida a su propia normativa. La fecha tope transposición es el 11 de enero de 2015. La elabora el Estado de emisión y la ejecuta el Estado de ejecución.

Se trata de la resolución adoptada por una Autoridad Judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con la medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta esta medida o medidas oportunas con

arreglo a su propio derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida.

SUJETOS:

- La persona protegida titular de la medida de protección adoptada por el estado de emisión.
- La persona causante del peligro.
- El Estado de emisión, adopta una medida de protección que origina una O.E.P. Debe traducir las comunicaciones de la O.E.P. a la lengua oficial del E de recepción.
- Estado de Ejecución, Estado al que se le transmite la O.E.P. para que la reconozca o la ejecute.

PROBLEMAS

- Que el hecho no sea infracción penal en el Estado de ejecución.
- Que el hecho haya prescrito o amnistiado en el Estado de ejecución.
- Vulnere el non bis in ídem en el Estado de ejecución.
- Que los hechos se cometieran en el Estado de ejecución.
- Que el Estado de ejecución no se contemplen los hechos, en cuyo caso está obligado a comunicárselo al Estado de emisión. (12).

10. LA TRATA DE PERSONAS

10.1. Introducción

Se puede decir que es una de las formas de violencia de género más graves que existen hoy día. También denominada la esclavitud del siglo XXI. No debemos pensar que es un fenómeno nuevo, puesto que está muy instaurado en el mundo desarrollado.

Es un fenómeno de preocupantes dimensiones que constituyen las más escandalosas y sangrantes formas de reducción del ser humano a una simple mercancía y representa una de las violaciones más graves de los Derechos Humanos.

A veces las víctimas no dan apariencia de estar esclavizadas, sino de una libertad que realmente no tienen. Es la forma esclavitud más cercana que tenemos hoy en día. Desde hace relativamente poco se la considera como delito, y como tal está tipificada.

Como fenómeno delictivo ha ido evolucionando en su perfil, hoy en día se trata de una práctica globalizada y rentable para sus autores. Está calificado como el segundo delito más lucrativo, sólo superado por el tráfico de drogas y armas.(1)

El término Trata de Seres Humanos es un concepto bastante amplio, no sólo se refiere a fines sexuales, sino que también hay que mencionar que puede ser para extracción y tráfico de órganos, y para explotación laboral. (Art. 177.bis C.P.)Existen grandes problemas para luchar contra esta actividad como son el aparente consentimiento de las personas explotadas, miedo a denunciar y su situación de vulnerabilidad. En ocasiones son las propias víctimas las que recurren a éstas mafias para poder emigrar.

Naciones Unidas, firmado en París en1904, ACUERDO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE TRATA DE BLANCAS,(Enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, nueva York el 4/05/1949 antiguamente el concepto era "trata de blancas", eran las mujeres blancas las más codiciadas en el mercado de esclavas sexuales y normalmente se refiere a países del Este o de África.

Naciones Unidas 1949, CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS, (ya no se usa el término blancas sino personas) Y LA EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA, se establece el término de que una persona puede explotar a otra en forma de prostitución. En vigor desde el 25 de julio de 1951.(BOE A-1962-18282, núm. 230 de 25 de septiembre de 1962)

No es hasta el PROTOCOLO DE PALERMO, (15/11/2000) ratificado por España el 21/0272002, en el que se establece en las mujeres y niños como principales víctimas de este negocio. Entró en vigor para España el 25 de diciembre de 2003.(BOE-A-2003-22719,Núm.296 de 11 de diciembre de 2003.)

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA,(16/05/2005) con ámbito exclusivamente europeo, se firma el Convenio contra la Trata de Seres Humanos en el año 2005 España lo ratifica el 23 de febrero de 2009, entró en vigor para España el 01/08/2009, (BOE –A-2009-14405,núm.219 de 10 de septiembre de 2009)

Según el Protocolo de Palermo (Art.3,a))se trata de " *la captación, transporte y traslado, acogida o recepción de personas"... (* esto sería el acto) *"recurriendo a la amenaza, uso de fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de*

*poder, en una situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos en beneficio para obtener el consentimiento de la persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación.”... (*se tipifican de forma clara cuales son los medios que se utilizan*)…”La explotación incluirá, como mínimo, la explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a a esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.” tiene que haber una continuidad en la relación con la persona tratada que no ocurre en la traficada.*

Cuando se refiere al abuso de poder o situación de vulnerabilidad, en la definición debemos entender de una forma implícita que las personas tratadas pueden ser víctimas también de alguien cercano, como un padre, como un esposo e incluso un líder de la comunidad. Por cuestiones de cultura no rehúsan y se someten voluntariamente a tal situación.

La explotación consiste como mínimo en la prostitución ajena, otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud servidumbre o extracción de órganos." (Artículo 3, a), Protocolo de Palermo). También se pueden ampliar a la explotación de la persona para ejercer la mendicidad, matrimonios forzados o serviles, puesto que casan a mujeres y niñas a la fuerza con unos esposos para ser esclavas de ellos y de sus familias, llama la atención en la mayoría de los casos las diferencias tan grandes de edad entre ambos. La persona tratada también es usada para cometer delitos y conflictos armados, son en este caso los niños los más utilizados en las guerras como kamikazes o como víctimas. El Convenio de Palermo considera estos como trata de personas. "*La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;* (artículo tres c) protocolo de Palermo)"Fuente: Don Joaquín Sánchez Covisa Villa, Extranjería y Cooperación judicial Internacional, CISS, capítulo V.Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 Bis C.P.

Explotación sexual, significa participación una persona en la prostitución, servidumbre sexual o producción de material pornográfico o consecuencia de estar sujeto a una amenaza, a una coacción, rapto , fuerza, abuso de autoridad y servidumbre por deudas o fraude.

Explotación de la prostitución ajena, es el hecho de obtener por parte de cualquier persona un beneficio económico o de otra índole, pero que procede de la explotación sexual de otra persona.

Trabajo forzado, se trata del trabajo o servicio que se exige a un individuo/a con bajo una amenaza para el cual el individuo pues no se ofrece voluntariamente (convenio sobre el trabajo forzoso, OIT).

Esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud, se puede tratar de la servidumbre por deudas, un deudor se compromete a prestar servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce alguna autoridad,(acreedor) como garantía de una deuda o como forma de saldar la misma, también la seria convicción que pesa sobre una persona de haber contraído una obligación basándose en una creencia errónea de que esta establecido por ley, costumbre del lugar, en ocasiones esta convicción pasa de padres a hijos y nietos,,, o acuerdo hecho por terceros sujetos que son quienes realmente adquieren el compromiso para vivir un sujeto esclavizado en una propiedad que pertenece a un tercero y prestarle a este unos servicios sin libertad alguna para cambiar su condición. Por otro lado podemos considerar la mujer, sin que pueda oponerse, que es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, su tutor su familia. También puede tratarse del clásico marido, familia o el clan del marido que se creen con el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera para realizar trabajos en la casa, limpieza, cuidados….

Extracción de órganos la trata de personas para el comercio de órganos humanos sólo ocurre si una persona es transportada con el objetivo de quitar/ extraer sus órganos. El protocolo contra la trata nombra la extracción de órganos, debemos leer entre líneas que se sobreentiende que incluye el transporte de los órganos.

Al mismo tiempo, la trata no se da sola, forma parte de un conjunto de delitos como son amenazas, intimidaciones, coacciones, agresiones sexuales, lesiones, falsificación de documentos, delitos fiscales o blanqueo de capitales y por sus estrechas relaciones con el crimen organizado. Este delito debe ser estudiado en todo su conjunto, Es por ello que se trata de un delito de base incriminatoria bastante compleja

"*Siempre habrán tres elementos: una amenaza, una fuerza y el engaño. La voluntad aunque la persona la preste no es relevante siempre estará viciada, el consentimiento no se tiene en cuenta, siempre hay una captación, un transporte, una cierta organización detrás de esa persona que es tratada*".(1) La persona traficada va "voluntariamente" a otro país, a otro tipo de servicio, trabajo, estudio… y siempre hay una finalidad, en la trata es explotación. Una mujer puede consentir emigrar para trabajar en la prostitución en una ciudad determinada, en un burdel específico, por una

cantidad de dinero determinada. Una mujer puede incluso aceptar trabajar en condiciones muy precarias, con muy poca remuneración. Cuestión diferente es que le retengan su pasaporte, que no le paren en frontera, que la mantengan en condiciones parecidas a una prisión, la amenacen o la intimiden con su familia, y la obliguen a trabajar en servidumbre por una deuda o en esclavitud, es entonces cuando aparece claramente tipificado el delito de trata

Tráfico de personas, se define como "*facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado, parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*."(Resolución 55/25 de a Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. Anexo II. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire , que complementa la Convención de N.U. contra la Delincuencia Organizada Transnacional), .El tráfico de personas implica una transnacionalidad, traspaso de fronteras necesario. La trata en cambio se puede dar dentro de un mismo país sin necesidad de salir del mismo. En el tráfico siempre hay una situación administrativa irregular, en la trata no siempre se tiene que dar. En el tráfico la relación con el traficante finaliza con la llegada al destino en la trata no ocurre lo mismo, la explotación se inicia con la llegada al destino. En el tráfico la relación entre víctima y traficante es voluntaria, no hay coacción y engaño ni fraude en la trata se capta a la víctima y se vulneran sus derechos fundamentales. En la trata de una serie de pagos beneficios que se generan por explotación de las víctimas, no ocurre lo mismo en el tráfico. (18)

En el tráfico se defienden los derechos del Estado, es un delito contra el Estado porque se trata de vulnerar las medidas de control obligatorio, se están introduciendo personas en un Estado de forma ilegal vulnerando así las leyes migratorias, la normativa en extranjería. El sujeto tiene o posee una situación administrativa irregular en el país de destino. La T.S.H. es un delito contra los Derechos Fundamentales de la persona, se atenta contra la dignidad de la persona y no contra el Estado, por ello son delitos diferentes que deben ser tratados en forma diferente.

"La T.S.H. es el segundo negocio ilícito más rentable tras el tráfico ilegal de drogas, afecta a 4 millones de personas al año según la ONU, y 140.000 niñas entran en Europa víctimas de trata con fines de explotación sexual. Según la O I T, a julio de 2012 el número de víctimas del trabajo forzoso incluida la explotación sexual afecta a 29 millones de personas de las cuales 5 millones son menores. Según Naciones Unidas contra la droga y el delito, en el año 2010 el 79% de las víctimas de trata lo eran con fines de explotación sexual." (1)

"La Organización de las Naciones Unidas (ONU) estima que entre 4 y 5 millones de personas son víctimas de trata. Cada año entre 600.000 y 800.000 personas cruzan las fronteras internacionales como víctimas de trata. De esta cifra el 80% son mujeres, adolescentes y niñas y el 50% son personas menores de edad. En el caso de trata con fines sexuales, una abrumadora mayoría del 98% la representan mujeres y niñas, porque "la trata está directamente relacionada con la posición de las mujeres en la sociedad y con la feminización de la pobreza", convirtiéndose en" una nueva forma de esclavitud". Aproximadamente 100.000 mujeres y niñas entran cada año en los países de la Unión Europea como víctimas de trata con fines de explotación sexual. Según la ONU, la trata de mujeres con fines de explotación sexual ha aumentado en los últimos años paralelamente al desarrollo de la industria del sexo, moviendo en el mundo entre 5 y 7 billones de dólares, solo en Europa manejan unas cifras cercanas a los 3 billones de dólares. La industria del sexo se está convirtiendo en un sector clave del mercado mundial, junto con las "todopoderosas industrias" de armas y del narcotráfico. Se estima que las ganancias anuales por el delito de Trata de Personas pueden alcanzar hasta los 10.000 millones de dólares. El 85% de los beneficios económicos estimados por trata de personas proviene del comercio sexual.

España encabeza la lista de países europeos consumidores de prostitución (39%) y representa un valor atípico en Europa, al igual que Puerto Rico (61%) en América del Norte. El porcentaje correspondiente a Tailandia es aún superior (73%). En España, en el caso de la trata con fines de explotación sexual, la mayoría de las víctimas son mujeres de entre 18 y 25 años provenientes de Brasil, Bulgaria, Colombia, Ecuador, Nigeria, Ucrania, Rusia o Rumanía principalmente. Entre el año 2002 y 2007, el delito de la trata en España ha crecido en general en todas sus formas de explotación. Si en 2002, fueron 1.700 los delitos registrados, en 2006 fueron 2.700. El número de víctimas en estos últimos cinco años es de 12.368, de las que el 57% son mujeres y el 20% son menores. Además, destacan, respecto a este mismo periodo, que el 90% de las víctimas de trata en España son europeas, seguidas de las provenientes de África y de Asia. España se ubica entre los primeros países de la Unión Europea en consumo de prostitución...".*(El Instituto Canario de Igualdad (ICI) lanza una campaña de sensibilización con motivo de la celebración del Día Internacional contra la Explotación Sexual y el Tráfico de Mujeres, Niñas y Niños,2Por ti hay Trata"24/09/2015)*

Se trata de un delito que no es neutral en el género, ataca o afecta a mujeres de una forma desproporcionada. Las mujeres se ven más afectadas por la desigualdad en el país de origen, desigualdad en la educación, feminización de la pobreza, estos factores hacen que las mujeres sean las más fáciles de captar puesto que al no tener acceso a la educación buscan un trabajo con el que salir adelante.(1)

<u>País de origen, de destino, país de tránsito.</u>

…"Básicamente la presencia de los traficantes son Europa occidental, Balcanes, África septentrional, Turquía, Nigeria y China. Éstos son los grupos fundamentales de la mafia de la Trata.

Éstos no son los únicos, también el traficante de T.S.H. puede tratarse de personas allegadas en las cuales se deposita mucha confianza, pueden ser miembros de las propias familias, vecinos... Son los que captan y tienen un mayor grado de confianza con la familia. Aunque el 80% de los 155 países analizados sobre la T.S.H. por Naciones Unidas cuentan con algún tipo de legislación sobre este delito, el 40% de estos nunca ha registrado una Sentencia condenatoria por este delito.

Los países de origen son prácticamente los de toda Asia y de Europa Oriental, los de África en segundo lugar y los América del Sur y México… Países que funcionan del tercer al primer mundo. Se trata de países donde la criminalización de la mujer es muy fuerte, países donde la mujer es un objeto.

Los países de destino son países sobre todo del primer mundo como Estados Unidos Italia Japón, Arabia Saudí… son países con fuerte poder económico."(1)

En el caso concreto de España, los informes de Naciones Unidas consideran que no actúa como país de origen, sino que es utilizado en un grado que se califica de bajo como país de tránsito de víctimas de la trata procedentes de Brasil, América del Sur y África. Sin embargo, y siempre según esta fuente, se asigna nuestro país una importancia alta como lugar de destino, recibiendo víctimas que proceden de Colombia, República Dominicana, Nigeria, Rusia, Ucrania, Rumania, Bulgaria, Brasil, Croacia, República Checa, Hungría, Marruecos, Polonia y otros países en menor proporción".(1)

"En concreto en Canarias, tenemos a pocos kilómetros/millas la costa occidental africana, con millones de personas sin futuro, con una media de edad de entre 20-22 años siendo la tasa de mortalidad muy elevada. Desde hace algunos años, Canarias está fuera de las líneas generales de la inmigración. Ésta se enfoca más hacia el Mediterráneo siendo la vía mayoritaria la de Libia. Las rutas por las que las víctimas acceden al territorio nacional en concreto Canarias, son varias entre ellas cabe destacar el aeropuerto de Dakar, suelen entrar con documentación falsa, pasaporte o visados

falsos la vía de los cayucos desde Mauritania y Senegal, y la vía de las pateras, o vía sub-Sahariana, de esta última destaca su notable disminución en los últimos años." (13)

La T.S.H. No suele darse sola, suele estar relacionada con cierto tipo de delitos como puede ser el delito de tráfico de drogas. A esto le sumamos cierto tipo de conflicto armado, en las corrientes migratorias se ha detectado en alguna ocasión la participación de grupos integrantes en conflictos bélicos aunque inactivos. Tengamos en cuenta que uno de estos países es Nigeria, (14) no es descabellado pensar que en un momento dado cabe la posibilidad de que esta red pueda utilizar esta vía de inmigración para llegar hasta Europa.**(13)** .

"En cuanto a los **flujos migratorios**, son diversas las causas que lo fomentan, entre ellas podemos citar económicas pues buscan un bienestar mayor, un mejor nivel de vida. Causas naturales como pueden ser terremotos, inundaciones. Las causas también pueden tener naturaleza política pues no son pocas las personas perseguidas por motivos políticos como también por motivos religiosos o culturales (mujeres que huyen de prácticas como la MGF en sus países de origen).

La gente sin escrúpulos se aprovecha de la necesidad humana de moverse, de buscar mejor vida para generar dinero creando una especie de "agencia de viajes". De la misma manera que se compra y se vende drogas, armas,… A cambio de dinero en la T.S.H. también se vende y se compra pero en éste caso se trata de seres humanos."(15)

Los movimientos migratorios pueden tener causas naturales, la propia gente es la que se mueve de un lado a otro buscando una mejor vida. Pero este no es el caso que nos ocupa. Existe otro tipo de flujos migratorios que como característica principal no tiene nada de voluntariedad.

- "Ruta del Este- Rusas, rumanas y búlgaras, atraviesan los países de última incorporación a Schengen, sus fronteras son todavía algo más permeables hasta llegar a España como destino.

- Países asiáticos, existe todo tipo de rutas, van a África y de allí a Europa, o también por vía aérea a Rusia y desde allí siguen las rutas del Este."(15)

En África, coexiste un amplio abanico de situaciones al margen de la ley, comprendida en su mayoría ente los territorios de Mali y Níger, sobre todo el tema que nos ocupa, la trata y el tráfico." En cuanto a Canarias, la vía principal es por el Sáhara occidental, tanto la víctima y los integrantes de la red en su mayoría son de origen nigeriano." (15)

Nigeria es el país más poblado de África donde existen mayores desigualdades tanto económicas como sociales. Se trata de un país con mucha riqueza, es uno de los principales exportadores de petróleo. Sin embargo, sus ingresos no revierten en la población .El 80% de los beneficios del petróleo repercuten sobre aproximadamente el 1% de la población. Existen importantes conflictos de carácter religioso, el país se halla dividido el norte de mayoría musulmana y el sur de mayoría cristiana. "A esto hay que sumarle la implantación obligatoria de la Sharía por Boko Harán y su organización, que controla la zona noreste del territorio" (14). …"Todo ello ha sumido al país en una situación de auténtico conflicto. Pues es importante tener en cuenta la influencia que ejerce en el Estado la cultura del Islam, predomina la colectividad sobre el individuo, lo colectivo sobre lo individual así lo que es bueno para el grupo también lo es para el sujeto. La tradición recoge que son los hijos y sobre todo en las hijas, las que han de satisfacer los deseos de las familias". **(16)**

¿Podría considerarse algo descabellado entender que la trata es aprobada de alguna manera por la propia familia? Aunque hay que matizar, que lo que realmente conocen es el hecho de la inmigración de la víctima en busca de un trabajo o de una mejor vida tanto para la víctima como para la propia familia y no el contenido íntegro en lo que consiste la trata.

10.1.1 La organización de la T.S.H

A la cabeza de la estructura nos encontramos con la madame, cuya misión consiste en controlar a las víctimas en el destino de la explotación, en España y en el caso que nos ocupa en Canarias. Se encarga de seleccionar a las víctimas en origen a través de los reclutadores, pagando los gastos de transporte de las víctimas, contrayendo así a través de una deuda, una obligación casi contractual. La víctima deberá pagar un precio acordado por la madame.

Los guías o captadores, son los encargados de la captación y traslado de las mujeres. Normalmente hasta la frontera norte de África, a la espera de un pasador que produzca el salto Europa a través de España.

Los pasadores, se trata de personas que suelen residir en Marruecos, Argelia y Libia, (países fronterizos con el primer mundo), que es donde se produce el contacto para pasar la frontera. El pasador podrá formar parte de la red o puede ser otra persona ajena a esta con la que se contacta para prestar este servicio, incluso puede pertenecer a una red de tráfico. .(16),(18)

10.1.2 La captación de las víctimas, formas de llevar a cabo

El enganche, las víctimas en general, son captadas por métodos fraudulentos, por engaños por anuncios en prensa, Internet, incluso referencias de familias, de conocidos, agencias de viajes, de modelos, manipulación sentimental con promesa de matrimonio lo que se suele ver cómo matrimonios por Internet. (1)Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la captación suele realizarse con la ayuda de un enlace de su confianza, puede ser un nativo de su aldea, un familiar o allegado a la familia o incluso vecino, pero siempre de mucha confianza quien entra en contacto con ella, a través de engaños, se les ofrecen puestos de trabajo como peluquerías, cuidadoras de niños o de personas mayores, asistentas en las viviendas etc.… En ocasiones es la propia familia de la víctima quien cede a sus hijos o incluso a sus hijas a cambio de dinero o en pago para así condonar deudas contraídas ignorando la finalidad de la misma.. Comienza una fase de engaño o de falsas expectativas que se basa en emigrar a países del primer mundo para prosperar y poder regresar o mandar dinero a su familia, en trabajo no cualificado como puede ser el trabajo doméstico cuidado de niños o ancianos trabajo agrícola, construcción a, la gran mayoría de las veces la promesa se traduce en trabajo. En ocasiones incluso con el engaño de trabajar para una agencia de modelos, No se conoce que el destino final de la víctima sino cuando ya ha pasado la frontera de su país, es cuando empiezan a ser objeto de malos tratos, violaciones, y son informadas de su destino para la explotación sexual en otro lugar. Que no es otro que el trabajo ilegal, la prostitución. (18)

10.1.3 Boy friend o lover boy.

Se trata de una persona que establece una relación afectiva con la víctima ya decidida de antemano por la red. Enamorará a la víctima y ella lo acompañará en su periplo hasta el lugar de destino decidido por la red con frecuencia la dejara embarazada, pues es un elemento clave ya que este embarazo y la futura tenencia del bebé provocará que el niño se convierta en muchos supuestos en un bebé "ancla". Lo que provocará, una vez la mujer pase la frontera no sea expulsada o devuelta a su lugar

de origen.(16), ("loverboy, el hombre del que toda mujer debería huir" diario ABC.http.//www.abc.es/espana/201507/abci-explotacion-sexual-menores-201507181751.html)

No siempre el traslado de las víctimas se realiza de forma clandestina. Las personas pueden ser introducidas en las fronteras de forma legal o ilegal. Se les puede facilitar o proporcionar la documentación necesaria y algo de dinero para traspasar la frontera incluso billetes de tren o autobús normalmente cerrado a los 90 días permitidos para una estancia regular cuando se trata de mujeres o menores, el transporte puede ser individual, utilizando bien el avión o bien en el caso de países SCHENGEN pueden ser transportadas posteriormente en coche o autobús al territorio de destino. El traslado puede ser directo o pueden haber escalas, en cada una de esas escalas un miembro del grupo delictivo organizado se va encargar del enlace, lo despachan y la entrega al siguiente enlace. En el caso de que el traslado implique un cruce de fronteras se le proporcionará la documentación falsa y una serie de instrucciones que sin duda alguna cumplirá (asesoramiento de cómo se tiene que portar de lo que tiene que decir etc.) (16)(18)

Una vez finalizado el viaje, al llegar a su destino final, comienza la fase de explotación la víctima es dirigida por un miembro del grupo tratante, se le despoja de todos sus enseres y documentos y la víctima inicia así una relación de dependencia económica a la fuerza, a base de palizas malos tratos, violaciones, todo tipo de vejaciones y sobre todo, se las amenaza con hacer daño sus familiares en sus países de origen porque las redes saben de dónde proceden y hasta incluso pueden tener colaboradores de entre sus propias familias.(18)

El maltrato psicológico y físico a base de golpes, chantajes, amenazas, son frecuentes pero, la característica particular es que cada mafia es diferente por ejemplo las de Europa del este se caracterizan por su crueldad.

Las víctimas son obligadas a realizar trabajos ilegales o forzados, privándoselas de libertad y del dinero ganado, en condiciones infrahumanas.

10.1.4 La deuda

En ocasiones, la explotación comienza por hacerles pagar a las víctimas una deuda normalmente sobredimensionada, contraída por los gastos de viaje , estancia y

documentación (DEBT BONDAGE), posteriormente continuarán en el trabajo a base de coacciones vertiendo amenazas sobre sus personas o los familiares que tienen en el país de origen etc. esta deuda ya excesiva, aumentará una vez encuentren destino incluso por el "sistema de multas" pues muchas veces las propias redes imponen multas a sus víctimas bien porque tenga mal comportamiento, desobediencia, no rindan lo necesario…(16) (17)

La causa principal que genera la trata de personas es siempre la demanda, con ello me refiero tanto a los intermediarios de la red de Trata, como a los usuarios de la prostitución, traficantes de órganos, empresarios sin escrúpulos…

Las mujeres son tratadas como ganado, sobre todo las asiáticas y las africanas. Muchas mujeres entran en España por avión, y después son llevadas a su lugar de destino una vez captadas. La realidad en la que se encuentran las víctimas cuando llegan, independientemente de lo que se les prometa, es explotación sexual, el pago de una deuda, maltratos físicos y psicológicos., La situación de ilegalidad las condiciona muchísimo, piensan que por encima de todo son ilegales se les ha contado una historia de que serán detenidas y que por ello pueden ir a la cárcel, si salen de esa situación si denuncian, les espera la cárcel y por supuesto la represalia contra todos sus seres queridos.

El perfil de las víctimas suelen mujeres y niñas/os de zonas rurales y barrios marginales, extranjeras de minorías étnicas, en general.

Las víctimas nunca tienen relación con los dirigentes, siempre tratan con los llamémoslos peones, que son quienes las tienen encerradas, las visten, se las manejan. No cuentan tampoco con información adecuada del grupo delictivo, aunque crean saber de la red, no pueden decir nada porque ellas no saben realmente nada, no saben quién está detrás de todo, tan sólo pueden saber quién las captó pueden saber quién las violó. (18)

Es un negocio lucrativo bastante fácil, con poco riesgo. Hoy día es muy difícil reunir pruebas para incriminar y condenar estas redes. Las víctimas suelen expresar vergüenza y temor a tener que regresar a sus países de origen, especialmente en los casos de explotación sexual por motivos de carácter cultural, como ocurre en los países asiáticos, India sobre todo, los países islámicos donde estas mujeres no pueden tener retorno puesto que en algunos de estos países e incluso lapidan a mujeres que son

violadas. Con que lo tiene muy difícil si se han dedicado una u otra forma a la prostitución.

Los factores sociales también son decisivos como el ser madre soltera,(ésta mujer no será aceptada por ejemplo en una sociedad de origen islámico pues vulnera no sólo sus creencias sino que situaciones como ésta no tiene cabida en algunas de éstas legislaciones, se considera que de alguna manera ha faltado el respeto a su familia), cabeza de hogar, violencia intrafamiliar, violencia sociopolítica, (el querer salir un país en guerra o con violencia), los desastres naturales, pues personas que lo han perdido todo buscan una forma de subsistir. También los factores estructurales como bajo nivel educativo, desconocimiento los alcances reales de la trata, factores psicológicos como baja autoestima, antecedentes de maltrato desde la infancia, antecedentes de abuso sexual, prostitución e incluso antecedentes penales.

En muchas ocasiones las personas tratadas comienzan como inmigrantes buscando trabajo, son introducidos dentro de lo que es la corriente migratoria por la demanda de mano de obra en otros países. Al mismo tiempo las leyes de inmigración suele ser bastante restrictivas, y se obligan a buscar a personas que les ayuden a emigrar sin la documentación necesaria personas que en la mayoría de las ocasiones son tratantes.

Las consecuencias físicas o las lesiones, enfermedades de trasmisión sexual, que prácticamente todas tienen, embarazos no deseados, aparte de quedar marcadas de por vida a nivel psicológico. Rechazo por parte de sus familiares o de su comunidad, la estigmatización... cambios de conducta, agresividad, culpabilidad, consumo de alcoholismo, adiciona estupefacientes…

Los mecanismos de control que utilizan estas mafias son la violencia física, psicológica o sexual para someter a las víctimas. Éstas están muy aleccionadas, por ejemplo saben lo que tienen que decir en caso de controles, redadas etc. la amenaza del encarcelamiento o deportación si hablan, represalias directas de sus redes, retención de sus documentos de viaje o pasaportes, el lamento social o lingüístico, puesto que la mayoría de las víctimas no conocen el idioma no saben dónde están, se las cambia constantemente de lugar, impiden que se puedan relacionar de alguna manera con las personas autóctonas y que puedan ser reconocidas…. Se las priva de asistencia médica alguna estando expuestas a este tipo de vida... Se le suministra incluso de forma obligada al alcohol y drogas puesto que es una manera de engancharlas para poder

someterlas con mayor facilidad, también se utiliza la santería y el vudú pues resulta efectivo con determinados grupos y culturas.(18)

Hay bandas que incluso les hacen una marca tatuada que viene a ser un auténtico código de barras. (Diario ABC, Madrid, 24/03/2012,"Detenidos dos clanes de proxenetas que tatuaban códigos de barras a mujeres)

"De esta manera vemos como la libertad se encuentra limitada, el control en ocasiones se hace desde el país de origen a través del vudú,, suele ser suficiente para que las víctimas sigan cumpliendo con el pacto realizado. Se trata de una creencia ancestral, afianzada en el golfo de Guinea de donde procede, las redes utilizan esta táctica para crear en la víctima un sentimiento de amenaza, muerte, enfermedad, locura en el supuesto de que la víctima no cumpliera con lo que se espera de ella lo cual provoca una sumisión total y absoluta en las víctimas (2) Las redes lo que hacen es imponer un aislamiento social. Obligan a las víctimas aislarse de la sociedad de acogida, en este caso de la sociedad española y en concreto de la canaria. Las redes utilizan las amenazas y la violencia física, tanto con las propias víctimas como sus familiares. Otra forma de control se lleva a cabo a través de los hijos/hijas anclas. Pues una vez se traspasa la frontera y empiezan a trabajar, son sustraídos a sus madres como forma de garantía. Por ejemplo, la "Operación Fortuna", los hijos se encontraban en Madrid con otro integrante de la red mientras las víctimas se encontraban ejerciendo la prostitución en Canarias o Baleares." (16)

España es un país gran consumidor de prostitución. Recibe víctimas de Colombia, República Dominicana, Africanas como Nigeria, Rusia, Ucrania, Bulgaria, Polonia, Brasil... Influye de forma notable, la pobreza existente en ciertas regiones cercanas a nivel geográfico como puede ser África. A las víctimas se las dota de un prostíbulo para que no se relacionen ni se enganchen a ninguna persona, se las va cambiando de prostíbulo en prostíbulo. Las edades suelen estar entre 18-30 años, y muchas veces más jóvenes. Son Madrid, Castilla La Mancha y Valencia los que mayores concentraciones de víctimas y burdeles tienen.

Algunas víctimas, cuando ya han pagado o liquidado su deuda, continuarán ejerciendo la prostitución porque no saben dónde ir ni qué hacer, no quieren volver a su país de origen. Muchas veces no pueden volver a su país de origen y continuan trabajando" y ayudando a la familia. Algunas de ellas incluso integran las redes. En ocasiones se les permite salir a cambio de conseguir a otra mujer de su país e incluso suelen ser de sus propias familias y amigos. (18)

El convenio del Consejo de Europa sobre la trata se firmó en Varsovia en el 2005, España lo ratifica en 2009, es la base a nivel legislativo sobre todo en el Código Penal, es fundamental. La nueva reforma penal endurece las penas sobre la Trata. El Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación Sexual 2009 -2012 y su antecesor, el de 2008-2011.

La L.O. 5/2010, introduce por primera vez la Trata de Seres Humanos, antes no era delito, simplemente agravaba el delito de Tráfico Ilegal de Inmigrantes. Antes no existía el delito de T.S.H sino de Tráfico Ilegal de Inmigrantes con la agravante cuando además explotaba sexualmente, con lo cual de alguna forma se puede considerar que estaría contemplada la trata a nivel interno.(Art.318.Bis 1 y 2,L.O. 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal)

10.2. La Trata de Seres Humanos y el Tráfico Ilegal de personas. Regulación en el Derecho Internacional

10.2.1-El delito de T.S.H.

"Se trata de un delito cuya finalidad no es sino la explotación de los seres humanos mediante su conversión en meros objetos sexuales, herramientas laborales o almacenes vivientes de órganos para trasplantar. El tratante utiliza cualquier medio para anular la resistencia de la víctima, pero antes debe seleccionarla entre personas especialmente vulnerables e indefensas bien por su origen, formación, pobreza"…,… "En este tipo de delitos, normalmente es necesario separar a la víctima de su entorno más inmediato (familiar, cultural o social) se la desplaza a un entorno extraño puesto que será más fácil su dominación. Lo normal, es que participen varios individuos de forma organizada, cada uno de ellos asumirá una función diferente dependiendo de las fases en las que se desarrolla esta actividad. Unos asumirán la selección y captación de la víctima, otros su transporte o traslado al lugar donde va ser explotada, y otros la recepción en lugar de destino donde se llevará a cabo la explotación."(19).

"El delito de trata de seres humanos es un atentado contra los Derechos Humanos en general, y contra la dignidad de la persona en particular. Debe quedar claro que no existe trata de extranjeros, existe trata de seres humanos". (1)(19)

"La víctima de trata, aunque haya sido desplazada a un Estado en el cual se encuentra en situación de irregularidad administrativa, no puede ser considerada como una inmigrante en situación de ilegalidad. Tengamos en cuenta que el traslado se ha hecho en contra de su voluntad bien utilizando la fuerza o bien con consentimiento

viciado. El Estado de destino debe preocuparse de la protección integral de la víctima identificada, recuperar la física y psicológicamente, lograr que sea convenientemente indemnizada y garantizarle todos los derechos que le ampare la legislación. Sólo en el caso de que corresponda con su interés superior, podrá ser retornada su país o región de origen".(19)

"En la actualidad España tiene firmados instrumentos internacionales reguladores del delito de trata de seres humanos algunos de ellos son:

- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Adoptada por la Asamblea General de N.U. el 2/12/1949. Entrada en vigor en 1951.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 aprobada por N.U.-Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, Roma el 4 de noviembre de 1950, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966.(BOE-A-1979-24010.Núm.243 de 10/10/1979)
- Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.(BOE –A-1984-6749. Núm. 69 de 2170371984)
- Protocolo de Palermo, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transaccional hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (instrumento de ratificación, B.O.E. Núm. 296 de 11/12/2003);
- Directiva 2011/36/ U.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión 2002/629 de 19 de julio, (DOUE Núm. 101 de 15 de abril de 2011.DOUE-L-2011-80799, se traspone por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, BOe-A-2015-34399).
- Directiva 2004/81/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las Autoridades competentes.
- Convenio del Consejo de Europa, convenio de Varsovia, sobre la lucha contra la trata de seres humanos aprobado en Varsovia el 15 de mayo de 2005 (Instrumento de ratificación, B.O.E. 10/09/2009)."
- Directiva 2012/29/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

Con este marco jurídico, El Estado español adquiere la obligación no solo de tipificar y por ello de penalizar el delito de trata de seres humanos (Art. 177.bis C.P.), sino la obligación de adoptar medidas de asistencia y protección a las víctimas, (tengamos en cuenta los Art 59 y 59 bis LOEx.), para ello el Estado debe regular acciones y establecer políticas de prevención y a la vez aplicar los instrumentos legales de los que es parte.

Concepto de trata de seres humanos. Protocolo de Palermo TSH..

Artículo 3.a) "*Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*".

Artículo 3, b) *"el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación sexual intencional descrita en el apartado a)… no se tendrá en cuenta cuando se ha recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado*"

Artículo 3 c "*la captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados…*".

Artículo 3 d) *"Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años."*

Este delito tiene una naturaleza bastante compleja, puesto que la acción, el medio comisivo, la tendencia o finalidad, incluso la mera actividad son de una naturaleza bastante compleja puesto que en todos concurre una concurrencia de acciones. En cuanto a la acción, nos habla de captación, traslado o recepción, cualquiera de las tres es válida .En cuanto al medio, puede ser engañoso, intimidatorio o abusivo de una situación de poder. Con la tendencia no específica, nos dice la explotación en cualquiera de sus modalidades y por último en cuanto a la actividad no exige la explotación efectiva sexual, laboral, o extracción de órganos de la víctima. En el caso de que se produjera estaríamos ante un concurso de delitos.(19)

Con esto podemos afirmar que el delito de trata de seres humanos estará consumado cuando a través de los medios que se señalan se realice la captación o reclutamiento de una persona con la finalidad de explotarla. No es imprescindible para la consumación del delito que se haya realizado el transporte o traslado al lugar de destino, se haya producido la recepción, ni haya sido efectivamente esclavizada.(19)

Artículo 5.1 **"**Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 , cuando se cometan intencionadamente".. "Impone a los Estados que han suscrito este protocolo, que tipifiquen en su derecho interno como delito estas conductas cuando sean de carácter transaccional y entrañen la participación de un grupo organizado. ."..(19) A su vez , el artículo 4.recoge: …"el presente protocolo se aplicará a la prevención , investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos".

Todo ello no debe considerarse un obstáculo legal para que los Estados parte puedan y deban tipificar la trata interior o doméstica de seres humanos llevadas a cabo por tratantes que no pertenezcan a ninguna organización criminal obviando el carácter transnacional en éste supuesto. Artículo 177 bis.1 CP " Será castigado…..el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella,"…No ocurre lo mismo con el delito de Tráfico, pues en éste si es necesario la violación del bien jurídico , el derecho del Estado de controlar los flujos migratorios ,infringiendo la normativa (normativa de extranjería) que regula el traspaso de fronteras.

"Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo de 1995 (A4- 326/95, DOCE 05/02/1996), "acto ilegal de quien, directa o indirectamente, favorece la entrada o la estancia de un ciudadano procedente de un tercer país con el fin de explotar valiéndose de engaño o de cualquier otra forma de constricción o abusando de una situación vulnerable o de incertidumbre administrativa". Más tarde, **la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998** completa la definición de trata de seres humanos, y se incluye en el anexo **del Convenio Europol (1299/C 26/05)**, de tal forma que la definición queda modificada de la siguiente manera: "acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante el engaño, en particular con objeto de entregarla a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños. Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil". ."..(19)

Vemos de esta manera, como la definición de la conducta típica de la trata de seres humanos…"ha sufrido una evolución en un principio, se caracterizaba por una cierta indecisión confundiéndose o llevando a confusión con otras figuras conexas como puede ser la inmigración ilegal. Hasta que, se llega al mismo concepto que establece el protocolo de Palermo TSH, recogido en la **Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, 19 de julio de 2002** relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Ésta Decisión tiene causa en la firma por la Unión Europea del Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y de los protocolos adjuntos sobre la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y contra el tráfico de emigrantes por tierra aire y mar, en nombre de comunidad europea. Se cumple con la **Decisión del Consejo, de 8 de diciembre de 2000, 2001/87/CE**. Así vemos como en la definición contenida en el artículo 1 de la Decisión Marco TSH, es una copia literal del concepto que realiza el Protocolo de Palermo de TS H. Sólo hay que hacer una apreciación, existe una única diferencia del concepto, en cuanto a que el abuso de poder o vulnerabilidad tiene que ser de tal intensidad que la persona no tenga una alternativa real y aceptable respecto de someterse al abuso"….(19) Hoy día la Directiva 2011/36/ U.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y sustituye a la Decisión 2002/629 de 19 de julio, (DOUE Núm. 101 de 15 de abril de 2011.DOUE-L-2011-80799, se traspone por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, BOe-A-2015-34399)

Teniendo en cuenta a D Don Joaquín Sánchez Covisa Villa, en "Extranjería y Cooperación judicial Internacional, CISS, Capítulo V. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 Bis C.P." efectivamente, la Decisión marco 2002/629/JAI, no incluía en su artículo 1, "Infracciones relacionadas contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual" la extracción de órganos como uno de los fines de la trata, en cambio el protocolo de Palermo sí. Por otro lado incluye la pornografía como explotación sexual artículo 1.d)…"con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.". La comisión del delito por organizaciones criminales, se considera como una circunstancia agravante, no siendo requisito necesario para su consumación. Artículo 3.d)…"que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción Común 98/7337JAI con independencia del nivel de la pena que la misma se contempla. "Tampoco exige que tenga que ser transnacional, así la captación, traslado y recepción pueden ser realizadas dentro del territorio de un solo Estado..."… (19)

El Convenio del Consejo de Europa, convenio de Varsovia, sobre la lucha contra la trata de seres humanos aprobado en Varsovia el 15 de mayo de 2005 (Instrumento de

ratificación, B.O.E. 10/09/2009.En su artículo 2, extiende su ámbito de aplicación, "a todas formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada".

En su artículo 3, establece el principio de no discriminación "*la aplicación por la Partes de las disposiciones del presente convenio , en particular el disfrute de las medidas destinadas a proteger y promover los derechos de las victimas debe garantizarse sin discriminación alguna, en particular basada en el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otro tipo, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría étnica, el nivel adquisitivo, el nacimiento o cualquier otra condición*".

Es en su artículo 4 donde da la definición de trata de seres humanos, la misma definición contenida en el protocolo de Palermo TSH Artículo 3, *"Definiciones"*, apartado a, pero añadiendo en el artículo 4.letra e), lo que se entiende por víctima" *toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo"*.

Así, en los instrumentos que estamos estudiando, la trata de seres humanos puede ser exterior porque el delito traspasa fronteras, e interior, si el delito se comete con todas y cada una de sus conductas en un solo territorio nacional independientemente de la nacionalidad de las víctimas, el delito viene siendo el mismo, no puede haber por ello ningún tipo de discriminación.

Artículo 18 Convenio Consejo de Europa, ""*Tipificación de la TSH, " Cada parte adoptará las medidas legales y otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracciones penales los actos descritos en el artículo 4 del presente Convenio, cuando se cometan intencionadamente"*

Artículo 19,"*Ttipificación de la utilización de los servicios de una víctima". "Cada parte estudiará la posibilidad de adoptar las medidas legales y otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal, de conformidad con su derecho interno, la utilización de que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del artículo 4 del presente Convenio a sabiendas que la persona es víctima de trata de seres humanos"*

El Consejo de Europa persigue a los que "con conciencia utilizan los servicios de una persona esclavizada, de esta manera interpreta la esencia del delito de la trata de seres humanos. Este precepto persigue al cliente de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, se valora que este personaje es causa generadora de la trata en cuanto que favorece la demanda que desencadena todo este proceso. Pero merece un reproche pues al acceder a tener relaciones carnales con una persona que no ha prestado

libremente su consentimiento y es conocedor de esta circunstancia, además de estar abusando sexualmente de ella contribuye al mantenimiento de la trata formando así parte del último eslabón de este delito."..(19) No debemos limitar o restringir el concepto de trata a fines de explotación sexual solamente, el artículo 177.Bis del C.P. apartado 1, recoge los cuatro supuestos en los que se considera que existe trata de seres humanos ."a) Imposición de trabajos servicios forzados, esclavitud…b) explotación sexual y pornografía c") extracción de órganos corporales y d) celebración de matrimonios forzados.

La Directiva 2011/36/ U.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye a la Decisión 2002/629 de 19 de julio, (DOUE Núm. 101 de 15 de abril de 2011.DOUE-L-2011-80799, se traspone por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, BOe-A-2015-34399). Se…"armoniza el Derecho de la Unión Europea con los instrumentos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa. Se mantiene la definición común de trata de seres humanos, se corrige la omisión de la Decisión Marco TSH pues se incorpora el supuesto de trata con fines de extracción de órganos. Se actualiza el concepto de explotación laboral haciendo mención a la explotación de actividades asociadas con la mendicidad. Del Convenio de Varsovia TSH, toma la iniciativa de proponer a los Estados Miembros la posible orden de no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trata de seres humanos por haber estado implicadas en actividades ilegales vinculadas a los medios utilizados para su sostenimiento como pueden ser infracciones de las leyes de inmigración, uso de documentación falsa y delitos contemplados por las leyes relativas a la prostitución. Sin embargo no se asume la persecución de los clientes o usuarios de las personas esclavizadas con conciencia de su situación como recogía el Convenio de Varsovia, tan sólo se limita a trasladar a cada Estado la posibilidad de tipificar este tipo de acciones."..(19)

10.2.2 El tráfico ilegal de inmigrantes e inmigración clandestina.

En el delito de trata los instrumentos nacionales e internacionales a la hora de su regulación jurídica tienen como objetivo salvaguardar los derechos fundamentales, en concreto la dignidad de la persona, pues éste el derecho que se vulnera principalmente No ocurre lo mismo con el delito de tráfico ilegal de inmigrantes, existe una gran variedad de intereses personales, materiales, de cualquier índole, que afectan a la persona inmigrante pero sobre todo a los propios Estados cuya normativa se vulnera, es un delito contra el Estado. Así tanto en el delito de tráfico ilícito de personas como en el delito de inmigración clandestina, el sujeto inmigrante es el sujeto pasivo que ha decidido abandonar el Estado de origen donde reside de forma legal a otro distinto, traspasando o cruzando la frontera(transnacionalidad) por aire, tierra o mar, fuera o al margen de la ley, con plena conciencia y voluntad de infringir las normas de extranjería del Estado de destino reguladoras de la entrada y estancia de extranjeros en su territorio, el sujeto es consciente de la situación administrativa irregular en la que se encuentra. El sujeto activo será el traficante como persona física u organización, quien facilita el

traspaso de la frontera. El acto consiste en facilitar la entrada (bien por avión, en tren, barco….) de forma ilegal de una persona en un Estado parte con la finalidad de obtener un beneficio. Por ello es necesaria la transnacionalidad para consumar el delito.(Articulo 318 bis CP y artículo 3.a) del INSTRUMENTO de ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transaccional Hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.(instrumento de ratificación por España, B.O.E. 10/12/2003)

La decisión migratoria ha sido adoptada aparentemente sin coerción de tercera persona independientemente de los motivos que le lleven a hacerlo, lo normal es querer alcanzar una mejor calidad de vida

Cuando logra llegar al país de destino, una vez en él, su situación administrativa irregular, pues ha entrado de forma ilegal en el país, (no tiene permisos ni documentación) le impide llevar a cabo actividad laboral legal alguna, no puede trabajar en condiciones de igualdad con los nacionales del país o con otras personas inmigrantes que si están autorizadas. En el caso de que encuentre un empleo será un empleo precario, carente de amparo legal, sin cotización a la seguridad social, (no se le puede dar de alta) solo tendrá algunos derechos sociales, muy básicos. La situación en la que se encuentra el sujeto inmigrante, le impide poder pedir auxilio judicial, ni el auxilio de la administración, (si podrá empadronarse en el municipio donde resida) No accederá a ningún tipo de ayudas, ni subsidios como el de desempleo. En el caso de no tener medio de subsistencia alguno podrá caer la marginación, lo que le puede conducir a la mendicidad, a la delincuencia, e incluso a ser víctima de cualquier tipo de explotación por terceras personas sin escrúpulos.

Según D.Joaquín Sánchez Covisa Villa, "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Art 318 bis CP" en "Extranjería y Cooperación judicial Internacional", CISS,(19) en concreto en el Capítulo V apartado 2.2"el delito de tráfico ilegal de inmigrantes, el delito de inmigración clandestina y el delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares" "no podemos confundir el ***tráfico ilegal de inmigrantes*** tipificado por Naciones Unidas con el **delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular** definido por el derecho penal de la Unión Europea ni con el **delito de favorecimiento de la inmigración clandestina** a que se refiere el Código Penal español." Vemos como en los tres casos hay un elemento común que es el favorecimiento de la entrada, circulación o estancia ilegal de inmigrantes pero en el caso concreto del delito de tráfico ilegal prevalece "la necesidad de proteger a la persona o sujeto inmigrante para evitar que sean utilizados como objeto de negocio o comercio. Se pretende evitar que los traficantes se enriquezcan a costa de la tragedia vital que sufren las personas". El elemento constitutivo de este delito es el ánimo de lucro en los traficantes.

Definición del delito de tráfico, "Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener directa o

indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material" b) por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado Receptor…."(Artículo 3,a: "INSTRUMENTO de ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transaccional Hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.(instrumento de ratificación por España, B.O.E.-A-2003-22593,Núm 29510/12/2003) Es en su preámbulo donde se manifiesta la intención de prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire, para ello se hace necesario la cooperación e intercambio de información a la vez que adopción de medidas, en los planos nacional , regional e internacional .

Es lógico afirmar que el ánimo de lucro que mueve a los traficantes es, …"el elemento que justifica la persecución penal tanto del tráfico ilegal de inmigrantes propiamente dicho como de los delitos asimilados a este como pueden ser la falsificación documental contenida en el **artículo 6** y el delito de favorecimiento de la estancia ilegal."…(19)

Transnacionalidad. **"**El artículo 4 del Instrumento citado, " A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención investigación penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnaccional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos" los inmigrantes no pueden estar sujetos a la jurisdicción penal con arreglo al presente Protocolo pues acción en que consiste el tipo , está sujeta a la jurisdicción administrativa, no ocurre lo mismo con el sujeto activo pues éste sí realiza el hecho delictivo.

"Dentro de la **Unión Europea** tenemos dos instrumentos normativos la **Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002** define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular (DOUE-L2002-82215**,** núm. 328 de 5 de diciembre de 2002**)**. En su considerando 4, establece que "tiene por objeto definir la ayuda a la inmigración clandestina y hacer por consiguiente más eficaz la aplicación de la **Decisión Marco del Consejo 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002 con el fin de impedir la citada acción".** …"refuerza el Marco Penal para reprimir la ayuda a la entrada, a la circulación y la estancia irregular (ésta última afectada por la sentencia de la gran sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005)."(19)

Tal como apunta D. D. Joaquín Sánchez Covisa Villa, en "Extranjería y Cooperación judicial Internacional, CISS) Capítulo V." Delitos contra los derechos de

los ciudadanos extranjeros: artículo 318 Bis C.P." En la Directiva 2002/90/Se distinguen dos delitos diferentes, el delito de ayuda a la entrada y a la circulación ilegal por un lado y la ayuda a modo lucrativo a la estancia ilegal. El artículo 1 de la la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 tipifica que" los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas: a) contra cualquier persona que ayude a otra que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de este vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros". Se trata aquí de…"defender el espacio SCHENGEN de cualquier entrada no controlada por parte de ciudadanos extraños a la UE"...,..."se vulnera la legislación del Estado que regula la entrada y la circulación en su territorio de ciudadanos nacionales de Estados no miembros."... (19) Ahora bien esta Directiva autoriza en su artículo 1.2) a que" los Estados miembros puedan decidir en aplicación de su legislación y sus prácticas nacionales no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate." Otro de los delitos es el de la ayuda lucrativa a la estancia ilegal, para ello el sujeto pasivo debe tener la voluntad de permanecer irregularmente en territorio de la Unión Europea, en cambio el sujeto activo es aquel que comete el delito a cambio de una contraprestación que normalmente es económica, tal como recoge el artículo 1.1.b) de la Directiva 2002/90/CE, no es en absoluto un tema humanitario como apunta el artículo 1.2 de la citada Directiva, sino que lo que el individuo persigue es obtener un lucro.

10.3.. La Trata de Seres Humanos y el Tráfico Ilegal de Inmigrantes. Regulación en el Ordenamiento Jurídico Español.

10.3.1 La Trata de Seres Humanos en el ordenamiento jurídico español

Artículo 177 bis.)

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, ***empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de*** *necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:*

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado."(Modicicación del CP publicada el 23/06/2010, en vigor a partir del 23/12/2010)

"El artículo 177 bis del Código Penal, es mucho más reciente que el 318 bis. Fueron introducidos en el Código Penal por distinto orden, o en diferentes momentos. Primero se introdujo el 318 bis en el año 2000 con la L.O. 4/2000- LOEX .Con el artículo 318 bis se introdujo por primera vez no sólo del Código Penal de 1995 sino en la historia de nuestros Códigos una nueva modalidad delictiva que era el **Tráfico Ilícito de Inmigrantes**. 10 años más tarde, no sólo por la experiencia a lo largo de estos años sino por las obligaciones internacionales que ha contraído España, la aplicación del concepto en los Tratados y los compromisos asumidos de alguna manera implican la obligación a introducir y por tanto regular la trata en el año 2010 el artículo 177 bis en el Código Penal a través de la L.O. 5/2010 de 22 de junio.

El artículo 177. Bis del Código Penal, se introduce en un título nuevo, el Título VII - bis (también nuevo, pues hasta entonces no existía). Ubicado a continuación del Título VII, que versa sobre los delitos contra la integridad moral y se sitúa justo a continuación. Todo ello puede dar lugar a pensar, ya que es un título "bis", que comparte relación con el anterior título. El bien jurídico protegido es la Dignidad Humana en su más amplia definición".(20)

"Este delito se tipificó con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. Aunque la reforma del año 2010 tuvo en cuenta el proyecto que finalmente se materializó en la citada Directiva, algunas cuestiones que no fueron reflejadas en la redacción de 2010 y que en la reforma de 2015 es preciso incluir para una completa transposición de la normativa europea." (Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, epígrafe XXV, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.)"

Artículo 177.bis.1.*"1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella,* ***empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de*** *necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare,*

trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales."…

…**"La acción** -Interesa saber el tipo básico en el delito de TSH. La acción en la comisión del delito puede ser: captar, transportar, acoger, alojar, trasladar. En realidad el hecho de captar, por sí solo, puede plantear problemas probatorios. La captación puede ser lograda con o sin violencia, pero siempre será ilícita puesto que siempre se emplea el engaño como forma de consumación. No es lógico tal y como como apunta D. Carlos Vázquez Iruzubieta en su libro "Comentario al C.P." Que una persona mayor de edad o con una edad considerable, se someta voluntariamente como víctima de este delito si entiende lo que significa y sus consecuencias,"… de lo contrario si fuera un acto voluntario no habría delito perseguible. Más fácil de entender y probar parece, aparte de la captación, si se ha producido el transporte o el traslado, entendido como "mover" en este caso a personas de un lugar a otro. No se trata de establecer diferencias entre lo que se entiende por transportar o trasladar, lo que está claro es que las víctimas pasan de estar de un lugar a otro, son movidas. …"De lo que se trata es de mover a la persona captada para evitar su fuga o la persecución policial a los autores. La acción se consuma con el hecho y no con el propósito específico propio de la trata."… Acoger o alojar, supone buscar una residencia en un lugar más o menos permanente o transitorio a una persona. …"La acogida es el destino de la víctima, podrá ser provisional o permanente."… Lo que está claro es que a la víctima se la impide liberarse de esta situación, por las personas encargadas de custodiar a la víctima para impedir su fuga. Así el receptor tiene la condición también de autor conforme al código penal.(Fuente: VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Comentarios al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio. Editorial la Ley.)

De cara un proceso penal, podría existir un problema si solo ha habido captación pero no habido un movimiento de personas del lugar a otro bien dentro o fuera del territorio español. El término alojar o a acoger es más sencillo porque podemos demostrar que estas personas han cambiado de domicilio en uno a otro lugar, cambiando por lo tanto su residencia a otro lugar diferente"... (Fuente: Virginia Peña Hernández., "La T.S.H. En el ordenamiento jurídico español. Diferencia entre trata y tráfico ilícito de inmigrantes, artículo 177 y 318 bis del Código Penal")

Cuando hablamos de captar, la idea es que estas personas han sido engañadas, engatusadas, enganchadas y de alguna manera aprisionadas por algún tipo de asociación u organización criminal. Es importante que exista una relación con la finalidad del tipo que indica el precepto, en caso contrario no va a existir el delito de TSH.

…"Medio comisivo- Es imprescindible que exista alguno de los medios comisivos del apartado primero de este artículo (imprescindible),si no fuera posible no habría delito de TSH, pero sí un delito de Tráfico Ilegal de Inmigrantes. Vemos una diferencia decisiva entre TSH y tráfico.

Alguno de los medios de comisión de esta captación, transporte, traslado o acogimiento tiene que ser:"…(20)

- "La violencia La jurisprudencia del T.S. la entiende en sentido amplio, comprende la física y también la intimidatoria. Implica emplear la fuerza física o bien la fuerza "moral o psicológica", puede significar simplemente el hecho de intimidar a alguien pues puede ser incluso más eficaz que emplear la propia fuerza física.

- La intimidación, de esta manera no debería surgir ninguna duda porque está expresamente previsto.

- Intimidación o engaño, consiste en la prueba de engaño, no siempre resulta en sencilla pero en ciertos casos puede resultar más complicada o incluso imposible. Supone que la víctima desconoce cuál es la finalidad de su transporte, traslado o acogimiento.

- El abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, podremos ver la superioridad cuando el autor y la víctima no se encuentran en la misma en igualdad de situaciones. En el caso de la TSH, las circunstancias en las que se encuentran tanto el actor como la víctima permitirán de una manera relativamente sencilla percibir la situación de superioridad de uno sobre otro, la víctima se encuentra sujeta a la protección, alimentos y techo donde alojarse

- La situación de necesidad-plantea más problemas, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que en realidad se deja de la mano del tribunal sentenciador. Hay que ver caso por caso si la situación real de la víctima era o no era realmente de necesidad.

- La vulnerabilidad de la víctima, es necesario acreditar las circunstancias que la hagan especialmente vulnerable como consecuencia de la debilidad física o mental de la víctima, no es un requisito necesario poseer una disminución psíquica, pero puede ocurrir que exista una situación de incapacidad.

- Sujeto pasivo El artículo 177 bis 1º.,define la TSH haciendo referencia a la víctima que puede ser "*nacional o extranjera*". Esto tiene gran importancia puesto que en el 138 bis, la víctima siempre es extranjera. En la TSH existe la posibilidad de que sean objeto de trata no solo extranjeros, sino que incluso pueden ser también los propios nacionales." (Fuente: Virginia Peña Hernández., "La T.S.H. En el ordenamiento jurídico español. Diferencia entre trata y tráfico ilícito de inmigrantes, artículo 177 y 318 bis del Código Penal").

Finalidades, no existe delito de TSH si no se cumple alguna de las finalidades que indica el 177 bis1º. Son tres en concreto Sólo con la concurrencia de una de las tres finalidades ya se permite hablar del tipo

> *a) "La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
>
> *b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*
>
> *c) La extracción de sus órganos corporales."...(Art 177 bis.1)*

Para que exista el delito de TSH no es necesario que se haya cumplido totalmente el propósito delictivo del autor. Basta con que exista una de estas tres finalidades, en caso contrario, si no existe ninguna no puede existir nunca el delito de TSH en ninguna de sus modalidades ni el tipo básico ni él agravado**.**

Estas tres finalidades en realidad son variedades de dolo específico, así, si no se puede probar cualquiera de las tres o se probara que son otras, faltaría un elemento del tipo del injusto que podría perfeccionar otro delito pero no este.

1- "Explotación laboral en cualquiera de sus formas:

Se trata de imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre. Ejemplo de ello lo solemos tener en las mafias especialmente chinas que someten a personas de su misma nacionalidad la prestación de trabajo mal remunerado y en ocasiones pagado con comida y una pequeña superficie del suelo para dormir al lado de su máquina de trabajo en el mismo sitio donde pasan día y noche trabajando.

2- Explotación sexual, en cualquiera de sus formas incluida la pornografía

La explotación sexual, se perfecciona cuando la intención consiste en explotar sexualmente la víctima o someterlas trabajos que consisten en explotación de la

pornografía es requisito que esta explotación tenga la finalidad de ser difundida a terceras personas.

3- Extracción de órganos corporales

Uno de los delitos más execrables es el someter a una persona contra su voluntad a extirpación de algunos de sus órganos para servir de trasplante a un receptor que puede o no conocer el origen del órgano que va a recibir. El delito se perfecciona aun cuando la extirpación no se haya producido, el tipo del injusto no exige su consumación física siempre y cuando la captación se haya realizado con esta finalidad.

Se trata de un delito formal, no admite tentativa. Es suficiente uno de los actos de consumación como puede ser la captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción o alojamiento, junto con el dolo específico del tipo para su perfeccionamiento." .(Fuente: VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Comentarios al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio. Editorial la Ley.)

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, queda redactado de la siguiente manera:

"*1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:*

- *a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.*
- *b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- *c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- *d) La extracción de sus órganos corporales.*
- *e) La celebración de matrimonios forzados"*

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.»

Con la reciente reforma que tiene que tiene lugar a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, resulta un tanto novedoso que el legislador incluya la entrega o recepción de pagos con la única finalidad de obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, así como la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzosos como forma de cometer el delito. Las finalidades para la comisión de éste delito, son ampliadas con la explotación para que las víctimas cometan actividades delictivas para los explotadores. El concepto de vulnerabilidad queda notablemente delimitado, conforme al texto de la Directiva europea 2011/367UE de 5 de abril de 2011 Y la pena, para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves se agrava. (Preámbulo la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.)

Apartado segundo, Artículo 177 bis2º.

> *2. "Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación."*

"Existe el delito de TSH aunque no concurra ninguno de los medios comisivos que se han dicho, porque cuando el sujeto es menor de edad estos elementos no forman parte del tipo (violencia, engaño, etcétera), lo que cuenta son las acciones (captar, trasladar, etcétera.). Es el único caso que permite que se consume el hecho delictivo sin que haya violencia, intimidación, engaño o abuso de las situaciones descritas en el apartado anterior."(20)

Apartado tercero, Artículo 177 bis 3º

> *3. "El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo."*

"Es irrelevante el consentimiento de la víctima de TSH, cuando concurra alguno de los medios comisivos propios del tipo penal objeto de estudio"(20). La ley presupone que

el delito se ha cometido, es una presunción *iuris et de iure*, no permite prueba en contrario

Apartado cuarto, Artículo 177 bis4º.

4. "Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior."

En cuanto a su redacción se trata de un subtipo agravado que determina la pena superior en grado el tipo básico oscila entre 5 y 8 años y él agravado de 8 a 11 años de prisión siempre y cuando concurra. como bien indica D. Carlos Vázquez Iruzubieta alguna de estas tres circunstancias.

El peligro de muerte de la víctima debe ser acreditado mediante médicos expertos. No se debe confundir la gravedad de las lesiones, ya sean físicas o psicológicas que pueda haber sufrido la víctima con el peligro de muerte pues éste puede obedecer por circunstancias ajenas a esta gravedad.

La comisión del delito puede haberse iniciado siendo menor y haberse continuado siendo ya mayor de edad. El delito se entiende que está perfeccionado puesto que cuando comenzó era menor de edad.

La vulnerabilidad de la víctima puede estar unida a la minoridad de la víctima y a una posible enfermedad, discapacidad o situación especial. Ahora bien, esta vulnerabilidad debe estar presente en el momento de la consumación, y no aparecer como consecuencia de la misma.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, queda redactado como sigue:

"4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- *a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;*
- *b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.*

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior."

Apartado quinto Artículo 177 bis 5º.

5. "Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior."

Cuando estos hechos se cometen por una autoridad o funcionario público la pena es en su mitad superior. La autoridad puede ser pública o privada. El funcionario público, de cualquier grado o poder del Estado, Comunidad Autónoma, Corporación Local…..

Apartado sexto, artículo 177 bis 6º

6." Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se

elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo."

"*Profesión, oficio, industria o comercio, cuando el culpable de estos delitos de TSH sea o pertenezca a una asociación u organización de TSH aunque sólo sea de forma transitoria. Y se agrava si es agente o funcionario*". Si el culpable no tiene ninguna profesión, ni es funcionario, por carecer de medios de vida bien transitorio o permanente, no se le puede aplicar la inhabilitación especial."

Apartado séptimo, artículo 177 bis7º.

7." Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

En este punto se recoge el supuesto de ser responsable del delito de TSH una persona jurídica, se le puede imponer una multa que oscila entre el triple y el quíntuple del beneficio obtenido, y además, facultativamente se permite que el juez o tribunal sentenciador puede imponer alguna de las penas del artículo 33 apartado séptimo, concretamente penas relativas a personas jurídicas como multas ,disolución de la persona jurídica, , suspensión de actividades por 5 años máximo, clausura de locales y establecimientos, 5 años máximo ,prohibición de realizar las mismas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas., contratar con el sector público.

Apartado octavo, artículo 177 bis8º.

8." La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente."

Castiga la conspiración, la provocación, la proposición para cometer este tipo de delitos.

Apartado noveno, Artículo 177 bis 9º.

> *9." En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación."*

"Se prevé la posibilidad de que pueda concurrir el delito de TSH con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del 318 bis. En este apartado se contempla como un concurso real, concurren al mismo tiempo dos delitos diferentes. Hay expertos que se decantan no por el concurso real sino por el concurso ideal, entienden que se cometen determinados delitos para, a través de ellos, conseguir el delito de TSH. Pero el legislador deja claro que se trata de un concurso real lo que significa a efectos punitivos la aplicación del artículo 73 del Código Penal. Se pena por separado todos y cada uno de los delitos. En caso de poderse considerar como concurso ideal la pena que correspondería sería la del delito más grave en su mitad superior, pero no tantas penas como delitos cometidos "*(20)*

Apartado décimo, Artículo 177 bis 10º.

> *10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*

Contempla la delincuencia internacional, las Sentencias de Tribunales extranjeros deben ser tenidas en cuenta por Tribunales de nuestro país a efecto de considerar la reincidencia en nuestro país, salvo que, tal como contiene éste artículo… "*salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo*"….

Apartado undécimo Artículo 177 bis 11º.

> *11. "Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido*

sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado."

"Se establece la exención de responsabilidad criminal a favor de la víctima de TSH se la exime de penas, pero aclara que siempre que su participación en dichas infracciones haya sido directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso y exista una adecuada proporcionalidad entre esta situación y el hecho criminal realizado. Si lo estudiamos detenidamente, no se trata de una verdadera exención penal, pues la víctima no queda exenta de forma instantánea. Esta supuesta exención criminal tendría que ser apreciada por el tribunal sentenciador de un lado si la participación de la víctima es consecuencia directa de esa intimidación o engaño o abuso, y de otro lado si existe proporcionalidad entre la situación y la infracción penal que se haya cometido. Todo ello supone una carga probatoria para la acusación particular en defensa de la víctima de que se ha cometido un delito como consecuencia de estas situaciones de sometimiento y explotación."(20)

10.3.2. El delito de Tráfico Ilegal de Personas en el Ordenamiento Jurídico Español Estudio del artículo 318 Bis del Código Penal

ARTICULO 318 bis.

El Artículo 318 bis fue creado 10 años antes que el 177 bis. Se encuentra dentro del título XV bis, regula los "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros."

Fue introducido en la LO 10/1995 de 23 de noviembre .del C.P.(BOE -um.281 de 24/11/1995,BOE A-1995-25444) por la disposición final 2 de la L.O.4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,(BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000, B.O.E.-A-2000-544 de 12 enero de 2000, aunque su publicación tuvo lugar el 12/01/2000, entro en vigor a partir del 01/02/2000), posteriormente fue reformado en primer lugar por el artículo 1.13 de la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre, (BOE núm. 234 de 30 de septiembre de 2003,BOE-A-2003-18088)de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros reforma que entró en vigor a partir del 01/102003, en segundo lugar por el artículo 2.2 de la L.O. 13/2007, de 19 de noviembre,(BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2007,BOE –A-2007-19879) para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, reforma que entraría en vigor a partir del 21/11/2007.No siendo suficiente, más tarde en el año 2010 sufre otra importante reforma en la que se ven afectados los artículos 2 que desaparece y los

nuevos 2 y 4 se modifican por el artículo 87 de la LO 5/2010 de 22 de junio (BOE núm.152 de 23 de junio de 2010,BOE-A-2010-9953), modificación publicada el 23/06/2010 y en vigor a partir del 23/12/2010, llegando a su última actualización por el artículo 170 de la LO 1/2015 de 30 de marzo, (BOE A-2015-3439), modificación publicada el 31/03/2015 (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015 BOE A-2015-3439), entró en vigor el 01/07/2015.

"El Artículo 318 bis, no tiene como objeto directo la protección de derechos de los ciudadanos extranjeros sino el interés del Estado en controlar los flujos migratorios y las fronteras. Así, este artículo está dirigido de una forma derivada, a amparar a un grupo específico de extranjeros, éstos son los *"inmigrantes en situación de irregularidad".(19)*En el 318 bis, siempre hablaremos de sujetos extranjeros a diferencia del delito de TSH 177.bis que pueden serlo también sujetos nacionales.

Se trata de ciudadanos no comunitarios, que proceden de países que no forman parte de la Unión Europea que se trasladan con la intención de encontrar un trabajo que les sirva de puenteo medio para poder acceder a una mejora en su calidad de vida en mejores condiciones que en su país de origen…." Dada su situación y su vulnerabilidad, corren el riesgo no sólo de ver mermados sus derechos en comparación con los que tuvieran una estancia ya normalizada, sino de ser objeto de abusos y explotación por parte de redes criminales"…(19).

El objeto del artículo 318 bis en su redacción original, era el de combatir el favorecimiento del tráfico ilegal de personas "*los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España"….(año 2000). Tras la reforma de 2003, se une dando idéntico tratamiento jurídico y significación el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina de personas."…(19)* ,se aumentan las penas de 6 meses a 3 años a penas de 4 a 8 años en 2003. *…" Este delito, ya se encontraba regulado en el Artículo 313.1 del código penal como un delito contra los derechos de los trabajadores…"el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior*"…"(19) Siguiendo el planteamiento totalmente acertado en mi opinión que hace el *Sr. D.* Don Joaquín Sánchez Covisa Villa, en Extranjería y Cooperación judicial Internacional, CISS Capítulo V. "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 Bis C.P." No hay una explicación para que haya diferentes penas por la sola circunstancia de que el afectado sea o no un trabajador. …"A esta decisión se le une otra todavía más sorprendente, la L.O.11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII de Libro II del CP, reformó el Artículo 188.2 añadiendo un nuevo delito por el que se castigaba al que *"directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio*

nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima" dando cumplimiento a la Acción Común 97/154/JAI, de 24 enero de 1997, relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, reubicándola en el tipo del Artículo 318 bis segundo"….(19) Obviamente si hablamos del delito de tráfico ilegal de personas, la transnacionalidad es un requisito para su consumación, si tenemos en cuenta el artículo 318.2 CP "si el propósito del tráfico ilegal fuera la explotación sexual de las personas"… estaríamos en el tipo delictivo de trata de personas con fines de explotación sexual del 177.bis al cual le es ajena este elemento transnacionalidad pues se consuma dentro de un Estado sin necesidad de cruzar o atravesar ninguna frontera.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

…"Por otra parte, también resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el Artículo 318 bis. Éstos fueron introducidos con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, (año 2010) de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el Artículo 177 bis. Una vez regulada de forma separada la tipificación del delito de tráfico de seres humanos y el delito de Trata de personas, se mantuvo la misma penalidad un tanto agravada e incluso llegando a ser en ocasiones desproporcionada, llegando a penas de 4 a 8 años para· (art.318 bis.3.b) el supuesto agravado de delitos de inmigración ilegal en relación a al delito de Trata de personas. (art.177 bis 1.) como tipo básico cuya pena oscila entre 5 y 8 años de prisión.

…"La revisión del Artículo 318 bis se realizó con una doble finalidad:

- Definir con claridad que conductas podrían ser consideradas como constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, como establece la Directiva 2002/90/CE;

- Regular las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante….

…La reforma culmina también la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular". (Preámbulo de

la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.)

Las conductas punibles quedan de alguna manera acotadas, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. Las actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias quedan exentas de pena.

10.3.2.1.- Artículo 318 Bis del Código Penal como tipo básico

Tipo básico del delito de tráfico de inmigrantes y castiga a una pena de cuatro a ocho años al que directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas con destino a España o cualquier otro país de la Unión Europea. .Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal las penas varían de forma considerada

> **"*ART.318.Bis1.*** *El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*
>
> *Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.*
>
> *Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior*."

En cuanto a la pena en la regulación anterior era de cuatro a ocho años de prisión, la regulación actual tras la reforma pasa a ser de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año como tipo básico.(2015)

La acción, se trata de promover, facilitar, favorecer el tráfico ilegal o la inmigración clandestina. El precepto no define lo que debemos entender por tráfico ilegal o inmigración clandestina. En la actualidad podemos entender que se trata de transportar o mover personas de un lugar a otro, (no de España a España), de España al extranjero o a terceros países también puede ocurrir que en España se produzca solamente un tránsito de personas. Estas personas, traficadas, no tienen su situación

administrativa reglada en España, se encuentran en una situación administrativa irregular." *Así se contempla la inmigración de extranjeros a España, como el tránsito de extranjeros por España y la emigración desde España a otro país*." (SSTS 1059/2005, 28 de septiembre y 605/2007, 26 de junio). *"... Por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración*" (STS 152/2008, 8 de abril)"….(19)

El elemento del tipo es la ilegalidad del acto (Tráfico) y la clandestinidad de la inmigración. Se exige la vulneración de la normativa española que regula los requisitos para la entrada del territorio español salvo casos de asilo o de índole humanitaria. Artículo 25 LOEX.

Cuando hablamos de clandestinidad en cuanto a inmigración se refiere, nos referimos a una inmigración "oculta", porque se realiza a través de lugares no establecidos para ello,(18) lejos del acceso de cualquier autoridad eludiendo los controles policiales de las fronteras evitando los puestos fronterizos como es el caso de utilización de pateras, cayucos… Para poder acceder directamente a las costas españolas por puestos o lugares no habilitados para ello. También ocurre cuando se ocultan a los inmigrantes en medios de transporte utilizados para pasar la frontera como puede ser interior de contenedores… Esta emigración oculta también puede ser porque se ejecuta con mecanismos cuyo fin es la desfiguración y ocultación de los aspectos ilegales. Éste es el caso del hecho de pasar la frontera por lugar habilitado y con la debida documentación pero utilizada como medio fraudulento. Hacer pasar a un inmigrante como turista, con documentación genuina, pero que no se corresponde a la realidad de la situación. Como ejemplo cabe citar a las "Cartas de Invitación inveraces, visados teñidos con falsas alegaciones…"(SSTS 152/2008;399/2009) 22/2008 nueve/2009 de 11 de abril"…(19)

Autoría y participación, "responderá como autor el que realice cualquier conducta encaminada a promocionar, favorecer o facilitar el Tráfico Ilegal de personas bien a título individual o como integrante de un grupo organizado……. También lo serán los que financien estas operaciones, paguen los billetes de transporte o incluso los que realizan funciones de intermediación"….(19),

> Art-318 bis.4 " *En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público."*

Se contempla la posible participación de autoridades, agentes o funcionarios públicos encargados del paso de fronteras o de la tramitación de la documentación que habilita a un sujeto para entrar y residir legalmente en España, la ye lo considera dentro de los tipos agravados. (STS 740/2009, 30 de junio).(19)

Sujeto pasivo siempre será una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea quien incumple la normativa de extranjería. Aunque el Artículo 318 bis se refiere a personas en plural, no es imprescindible que el delito afecte a más de una persona necesariamente. Ahora bien, aunque sean varias las personas afectadas siempre estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal (SSTS 1059/2005, 28 de septiembre; 605/2007, 26 de junio; 152/2008, 8 de abril y 17/2009, 21 de enero)(19)

La TSH tiene un plus añadido al tráfico ilegal de inmigrantes. La TSH exige unos medios comisivos como son…"la violencia, intimidación o engaño, abuso de situación de necesidad o de vulnerabilidad"… (Art 177 bis 1) Respecto de la víctima que no exige el Tráfico Ilegal de Inmigrantes. "Si no se puede demostrar este medio comisivo, no se puede demostrar el delito de TSH, tendremos que aplicar subsidiariamente el 318 bis" (20)

En cuanto a la finalidad, está tasada, para que exista TSH no basta con el traslado de personas de un sitio a otro, personas que no tienen regularizada su situación en un país determinado, la TSH requiere la finalidad específica y concreta que hay que probar, la explotación laboral sexual o extracción de órganos.(20) Si no es posible acreditar el medio comisivo, o la finalidad de la explotación, seguramente el tribunal utilizará la vía del 318 bis y se llevaría por el camino del tráfico ilegal y no de la trata.

En numerosas ocasiones el tribunal puede encontrarse ante un concurso de leyes. O sea, diferentes normas que en algunos casos tipifican la misma conducta. ¿Cómo se resuelve este conflicto? Basta con que tengamos el medio comisivo probado y tengamos probada la finalidad de la explotación, entonces aplicaremos el 177 bis con carácter preferente ya que es la ley especial.

10.3.2.2.- Artículo 318 bis. Del Código Penal como subtipo agravado.

Es un subtipo agravado, el medio de Comisión se amplía con la vulnerabilidad de la víctima o el peligro (vida, salud o integridad de la persona).

3.b) "…Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves…."

Se trata de un subtipo de peligro abstracto deberá ser valorado a la vista de las condiciones en que se efectuó el transporte, en el caso de producirse un resultado letal podría concurrir el artículo 318 bis en concurso con el delito de homicidio imprudente.

Así, podemos ver que se trata de la misma conducta que 177 bis, pero lo que aquí es un subtipo agravado en la TSH es el tipo básico. Con lo cual, el 177 bis tiene carácter preferente (20)

Para terminar, el Artículo 318 bis en su momento (año 2000) supuso toda una novedad, en la actualidad se entiende que este precepto está sobrepasado e incluso absorbido por el artículo 177 bis. Actualmente, el Código Penal ha sufrido una importante reforma,(artículo 170 de la LO1/2015, de 30 de marzo) y el Artículo 318.bis se ha visto como otros artículos afectado por la misma Si bien, …"en aquellos casos en que policial o judicialmente no se puede conseguir la prueba de dicha explotación, se puede castigar esa conducta con unas penas que serán de todo menos desdeñables. Se trata de penas de prisión que no desmerecen en nada a las de la trata. Ahora bien, si ambas normas concurren simultáneamente, debe ser preferente a la hora de su aplicación el Artículo 177 bis"…, (20)

. El Artículo 318 bis redactado por el número 170 del Artículo único de la L.O.1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal (B.O.E. 31 marzo).queda de la siguiente manera (21).

Artículo 318 bis.

"1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.
Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada."

10.4. La Trata de Seres Humanos en la Ley Orgánica de Extranjería.

Diferencia entre los Artículos 59 y 59 bis de la L O Ex.

Es esencial saber diferenciar si estamos ante un caso de tráfico de personas (Art.318 bis CP) o de trata de seres humanos (Art 177 bis, CP). Para ello hay que recopilar información sobre la persona., para ello se necesita hablar con la persona en cuestión, es imprescindible saber qué idioma o dialecto habla para poder facilitarle un intérprete si lo necesita. Una vez recabada la información necesaria por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competente (UCRIF), como puede ser entre

otros lugar de procedencia, documentación falsa,….. "Para recabar toda la información necesaria, y poder hacer una valoración inicial y no definitiva de si estamos ante un caso de Tráfico o de Trata se plantea una entrevista bastante abierta siempre y cuando la víctima esté conforme. Sólo así podremos saber si estamos ante el supuesto del artículo 59 o 59 bis. L O Ex"… (22)

…"Estos artículos vienen a ser o plantear una eximente, una exención de responsabilidad desde el punto de vista administrativo para víctimas que se encuentran en situación irregular y que sean objeto de situaciones delictivas relacionadas con el tráfico o con la trata.

Surgen dos cuestiones importantes:

-La primera, es la respuesta a una realidad que está sucediendo y que nos pasa desapercibida, hay multitud de situaciones y características que tiene la mujer extranjera inmigrante que la convierte en una víctima ideal, es muy vulnerable para convertirse en víctima. A este tipo de víctimas se las denomina "cifra negra o campo oscuro", es algo que pasa ante nuestros ojos y pasa desapercibido, no nos damos cuenta.

-La segunda, es la importancia de las declaraciones, estas pueden ser el punto de inflexión de una buena investigación, tanto en el aspecto policial como en el aspecto judicial."…(22)

Principales diferencias entre ambos Artículos:

Si bien, en el fondo persiguen una finalidad común las diferencias son generalmente de forma.

En el Artículo 59 L.O.Ex. "Colaboración contra redes organizadas" como víctimas perjudicadas del tipo, nos referimos a tráfico ilegal de personas (Art.59bis.1) En cambio, en el Artículo 59 bis, "Víctimas de trata de seres humanos" las víctimas del tipo son exclusivamente víctimas T.S.H. (art.59 bis.1).

Artículo 59.1 LO Ex, supuestos.

- "tráfico ilícito de seres humanos
- inmigración ilegal
- explotación laboral o tráfico ilícito de mano de obra

- explotación de la prostitución abusando de situación de necesidad.”…

Tengamos en cuenta a la hora de estudiar el contenido del artículo 59 LOEx, que la extranjería actúa como un…” factor de vulnerabilidad frente al delito”…,…”. Existe lo que se denomina cifra negra general en los registros estadísticos puesto que numerosos delitos no son objeto de denuncia”.. **(23)**

Si tenemos en cuenta que la mujer inmigrante, se va a encontrar con el problema o” la dificultad de acceso al idioma, y puesto que en la mayoría de las ocasiones desconoce el lugar donde puede formular denuncias, si le sumamos la desconfianza o creencia de inutilidad”…a ello le podemos sumar..”los riesgos de activar y sufrir medidas repatriativas en caso de denuncia encontrándose en situación de irregularidad en España”…,…”. Vemos como la condición de extranjero constituye de por sí un factor de vulnerabilidad”…,…“En el caso de extranjeras inmigrantes, en situación de irregularidad,, la vulnerabilidad todavía se acentúa aún más puesto que la posibilidades ser víctima de delitos como secuestros, extorsiones, tráfico ilegal con fines de explotación laboral y sexual canalizados todos a través de redes de inmigración ilegal que perdurarán en el tiempo mientras se mantenga su situación de irregularidad por el temor y desconfianza ante la posibilidad real de que la denuncia ante la policía active su repatriación”….(23)

Este Artículo 59 ofrece posibilidades a la colaboración para la lucha contra…”redes organizadas de inmigración ilegal y de tráfico y explotación de extranjeros a través de la exención de responsabilidad tanto en el ámbito sancionador con la posibilidad de permanencia en España y autorización de residencia temporal y trabajo por causas humanitarias por un lado y la paralización de la expulsión a instancias del fiscal por otro”….(23)

> “*El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima , perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de ora o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando daos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.” (Artículo 59.1 LOEx.)*

La autoridad con la que colabora el sujeto extranjero remitirá informe al órgano competente en la materia ,al instructor del expediente sancionador, , es quien llevará la iniciativa y propondrá la decisión sobre la exención de responsabilidad a la Autoridad

Gubernativa, en este caso El Delegado o Subdelegado del Gobierno competente ,en cuanto a la tramitación de "la exención de responsabilidad".(art.135.1 RELOEx) ,el instructor del expediente "puede, (no está obligado) proponer al Delegado o Subdelegado de Gobierno la exención de responsabilidad" Que será el órgano competente para determinar si existe o no argumentos suficientes o precedentes en los que basarse para "determinar la exención de responsabilidad.(art.135.2 RELOEx) A su vez decidirá sobre la suspensión temporal del procedimiento sancionador incoado o la ejecución de la medida de expulsión o devolución acordada".(art.135.3 RELOEx)

El/la extranjero/a será informado de todos sus derechos y de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. :

1- Artículo 136 RELOEx-"Autorización de residencia y trabajo por colaboración con autoridades administrativas no policiales". En el caso de colaboración con las "autoridades administrativas no policiales", tal y como indica el artículo 136.1 RELOEx, la mujer extranjera podrá "presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración". La solicitud la presentará ante la "Delegación o Subdelegación de Gobierno que hubiera determinado la exención de responsabilidad." (art.136.2) Si se la concede, "implicará la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial"…." la eficacia será desde el momento de la notificación de su concesión hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización definitiva" (136.6 RELOEX).

   La mujer (en este caso concreto nos referimos a la mujer musulmana) extranjera tiene un plazo de un mes desde su concesión para "solicitar personalmente ante la oficina de extranjería o comisaría de policía la Tarjeta de Identidad de Extranjero", que la autorizará a "residir y trabajar en España"… y "será renovable con carácter anual". (136.6 RELOEX)

2- Artículo 137 RELOEx. "Autorización de residencia y trabajo por colaboración con autoridades administrativas policiales, fiscales o judiciales" .En éste otro supuesto, a diferencia del anterior, se trata de la " colaboración contra redes organizadas con autoridad policial, judicial o fiscal".. Una vez, según el artículo 137.1RELOEx, determinada la exención de responsabilidad,(requisito imprescindible) "la solicitud de residencia y trabajo temporal por circunstancias excepcionales la realiza la propia víctima o a través de su representante legal o directamente dirigiéndola al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad debiéndola presentar ante la unidad policial de extranjería." (artículo 137.2 LOEx). Esta unidad, "dará traslado de la solicitud junto con el informe emitido

por la autoridad con la que hubiese colaborado", (policía, fiscal, o juez/jueza) y "el informe de la propia unidad policial sobre el sentido de la resolución a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que a su vez formulará propuesta a la Secretaría de Estado de Seguridad para su resolución" (artículo 137-3 RELOEx). En caso afirmativo de autorización provisional del artículo 137.4, implicará al igual que en el supuesto anterior la posibilidad de trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia en cualquier ocupación y sector de actividad y en el plazo de un mes deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjera. Ésta autorización provisional tiene según el apartado 6 del artículo 137, "eficacia desde el mismo momento de la notificación de su concesión hasta que se dicte resolución con el carácter de definitiva" .Ésta resolución provisional cuando se convierta en definitiva podrá ser favorable, apartado sexto del artículo 137, en cuyo caso la autorización de residencia temporal y de trabajo ya no es provisional, pues el procedimiento sobre la autorización definitiva se ha resuelto favorablemente por el titular de la Secretaría de Estado y de Seguridad, pasaría a tener una vigencia de cinco años "sin perjuicio de la posibilidad de acceder a la situación de residencia de larga duración".(artículo 137.7) Pero también puede darse el supuesto octavo del artículo 137, la denegación de la autorización de residencia y trabajo lo que implicará la pérdida de la vigencia de la autorización provisional que se hubiera podido conceder. La denegación debe ser "notificada al interesado y comunicada a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que hubiera declarado la exención de responsabilidad"…, esto supondrá la pérdida de la autorización provisional lo que puede conllevar a dictar la tan temida resolución de expulsión. Resolución que podrá ser paralizada a instancia del fiscal según el Artículo 59.4 LOEx, siempre que éste "considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales" lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa para que valore la inejecución de su expulsión y en el caso de que se hubiese ejecutado ésta última, proceder para que se autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para practicar las diligencias precisas."

3- Artículo 138 RELOEx, "Retorno asistido al país de procedencia del extranjero" La mujer extranjera puede optar por el retorno asistido del artículo 59.3 LOEX. siempre y cuando se la exima de responsabilidad administrativa. Deberá formular conforme al apartado segundo del artículo 138 RELOEx, solicitud ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que haya determinado la exención de su responsabilidad. y se dirigirá siempre a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Esta solicitud se suspenderá siempre y cuando sea necesaria su permanencia para la colaboración contra la red organizada, (artículo 138.3) Supuesto de hecho distinto es el del apartado 4 del artículo 59 LOEX, en este caso el sujeto ya tiene una resolución de expulsión,(en el caso anterior hay opción al retorno voluntario de la víctima) aunque aparece como

> víctima , perjudicado o testigo en un procedimiento penal , el Ministerio Fiscal lo pondrá de manifiesto a a la autoridad gubernativa para que ésta valore la inejecución de la expulsión, y si se hubiera ejecutado se procederá a que se autorice su regreso a España el tiempo necesario para practicar diligencias .

"En el Artículo 59 LOEx, tiene que haber una reciprocidad, la víctima deberá dar algo a cambio, como puede ser información a cambio de ayuda. Esto no ocurre así en la T.S.H. El Artículo 59 bis, tiene sus fases, períodos… Pero una vez transcurrido el periodo de restablecimiento de reflexión, es cuando se propone a la víctima prestar su colaboración con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Puede darse la posibilidad de que se niegue, atendiendo a su situación personal, que había sido víctima de T.S.H., aunque no declare y no colabore, tiene la posibilidad de regularizarse."[22].

El periodo de restablecimiento y reflexión, "es algo exclusivo del Artículo 59 bis y consiste en que una vez que se detecta y la policía termina de hablar con la mujer, normalmente en el mismo aeropuerto, si la policía estima que existen indicios de T.S.H. desde ese momento se deriva a una ONG y desde ahí con la solicitudes correspondientes, se solicita la exención de responsabilidad y el periodo de restablecimiento y reflexión. Se trata de un periodo de no menos de 30 que puede ser incluso más siempre y cuando se justifique, en los que hay que dejar a la mujer tranquila en la ONG, que es quien va a trabajar con ella desde el punto de vista personal. En alguna ocasión, sus propias redes la pueden estar presionando incluso dentro de la ONG". [22] El aparatado 2 del artículo 59 bis se modifica por la disposición final de la LO 8/2015 de 22 d julio, (BOE-A-2015-8222), así el periodo de tiempo que en un principio era de 30 días se amplía a 90 días).

La víctima debe tener o disponer de un plazo para su recuperación y de ésta manera pueda decidir libremente si va o no va a cooperar no solo con la policía sino posteriormente en el procedimiento penal bien como víctima del delito o también como testigo. Según el artículo 142.1y2.RELOEx, la víctima puede haber sido identificada bien por las unidades de extranjería o por otras autoridades policiales, en este caso se remitirá un informe motivado sobre si la persona puede o no ser víctima de trata a la unidad de extranjería competente y ésta a su vez procederá en el plazo de 48 horas, previa conformidad de la víctima a elevar a propuesta de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión ante la Delegación/Subdelegación de Gobierno.

En el Artículo 59 bis, se distinguen varias fases:

…"Fase de identificación-prácticamente se trata de identificar a la víctima y averiguar de esta manera su identidad real. Démonos cuenta de que debido a su traslado y diferentes rotaciones por diferentes clubes, le cambian la filiación. Con esto, logran amedrentar la voluntad de la víctima y también así tratan de desviar el rastro policial.

Llega un momento en el tiempo que incluso ni la propia víctima puede recordar todas las filiaciones que se le han impuesto por la situación en la que venía.(22)…" Informarán fehacientemente y por escrito, en un idioma que le resulte comprensible, de las previsiones del Artículo 59 bis de la LO 4/2000, de 11 de enero y en este Reglamento. Igualmente garantizarán que la misma conozca la posibilidad que le asiste de ser derivada a las autoridades autonómicas y municipales competentes en materia de asistencia social y sanitaria". (Artículo 141.1 RELOEx)."La identificación de la víctima se realizará por las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata de seres humanos y en la identificación de sus víctimas" (Artículo 141.2- RELOEx)

…"La fase de identificación junto con la fase de exención de responsabilidad y periodo de restablecimiento, se trata de reunificar información y actuaciones en un mismo expediente. En el mismo escrito, que se envía/comunica en el plazo de 48 horas a la Delegación de Gobierno, o en su caso a La Delegación/ Subdelegación de Gobierno, una vez realizada la entrevista, se identifica, se solicita la exención de responsabilidad y se solicita el periodo de reflexión de restablecimiento. Todo ello en un mismo documento, en unidad de acto.

La Delegación/ Subdelegación de Gobierno tiene obligación de contestar a la policía en el plazo de cinco días, en caso de no ser así por cualquier motivo, como puede ser un número considerable de inmigrantes que hayan accedido a través de pateras…, Se considerará silencio administrativo de carácter positivo.

La única salvedad son las mujeres que están en un centro de internamiento, (CIE) pues hay que informar de ello, a su vez, a la Delegación/ Subdelegación de Gobierno que debe informar/responder en un plazo máximo de 24 horas"….(22)

La resolución que recaiga deberá ser… "notificada de manera inmediata a la víctima por el medio más rápido, la Delegación o Subdelegación de Gobierno o también cabe la posibilidad de ser a través de la autoridad policial que realizara la propuesta de concesión."…(art.142.4 RELOEx) Si la resolución es favorable, se suspende el procedimiento sancionador que hubiera sido incoado o la ejecución de la medida d expulsión o devolución(art.53.a)LO4/2000),la propuesta a la autoridad judicial de la puesta en libertad en caso de incoarse la medida cautelar de internamiento en un CIE.(art.142.5 RELOEx). En el apartado sexto del artículo 142, la resolución que conceda el periodo de restablecimiento y reflexión autorizará la estancia en el territorio por la duración que se hubiese determinado en el caso concreto. Durante este periodo la

autoridad policial velará por la seguridad de la víctima.(art.142.7).En cambio en el caso de ser la resolución desfavorable,(59.bis.3 LOEX) la denegación o revocación deberá estar motivada por motivos de orden público o cuando se ha invocado de forma indebida, contra ésta cabe recurso administrativo conforme a la ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común..

La LOEX introduce el mandato de identificación de las víctimas "*las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005*"(artículo 59 bis.1 LOEx) .(23) Ahora bien, cabe preguntarse a quién se refiere la ley con "autoridades competentes", cuya respuesta la encontramos en el artículo 141.2 RELOEx, "la identificación de la víctima se realizará por las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata de seres humanos y en la identificación de sus víctimas"

El Artículo 141.2-II RELOEX establece las condiciones de la entrevista con la potencial víctima," es necesario para ello prestación de apoyo jurídico, psicológico y asistencial y sobre todo con exclusión de presencia de cualquier persona del entorno de los explotadores".(23) Conforme al Artículo 141.2 RELOEX, "se recabará toda información que sea posible que pueda servir para la identificación de la víctima"…, hace referencia también a…" las organizaciones que se dedican a la defensa de los derechos de las personas víctimas de trata"… también "podrán aportar cuanta información consideren relevante a estos efectos"…,…" esta información tendrá carácter de reservado"….

Para poder entender las circunstancias por las que atraviesan las víctimas de trata y comprender a qué se debe que permanezcan aparentemente de forma voluntaria(digo aparentemente porque se trata de esclavitud y nunca voluntariedad) en esta situación sin apreciar, cambio alguno ni evolución en su situación , existen una serie catálogos de indicadores formulados por N.U. y que a su vez han sido recogidos en la exposición realizada por D. Luis Fernández Arévalo como coordinador, D. José L. Rodríguez Candela, D. Francisco Solans Puyuelo, D. Vladimir Núñez Herrera. En los Comentarios al artículo 59 bis LOEx, En "Comentarios a la ley de extranjería. Referencias normativas, jurisprudencia y comentarios. Editorial COLEX.".Indicadores que nos pueden aclarar la condición de persona víctima de trata de seres humanos, entre ellos cito algunos:

1- …"Indicadores generales- como pueden ser el creer, tener la firme convicción de que tienen que trabajar contra su voluntad, se creen incapaces de abandonar su lugar de trabajo, muestra señales de que están siendo controlados sus movimientos, no pueden marcharse del lugar donde están, dan muestras claras

de miedo o ansiedad, son objeto de violencia y amenazas de violencia contra sus ellas y sus seres queridos, familias etc. Sienten temor de su situación, no tienen o no están en posesión de su documentación porque están en manos de otra persona no, están familiarizadas con el idioma, sus remuneraciones escasa o nula….

2- Indicadores específicos-

- Indicadores específicos de explotación sexual-trasladarlas de un burdel a otro, ser escoltadas cuando van y vuelven del trabajo, compras, tener tatuajes o marcas que indiquen que son propiedad de sus explotadores, dormir donde trabajan, vivir o viajar en grupo normalmente con otras compañeras de trabajo que no hablan el mismo idioma tener muy muy pocas prendas de vestir, y en su mayoría son del tipo de las que se utilizan para el trabajo sexual, saber decir palabras relacionadas sólo con el sexo en el idioma local…..

- indicadores específicos de explotación laboral, pueden ser vivir en grupos en los mismos lugares en que trabajan y abandonan las instalaciones muy rara vez si es que lo hacen, vivir en lugares deteriorados inadecuados, instalaciones agrícolas o industriales, no estar vestidas adecuadamente para el trabajo que realizan, recibir sólo las sobras para comer, no tener contrato de trabajo…..

- indicadores específicos de explotación en el ámbito doméstico personas que han sido objeto de trata con fines de explotación en el servicio doméstico que pueden vivir con una familia, no comer con el resto de la familia, no tener espacio privado, dormir en un espacio compartido o inadecuado, son dadas por desaparecidas por su empleado aunque todavía r este viviendo en la casa de este, recibir sobras para comer, estar sujetas a constantes insultos, abusos, amenazas o violencia…

- Indicadores de explotación de situaciones de mendicidad o de menores, se suele tratar de niños, ancianos o migrantes discapacitados que tienen a mendigar en lugares públicos y en los medios de transporte públicos, niños que transportan o vender drogas ilícitas, no tienen acceso estos niños a sus padres o tutores, parecen intimidados y se comportan de forma que no corresponde al comportamiento de niños de su edad, no tienen amigos de su nacionalidad fuera del trabajo.”…

Artículo 144 RELOEx. ”Autorización de residencia y trabajo”

Una vez queda determinada exención de responsabilidad, el extranjero tiene derecho a que se le informe de la posibilidad de presentar una solicitud de autorización

de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, que se dirigirá a la Secretaría de Estado de Seguridad en función de que la motivación fuera la colaboración de la víctima en la investigación del delito o bien a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración si tuviera origen en su situación personal (144.1 RELOEx).

La solicitud se presentará ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que haya determinado esa exención de (144.2 RELOEx). La víctima extranjera, mientras se resuelve su autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, tiene según el artículo 59 bis. 4,derecho a que se le facilite una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente" A su vez el reglamento de extranjería, en su artículo 144.4 recoge "En caso de incluir informe favorable a la concesión de ésta, supondría la concesión de autorización provisional de residencia y trabajo por el Delegado o Subdelegado de Gobierno" …"La Delegación o Subdelegación de Gobierno, comunicará el traslado de la solicitud a la Secretaria de Estado para su resolución y le comunicará la concesión o no de ésta autorización provisional de residencia y trabajo."

"Esta autorización provisional implicará la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia en cualquier ocupación sector o actividad, y ámbito territorial y tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte la resolución sobre la solicitud de autorización realizada "(144.4- RELOEx).La mujer extranjera víctima de trata, tiene el plazo de un mes desde la concesión de la residencia temporal provisional para solicitar personalmente ante la Oficina Extranjería o la Comisaría de Policía correspondiente la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Que la autorizará a residir y trabajar en España. Ahora bien, Según el apartado 5 de este artículo, una vez resuelto favorablemente el procedimiento sobre la autorización definitiva, ésta tiene vigencia de 5 años con la posibilidad de acceder a la situación de residencia de larga duración.

Por otro lado, se le puede denegar la autorización de residencia y trabajo, lo que supondrá la pérdida de vigencia de la autorización provisional que se pudiera se hubiera concedido sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso (144.6 RELOEx)- Esto no es obstáculo para poder solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales en base a otro motivo diferente.

Artículo 145. "Retorno asistido al país de procedencia". .La víctima puede decantarse por la opción del retorno asistido. La víctima de trata de seres humanos "podrá solicitar retorno asistido a su país de procedencia en cualquier momento desde

que se pueda apreciar su condición de víctima de trata"… (art 45.1RELOEx), la solicitud se dirige a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y puede ser presentada por cualquier autoridad competente según el artículo 145.2.RELOEx. En el caso de concederla, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración facilitará la gestión de la asistencia a ese retorno voluntario que comprenderá según el artículo 145.2 "una "evaluación, previa a la partida, de los riesgos y la seguridad, en el transporte y la asistencia en los puntos de partida tránsito y destino"… También puede ocurrir que se determine como apunta el inciso 3, la necesidad de que el extranjero permanezca en España porque lo disponen así "las autoridades competentes en el marco de la investigación del delito o procedimiento penal",…"entonces la solicitud de retorno asistido no se tramitará hasta que desaparezcan las causas que determinan su obligada permanencia en territorio español"

No es descabellado pensar que la víctima de trata, siendo una mujer musulmana, ni se plantee la opción del retorno asistido y decida iniciar una nueva vida tanto en territorio nacional como en cualquier otro país de la Unión Europea. Debemos tener en cuenta, que esta mujer no tiene retorno puesto que, dependiendo de su lugar de origen, con toda probabilidad será rechazada por la sociedad e incluso por su familia llegando incluso a condenarla a lapidación. Lugares como el norte de Nigeria condenan a mujeres a muerte por lapidación por supuestos con mucha menos relevancia. Sirva de ejemplo un supuesto de hecho la mujer condenada a muerte por lapidación por ser violada por un vecino.

"

"LAGOS- Safiya Hussaini, de 35 años y madre de cinco hijos, no morirá por lapidación, al haber sido absuelta por un tribunal islámico nigeriano de apelación de una condena impuesta en octubre último por un supuesto delito de adulterio.

Hussaini fue juzgada según la ley Islámica o Sharìa por una corte del Estado de Sokoto, en el norte de Nigeria, tras haber presentado una denuncia contra uno de sus vecinos al que acusó de haberla violado y del que pedía dinero para mantener a su hija Adana, nacida en febrero último de esas relaciones forzadas.

La denunciante , no obstante, terminó siendo la víctima,, a pesar de que su relato fue corroborado por tres policías, y condenada consecuentemente a muerte mientras que el presunto violador era exonerado de toda culpa.

La versión de la ley Islámica que se practica en el estado de Sokoto prevé que una mujer pueda quedar embarazada de su antiguo marido hasta siete años después de su separación y que el hijo nacido de esa unión sea considerado legítimo, incluso si la madre tiene otros descendientes fruto de un segundo matrimonio.(Absuelven a Safiya Hussaini, condenada a morir lapidada .(24)

10. MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Reconocida internacionalmente como una violación de los Derechos Humanos de mujeres y niñas. Refleja una desigualdad entre sexos muy arraigada, constituye una manifestación extrema de discriminación.

Hasta los años 90, no se crea una alarma social, puesto que es en esta década cuando empiezan a llegar de forma masiva inmigrantes procedentes en su mayoría de África.

La ablación sexual/mutilación genital femenina,(A/MGF) es la mutilación de parte de los genitales externos femeninos para sentir placer sexual, con la finalidad de que las mujeres puedan llegar vírgenes al matrimonio. Puesto que si no es de ese modo, la mujer puede ser y es rechazada por su comunidad. También se realiza para evitar la supuesta promiscuidad de la mujer y asegurar que solamente tenga hijos con el marido, hay zonas donde se considera así por naturaleza. Éstas son las finalidades de la mutilación en los países donde se encuentra arraigada culturalmente esta práctica

La mutilación genital femenina, es la expresión oficial utilizada para referirse a esta práctica por la Organización Mundial de la Salud.

11.1 .Proyección física de la MGF:

Aunque se trata de una práctica ancestral, se practica hoy día sobre todo en África, Asia, y algunos países de América.La A/MFG no se trata de un fenómeno exclusivamente africano. Se practica aproximadamente en 40 países, siendo África, el Continente donde más extendida se encuentra, "con 29 países (·Benín, ·Burkina Faso, Camerún, ·Chad, ·Costa de Marfil, ·Djibuti, ·Egipto, ·Eritrea, República democrática

del Congo, Etiopía, , Gambia, ·Ghana,··Guinea „Guinea Bissau, ·Irak, ·Kenia, Liberia, Mali, ·Mauritania, ·Níger, ·Nigeria, ·República Centroafricana, ·R.U. de Tanzania ·Senegal, Sierra Leona, ·Somalia, ·Sudán, ·Togo, ·Uganda, ·Yemen)lo que correspondería al tercio de la población femenina total de toda África. Los países señalados con "·", han legislado de alguna manera esta práctica. Fuente: UNICEF (2013) Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change. La Mutilación Genital Femenina en España.(51)

.

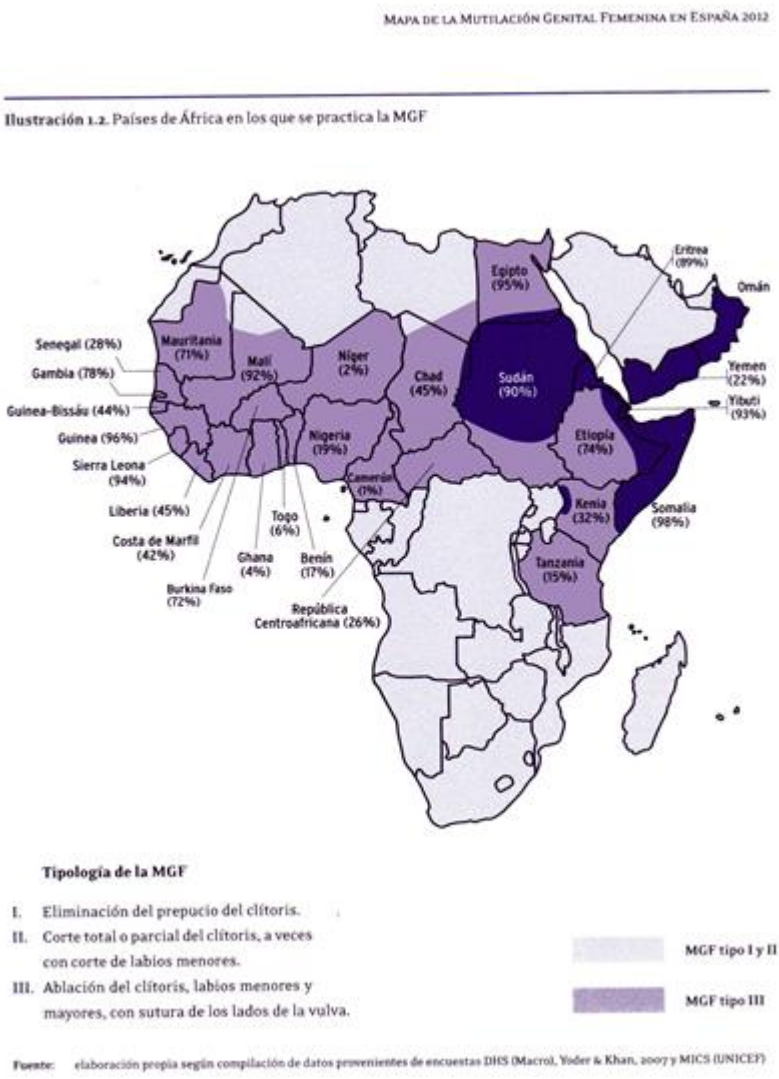
También se lleva a cabo en algunas zonas de Oriente Medio (Omán, Yemen, Egipto, Emiratos Árabes) y en Asia (India, Indonesia, Malasia, Pakistán, Sri Lanka) Se conocen casos en América Latina(Brasil, Colombia, México y Perú)" (49)

En el continente americano, Canadá y Estados Unidos son países por excelencia acogedores de inmigración.

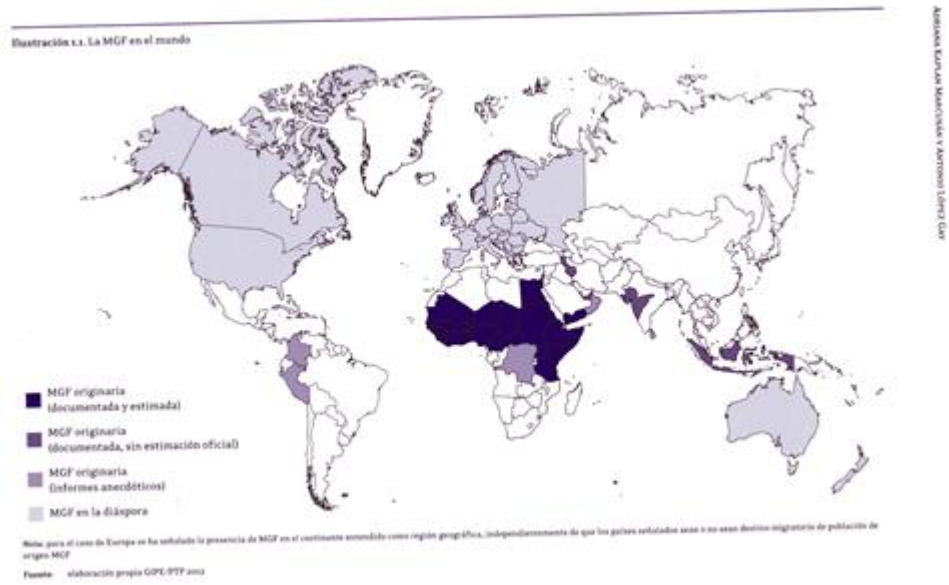
Europa, en especial España

"Hoy día hay 10.000 niñas en riesgo de realizarse esta práctica en España. Sobre todo al en zonas costeras como "Cataluña, Levante, Canarias (las Palmas)" y Madrid. Será por esto que los datos estadísticos fluctúan muchísimo por la clandestinidad a la hora de llevarlo a cabo"(25) En Canarias, la tasa de personas procedentes de países donde se practica la MGF supera los 10.000, entre ellos tenemos a Mauritania, Senegal y Nigeria con un número considerable de población inmigrante, a éstos les siguen Guinea Bissau, Ghana y Guinea. Se trata de países donde está arraigada culturalmente la práctica la MGF.

Existen muy pocas sentencias al respecto, y los datos que se conocen son mayoritariamente sanitarios y no jurídicos. Aunque en España se detectaron algunos casos de A/MGF practicados en Cataluña en 1993, y posteriormente en Palma de Mallorca en 1996, no existen pruebas fehacientes de que se hayan detectado más mutilaciones en nuestro país. (49)



Fuente: Mapa de la A/MGF en España 2012.Kaplan Marcusan ,A ; Lopez Gay, A. a partir de "compilación de datos provenientes de encuestas DHS(Macro),Yoder &Khan,2007 y MICS (UNICEF)"(26)



Fuente: Mapa de la A/MGF en España 2012.Kaplan Marcusan ,A ; Lopez Gay, A. a partir de GIPE/PTP 20012.(26)

11.2. Concepto

"La MGF es la eliminación total o parcial de los órganos genitales femeninos externos y otras lesiones en estos órganos por razones culturales, religiosas o por motivos no terapéuticos".**(25)** La OMS (27) durante mucho tiempo se ha centrado en este tema. Según la OMS, la mutilación genital femenina comprende las lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos, en referencia a la llamada introcisión: perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital (modalidad llamada del tipo IV) así así como todos los procedimientos consistente en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, estos se pueden agrupar en tres tipos:(Ver. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD "Protocolo común para a actuación sanitaria ante la MGF..2015.)

- Tipo I: Ablación-extirpación total o parcial del prepucio del clítoris. (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos), en algunos casos muy infrecuentes, sólo el prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris) Es la más leve. Se denomina Clitoridectomía.

- Tipo II: Escisión total o parcial del clítoris y labios menores con o sin extirpación de los labios mayores.(25)

Según el Parlamento Europeo, éstos dos tipos (29) representan el 85% de las MGF practicadas, siendo así la práctica más habitual.

- Tipo III: Infibulación- Circuncisión Sudanesa o faraónica, es el grado más grave, supone sellado o cerramiento de la abertura vaginal mediante corte/amputación de labios menores y mayores, con o sin extirpación del clítoris, dejando un mínimo orificio para permitir la salida de la orina y fluido menstrual. (27)(25) "Se crean superficies en carne viva que después se cosen/suturan con el fin de que tapen la vagina dejando una pequeña abertura para permitir el paso de la orina y la menstruación". (38)

De los tres tipos básicos de MGF, quizá la más grave es la infibulación, Esto nos hace ver lo arraigados que están en algunas zonas los sistemas patriarcales, y cuál es el rol de la mujer, el segundo sexo. Se practica en Somalia, y es una práctica muy habitual. Se lleva a cabo en algunas tribus y etnias y se considera que la mujer que no se la hace es impura y se la repudia "es socialmente apartada, es como si fuera impura".

- IV. "Se incluye en este tipo prácticas agresivas muy variadas como perforaciones, incisiones, amputaciones, estiramientos del clítoris, quemaduras, introducción de determinadas sustancias corrosivas que pueden provocar numerosas infecciones, quemaduras"...(25)

"Los tipos I y II predominan en el África subsahariana occidental, mientras el tipo III es la más habitual en áfrica oriental, principalmente en Sudán, Somalia, Eritrea, zonas de Etiopia, Djibouti, Níger, Senegal y Somalia". (49)

En Guinea Conakry, cada tribu tiene sus prácticas y su forma de practicarla, sus principios que les dan una aparente legitimidad para practicarla, estos principios son unos de carácter genérico y otros son puntuales de cada tribu, etnia... La razón genérica por la que se práctica es porque así la mujer no es considerada como una "cualquiera", sino que a partir de ese momento la mujer es considerada como tal, cómo una mujer "decente". De esta manera, la fórmula para evitar que la mujer por placer pueda estar con otros hombres, es suprimirle el clítoris. Al fin y al cabo, no se trata para ellas, sino una terminación nerviosa que produce placer. Ellos son conscientes de esto, de ésta manera" piensan que la mujer ya no irá a buscar hombres porque ya no tiene esa necesidad". No se trata sino de una forma de tener sometida a la mujer y asegurarse de que mantienen relaciones sexuales solamente con el marido porque esto es lo correcto y a eso están obligadas. De esta manera como la mujer ya no siente placer, se da por sentado que ya no siente curiosidad de mantener relaciones sexuales con otros hombres.

"En Guinea, su práctica se realiza en algunas zonas rurales. En un primer momento se abolió pero aun así se seguía practicando fuera de la legalidad, posteriormente se penalizó de tal manera que su práctica llevaba anexo la posibilidad de expropiarle sus bienes como pueden ser la casa propiedades, terrenos…sobre el año 1986 disminuye la práctica y esto culmino con una ceremonia celebrada en un sitito llamado "Lepalé", era en un estadio enorme, donde las mujeres "viejas, mujeres expertas.." de las aldeas entregaron sus herramientas como podían ser cuchillos, navajas…. De forma simbólica. Pero la verdad es que, aun así, se sigue practicando". (2

En países como Liberia, está abolida con penas de cárcel durísimas, en Sierra Leona ocurre algo parecido está abolida por la presencia del cristianismo.

En Guinea y en Mali se práctica de una forma similar: "La vulva y el conducto vaginal, quedan cerrados, se sella con unas ramas de un arbusto llamado" Basuk", se trata de unas ramas flexibles con unos pinchos que tiene la punta en forma de flecha, que se introducen en la herida para cerrarla de forma transversal Las ramas que se les ponen se quedan en la vagina y se unen literalmente a la carne, o músculo. Éstas ramas no pueden ni deben romperse bajo ningún concepto .Se realiza cuando la mujer es todavía soltera. Cuando se casa, al penetrarlas su marido éste rompe todas las espinas y desgarran todo. Todo esto ocurre en las aldeas rurales en la capital está penado". (2).

Esto se practica en niñas con 4-5 años, cuando son mayores pueden llegar a los 7 años .en éste tipo de prácticas, las hemorragias son tremendas, el índice de mortalidad es elevado por septicemia. En Guinea más del 90% de la población femenina la tiene hecha, pues difícilmente la tribu/aldea, buscará un marido para la mujer que no esté mutilada. La tribu, la aldea, lo es todo, es la familia. En Guinea, sobre todo la zona rural, se sigue manteniendo la estructura de la tribu que se convierte en la propia familia. Las niñas se casan sobre los 12 años, con su primera menstruación, si están ya mutiladas, su primera menstruación determina el matrimonio pero antes tiene que estar mutilada, si no lo está no se podrá casar. Socialmente, será equiparada a una "cualquiera" (2).

Las consecuencias que derivan de la práctica de la MGF, son evidentes y no solamente en el plano físico. No aportan ningún beneficio a las cerca de 140 millones de mujeres que la padecen en todo el mundo, pues esta práctica, puede perjudicar gravemente a la salud interfiriendo en el desarrollo natural de las funciones de su organismo. …"Retratando un dolor severo, shock emocional, coito doloroso, retención de orina, complicaciones en el parto, ulceración de la región genital, hemorragias, infecciones que pueden provocar incluso la esterilidad de la mujer, con un elevado índice de la mortalidad materno fetal. En la práctica no se utiliza anestesia, es normal

utilizar instrumentos rudimentarios como cristal, latas, trozos de metal, navajas o cualquier instrumento cortante sin asepsia, sin medidas de higiene y con instrumental inadecuado, valiéndose incluso de vegetales para cubrir la herida o recurriendo ungüentos que se consideran como virtudes medicinales"….(38)

Las consecuencias para la salud varían mucho dependiendo del tipo que sea, las condiciones higiénicas, medioambientales, no es lo mismo realizarlas en un ámbito rural que en un ámbito urbano, en un ámbito con unas medidas saludables o higiénicas que hacerlo sin estas. También depende de las edades para llevarlo a cabo, del país donde se realice, puesto que no hay una determinada edad. Hay países donde se hace a partir de los seis meses, otros establecen antes de los seis años... pero todos coinciden en que debe de ser antes del matrimonio. **(25).**

- Las complicaciones en la salud se clasifican en tres:

1. "Posible riesgo total.

Fallecimiento por hemorragias, dolor intenso, infección de la herida, sepsis y gangrena, retención urinaria, tétanos, estrés postraumático...

2. Complicaciones subagudas.

Anemia, hepatitis B., VIH, infecciones urinarias de repetición, retraso del crecimiento en niños con déficit nutricional base, abcesos, úlceras, retraso en la cicatrización de la herida, miedo, angustia, estrés...

3. A largo plazo.

Problemas genital-urinarias-infecciones urinarias de repetición, incontinencia, pólipos, inflamación pélvica, disminución del deseo sexual, anorgasmia, disminución del deseo sexual, infertilidad, dificultad en el trabajo del parto, desgarros, fisuras, fístulas, sufrimiento fetal, sufrimiento de humillación, vergüenza, trastornos de ansiedad y deseo."(25)

A estas secuelas físicas cabe asociar también una serie de secuelas psicológicas como trastornos de carácter psicológico, trastornos de ansiedad, depresión, sentimiento de humillación y miedo.

En el ámbito de la sexualidad también son importantes estas secuelas porque habitualmente ocasionan frigidez, reduciendo o limitando la posibilidad de sentir placer sexual.

Éstas son algunas de las consecuencias con las que nos encontramos con esta práctica.

Estas prácticas, se continúan realizando hoy en día.en África septentrional, Oriente Medio y Sureste Asiático, donde aún se llevan a cabo esta costumbre ancestral con raíces en las sacerdotisas del antiguo Egipto, a las que ya entonces se le realizaba la infibulación hace unos 5000 años.

Esta tradición, se practica indistintamente entre cristianos, judíos, musulmanes o animistas, no tienen nada que ver con la religión y ninguna creencia la respalda. En cuanto al Islam, no existe esta práctica en ningún precepto del Corán, ni en los principales textos sagrados esta religión, de hecho numerosos países musulmanes ni tan siquiera la practican, tal es el caso de Arabia saudí, Irak, Kuwait, Afganistán, Argelia o Irán. La declaración de Djibuti, 2005, reivindica que las afirmaciones de que el Corán exige la Ablación/Mutilación Genital Femenina (A/MGF) son infundadas y reafirma que todos los tipos de A/MGF son contrarios a los preceptos religiosos del Islam.

Se trata de una cuestión de Derechos Humanos, y como tal, se trata de un atentado contra la libertad, dignidad y la salud física, sexual y reproductiva de las mujeres.

Todo esto ha provocado que en los distintos Ordenamientos Jurídicos haya tenido más importancia y los legisladores se haya fijado más en este hecho desde un punto de vista internacional.

La comunidad ejerce un papel importante sobre los propios individuos que la componen, en los países de origen se trata de normas de obligado cumplimiento, y en el caso de que alguien se niega a cumplir alguno de estos mandatos, puede ser rechazada/o por la comunidad, expulsada/o de la misma.

Las razones son de carácter social, y otras son de carácter tradicional como símbolo identificativo del sexo y fomento de una supuesta "feminidad". Se concibe como un acto que purifica las niñas menores de 15 años, mejorando su fertilidad en un rito de transición a la vida adulta que las convertirá en mujeres. En la mayoría de las ocasiones, la MGF forma parte de un rito de iniciación, aparte de practicarla, se enseña

el rol que desempeña dentro de la comunidad, y se dota de los conocimientos y educación necesaria para que éstos sean transmitidos a sus hijas/os.

Las madres cuando deciden practicarla a sus hijas se basan en que a ellas también se la realizaron a edades muy tempranas, con lo cual no recuerdan el sufrimiento y el dolor ocasionado. Su nivel educativo es bajo con lo cual desconocen los efectos nocivos para la salud de sus hijas. Suelen ser en su mayoría mujeres que habitan o que han vivido en zonas rurales, donde los valores de la comunidad son muy estrictos y hay que acatarlo sin reproche. Así en muchos casos es la propia comunidad la que obliga a las mujeres a mutilar genitalmente sus hijas.

Se trata de una práctica vinculante con su propia cultura, está relacionada con su moral y sus creencias sociales que forman parte integrante de un modo de vida. Esta costumbre "*garantiza entre otros la virginidad de las chicas, las exime de toda sospecha social, promover valores como regular la sexualidad de las mujeres jóvenes,"* (2) todo ello, no son sino supuestos valores que no compensan el modo alguno la gravedad del daño causado.

> "*Fui mutilada a la edad de once años. Recuerdo ese momento como si fuera ayer. Vuelvo a verme a mí misma tirada en el suelo, cuatro mujeres del pueblo sujetando mis muslos y mis brazos bien fijos en el suelo, las piernas separadas y frente a mí, una extraña de al menos sesenta años que no había visto jamás, preparada para cortar trozo a trozo mis órganos genitales" P. Sego, mujer de Burkina Faso que lucha a favor de la promoción económica sanitaria y social de las mujeres y las niñas y en contra de las prácticas tradicionales perjudiciales para las mujeres."* (Diario El País)

Considerando que cualquier A/MGF, en cualquier grado, constituye un acto de violencia contra la mujer que supone una violación de sus derechos fundamentales, concretamente el derecho a la integridad personal y física y a la salud mental, así como a la salud sexual y reproductiva, y que dicha violación en ningún caso puede justificarse por el respeto a las tradiciones culturales de diversa índole o por ceremonias iniciáticas (

11.3. Regulación jurídica.

11.3.1. Legislación internacional:

- O.N.U., Convención de la Comisión Jurídica y Social de la Mujer en 1946.
- O.N.U., Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. el 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor en 1981.Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983. (BOE A-1984-6749,núm .69 de 21 de marzo de 1984) .

La importancia de esta Convención radica, en opinión de la profesora Doña Carmen Salinero Alonso, en Sesión del Experto en el estudio y t tratamiento de la violencia de género, impartido en la ULPG., en los artículos 5 y 17 que a continuación se estudiarán.

"En su artículo 5 sienta las bases para una posterior regulación de las mutilaciones genitales femeninas, pues establece que "… los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres….". Es en el artículo 17, donde se estableció la creación de un Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer conocido como **CEDAW.**

En el art. 5 sienta las bases de una posición para la regulación de la mutilación genital femenina, en este mismo momento se señala que todos los Estados miembros deben tomar medidas para cambiar patrones socioculturales de hombres y de mujeres.

Éste Artículo 5 tiene su transpolación en el artículo 17, se crea una comisión o un Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer con dos funciones principales: puede emitir recomendaciones a los Estados miembros y tiene que vigilar el progreso sobre estas medidas, recogidas en el artículo 4, y ver el progreso en la comunidad internacional. "(25).

…"Una de esas recomendaciones, **la Recomendación General número 14 de 1990** abordó de forma clara y específica, la continuación de la práctica de la circuncisión (mutilación) femenina y de otras prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer. Recomienda a los Estados parte que adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a su erradicación"…,…. "También propone a los Estados que incluyan estrategias y programas para erradicar estas prácticas, en sus políticas nacionales de salud". …(28)

- O.N.U.- El paso siguiente lo tenemos en el año 1993, con la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104 de 20 de diciembre en Viena **.**Contiene la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
  Dentro de la misma en su artículo 2, se considera como tal la mutilación genital femenina. Recoge en el artículo 4, que…" los Estados miembros deben

condenarla y en ningún caso, pueden invocarla o emitir su invocación por causa de justificación relacionadas con la cultura, creencias religiosas..."

"Es muy importante esta resolución porque por primera vez, esta práctica, en el año 93 se vincula con la violencia sobre la mujer.**"**.(25)

- Declaración y Plataforma de Acción de Pekín, surge de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995contiene una condena clara a la A/MGF
- O.N.U. Plan de acción para las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y los niños de 2004. Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Parágrafo 43 Reconoce que" la violencia contra la mujer y las niñas es un fenómeno mundial que pasa las barreras idiomáticas naturales y políticas" y varía tan sólo en sus manifestaciones y en su gravedad. (25), (28).
- O.N.U. Declaración contra la Mutilación Genital Femenina de 24 de mayo de 2008) Hace especial hincapié en la información y la educación como un aspecto fundamental...."No se puede trabajar ni hacer cambiar a quienes piensan de una manera diferente a lo que es la violencia contra la mujer si no es desde la educación. Por tanto, la única manera de poder establecer una perspectiva de género y salud es a través de campañas de concienciación y educación"...(25)

…"La O.M.S. ha sido y sigue siendo uno de los organismos que ha desarrollado una mayor labor para condenar y erradicar la práctica de las mutilaciones genitales femeninas, buscando apoyos en Estados donde esta práctica se encuentra más arraigada, con el objetivo de que sean sus propios gobiernos quienes sensibilicen a la propia población, con el fin de hacer desaparecer esta práctica."… "Modificando si es preciso sus propios ordenamientos jurídicos y haciéndolos cumplir para así proteger a mujeres y niñas.

…"Un ejemplo de ello lo tenemos en el caso de Djibouti, donde a pesar de que el Código Penal promulgado en 2004 declarara ilegales estas prácticas, se sigue mutilando por escisión o infibulación, al 90% de las mujeres. En Mali, el 99% de las mujeres en las etnias del sur, sufren cualquiera de los tres tipos principales de mutilación". (28)

- …"O.N.U. Suplemento sobre prácticas perjudiciales, O.N.U. Mujeres, 2010.

Se recomendó a los estados miembros de Naciones Unidas, que definieran la mutilación genital femenina dentro de sus propios ordenamientos jurídicos Se considera algo fundamental para perseguir y poder castigar a los autores, pero también para proteger y apoyar a las víctimas.

Se formulan cuatro recomendaciones en concreto desde un punto de vista normativo:

- la legislación no debe distinguir entre los distintos tipos de mutilación, con el objetivo de establecer las penas aplicables.

- Especificar con claridad que los acusados de mutilación no pueden esgrimir en su descargo el consentimiento de la víctima.

- Tipificar como delito específico el acto de realizar una mutilación genital femenina.

- Imponer las penas más severas aplicar en los casos de delitos contra la infancia a los autores.”…(28)

. Hoy en día hay muchos países que no han incluido una definición específica de esta práctica en sus respectivos ordenamientos.

La conferencia internacional de la IAC, Comité Interafricano sobre prácticas tradicionales, celebrada en Abis Abeda, se votó por unanimidad el día 6 de febrero el día de la tolerancia cero a la Mutilación Genital Femenina. La Resolución de 27 de noviembre de 2012 de la Asamblea de Naciones Unidas, condena la Mutilación Genital femenina y pide a todos Estados miembros que prohíban y castiguen esta práctica, fijando el día 6 de febrero como día internacional de la tolerancia cero contra Mutilación genital Femenina.

En 2013, UNICEF, publica su informe “M/AGF: Resumen estadístico y exploración de la dinámica del cabio” Recopila datos y análisis sobre esta cuestión (49)

Es en el año 2014 cuando la Asamblea General aprobó una nueva resolución para intensificar estos esfuerzos, con el objetivo de la eliminación de la Mutilación Genital Femenina.

- Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África, 11 de julio de 2003.

“En el mismo se establece que los Estados Parte prohibirán y condenaran todas las formas de prácticas nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Los Estados parte

tomarán medidas legislativas y de otra índole, necesarias para eliminar este tipo de prácticas, tales como:

- Creación de conciencia pública en los sectores de la sociedad en relación con las prácticas nocivas mediante información, educación formal e informal, programas de divulgación.

- Prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de Mutilación Genital Femenina.

- Prestación del apoyo necesario las víctimas de prácticas nocivas a través de servicios básicos como servicio de salud con apoyo jurídico y judicial, asesoramiento psicológico.

Protección de las mujeres que corren el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia abuso e intolerancia" (28)

"UNICEF 2006, "cambiar una convención social perjudicial: la A/MGF " algunos países de África y Oriente Medio han introducido en sus legislaciones, mediante la forma de ley o decreto, la manera de combatir la A/MGF. Benín (2003), Burkina Faso (1996), República centroafricana (1966), Costa de Marfil (1998),Yibuti (1995), Egipto (1996),Ghana (1904), Guinea (1965, actualizado 2002), Kenia (2001), Níger (2003), Senegal (1999), Tanzania (1998), Togo (1998)."…,…"Otros países en cambio prohíben esta práctica en su propia constitución como es el caso de Etiopía, Ghana, Guinea y Uganda. (28)

11.3.2. Consejo de Europa

El consejo de Europa incluyó la MGF en su agenda en 1994(49)

Resolución 1247/2001 de 22 de mayo de 2001 del, Consejo de Europa

"Solicita los Estados miembros que pronuncien legislación específica contra la violencia sobre la mujer y específicamente contra la M.G.F. declarándola como una violación de los Derechos Humanos y de la integridad corporal de las víctimas" (25)

El convenio del Consejo de Europa del año 2011 de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y contra la violencia doméstica. Ratificado por España en 2014, (BOE A-2014-5947, núm.137 de 16 de junio de 2014)Se obliga

a las partes a penalizar la violencia física y psíquica, la mutilación genital femenina, el acoso sexual y los matrimonios forzados o forzosos.

Aun así todavía no podemos decir al menos desde un punto de vista sociológico, que exista un compromiso social pleno, poco a poco con el tiempo y con información, pero sobre todo cobra especial importancia la educación en valores, para considerar la posibilidad de poder erradicarla A/MGF. Aunque cada vez hay más implicación, hoy por hoy no es un tema de extraordinaria preocupación por la sociedad.

11.3.3. Convenio de Estambul.

Se trata del primer instrumento europeo jurídicamente vinculante. Adoptado en Estambul por los Estados miembros del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2011. Es el primer Tratado Europeo que aborda este problema. La entrada en vigor del Convenio de Estambul ha de constituir el primer paso en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres.

"Sólo siete de los estados miembros de la Unión Europea lo han ratificado, Austria, Dinamarca, Francia, Italia, Portugal, Suecia y España. 15 lo han firmado pero todavía no lo han ratificado, seis ni siquiera lo han firmado". (28)

"No deja de resultar sorprendente esta desigualdad de compromiso dentro de la propia Unión Europea, en especial cuando este mismo año, un informe sobre la violencia de las mujeres en los 28 Estados miembros reveló que un tercio de las europeas declara haber experimentado violencia física o sexual desde los 15 años, en público, en la intimidad, en casa o en el trabajo. Países como España, que han ratificado o se comprometen a ratificar en breve este convenio, se compromete a adoptar varias medidas:

- Perseguir internacionalmente la mutilación genital femenina. Los países que han ratificado este Convenio, se comprometen a perseguir este delito internacionalmente y aplicar sin restricciones el Principio de Justicia Universal.

- Adoptar las medidas necesarias para que la persecución por razón de género sea tenida en cuenta como causa para obtener Asilo o protección subsidiaria. Este convenio da un paso más, y recuerda los Estados el Principio Internacional de

No devolución a su país de origen. De alguna manera, se comprometen a garantizar que las víctimas de violencia de género que necesiten protección, con independencia y su condición o lugar de residencia, no puede ser devueltas a su país de origen bajo ninguna circunstancia.

- El proceso de firma y ratificación de este convenio promovido por el Consejo de Europa, debe continuar y debe concretarse por parte de todos los Estados miembros de la Unión Europea. Es imprescindible que Europa tenga una voz unánime en cuanto al rechazo, persecución y castigo de la violencia contra las mujeres."(28)

11.3.4. Regulación jurídica de la Unión Europea.

- Carta de Niza de 2000 (DOUEC Núm. 364 de 18 /12/2000)

Recoge el derecho de la salud psíquica de toda persona, dignidad, igualdad,…

- Carta Europea de 2007(DOUE C.303, de 14/1272007)

Recoge el derecho de la salud dentro del ámbito de la violencia sobre la mujer, igualdad ante la ley, no discriminación,…..

- Resolución 2001/2035 de 20 septiembre, Parlamento Europeo

"B. considerando....Éstas prácticas se realizan al menos en 25 países africanos y en algunos países asiáticos como Indonesia y Malasia; Oriente Próximo como Yemen, Emiratos Árabes Unidos, y Egipto. Se ha constatado que en los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Europa el número de víctimas se acerca a 60.000 y el número de mujeres en situación de riesgo a unas 20.000 puesto que también se llevan a cabo en el seno de comunidades inmigrantes de estos países."

Resolución 2007/2093 de 16 enero 2008, Parlamento Europeo.

"O. Considerando que las violaciones de los DDHH de las mujeres y niñas inmigrantes en forma de los llamados "delitos de honor" matrimonios forzados, mutilaciones genitales…..no pueden justificarse por ningún motivo cultural o religioso…"

"Insta a los Estados miembros a que apliquen medidas legales específicas sobre la mutilación genital femenina o que adopten leyes que permitan a su vez adoptar acciones penales contra toda persona que lleve a cabo actos de mutilación genital". (36)

- Resolución 2008/2071 de 24 marzo 2009, Parlamento Europeo(37)

Dedicada exclusivamente a la lucha contra la Mutilación Genital Femenina en la Unión Europea. Considera delito la M.G.F… "El parágrafo 28 pidió a los estados miembros de la Unión Europea que:

- Consideren como delito cualquier MGF, independientemente de que la mujer afectada haya otorgado o no algún tipo de consentimiento, así como que se castiga quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo a una persona para que realice cualquiera de estos actos sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña.
- Persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de MGF , aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito)
- Aprueben medidas legislativas que otorguen a los jueces o fiscales la posibilidad de adoptar medidas cautelares y preventivas si tienen conocimiento de casos de mujeres o niñas en situación de riesgo de ser mutiladas"….(28)

"Los legisladores europeos, han llevado a cabo esta resolución de dos formas: bien prohibiendo directamente las mutilaciones genitales como un delito de lesiones tal es el caso de Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo o Portugal; o bien, en segundo lugar, estableciendo una legislación especial, aprobando nueva normativa, tal es el caso de Suecia y Reino Unido por un lado, y por otro lado adaptando los Códigos Penales mediante la inclusión de un delito singular que tipifique las mutilaciones, tal es el caso de Bélgica a Austria, Dinamarca, España e Italia.

En los países de este segundo bloque, rige el principio de extraterritorialidad para hacer frente al riesgo que supone para niñas y mujeres regresar a sus países de origen, y que vuelvan al de acogida ya mutiladas."(28)

Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y contra la violencia doméstica.

En relación con la Unión Europea, es a partir de la Carta de Niza el año 2000, que va a tener una aplicación inmediata y se recoge por primera vez el derecho de la salud psíquica de toda persona. Consecuencia de ello la Carta Europea de 2007 que insiste en esta idea y dentro del ámbito de la violencia contra la mujer.

Como podemos ver, estamos hablando de cuestiones muy cercanas en el tiempo, nos referimos al año 2008, hace sólo siete años.

Cabría preguntarse si realmente existe una conciencia social sobre la Mutilación Genital Femenina. Es cierto que a lo largo del tiempo ha habido avances legislativos en el ámbito del derecho internacional. Es cierto también, que es un tema que empieza a preocupar notablemente en los países occidentales. Pero todavía no podemos considerar que esa conciencia social esté afianzada, sólo lo estará con el paso del tiempo a través de la información y de la educación. Pero hoy por hoy resulta un tema no demasiado importante para la sociedad.

Viendo todo e laberinto legislativo existente en cuanto a la preocupación internacional que genera ésta materia, la UE se decanta por la penalización de este delito. Existen varias opciones:

"Alemania, Francia, Finlandia, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, y Portugal no establecen una tipificación autónoma del tipo, sino que lo incluyen dentro del delito de lesiones en general. En España, se recogen el 149.1 del Código Penal donde se sanciona las lesiones sobre órgano vital. Pero también se podría establecer una legislación específica, estableciendo normas fuera de los Códigos como el caso de Suecia y Reino Unido. También se podría tipificar como un tipo agravado de lesiones en este bando tendríamos a Bélgica, Austria, Dinamarca, Italia y por supuesto nuestra legislación" (25)

El 25 de noviembre de 2013, Comisión Europea, Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo "Hacia la eliminación de la MGF". Primer compromiso de la Comisión Europea con medidas específicas. (49)

11.3.5. Regulación jurídica estatal.

Código Penal, artículo 149. 1,

El Código Penal ha sido reformado, y ha entrado en vigor esta reforma el 1 de julio de 2015. (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015)En materia de mutilación genital femenina se mantiene prácticamente íntegro el artículo 149 2. El art.1.6 de la LO11/2003 de 29 de septiembre (BOE A-2003-1808) añade un punto 2"*El que causara a otro, una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años."*.... El art. 258 de la LO1/2015 de 30 de marzo (BOE a-2015-3439) añade al final del nº 2..." *o persona con discapacidad necesitada de especial protección".* No obstante el que varía es el artículo 156 ter, añadido por el art. Único 85 de la LO1/2015) en una disposición común que pena: "*A los condenados por la Comisión de uno o más delitos comprendidos en este título cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, se le puede imponer, además una medida de libertad vigilada*" que puede consistir en sometimiento a control judicial a través de diferentes medidas. Estar

localizable, instalación de aparatos electrónicos, comunicación de variación de residencia, del lugar de trabajo,…"

El artículo 106.2 CP,…"el Juez o Tribunal deberá imponer en la Sentencia medida de libertad vigilada, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad"… exige su cumplimiento una vez se haya cumplido la condena. A tal fin, tal y como prescribe el segundo párrafo del art. 106.2, con una antelación de dos meses antes de que se cumpla la condena, …"el Juez de vigilancia penitenciaria elevará oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador"… propuesta concreta del contenido de la medida aconsejable de manera individualizada, de llevar a cabo las prohibiciones del 106.1.

L.O.P.J. De 1/julio/85, modificada por la L.O. 3/2005 de 8 julio

Después de tipificar este delito en el Código Penal, la política criminal española posibilitó la persecución extraterritorial de la práctica de la misma, cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede la mayor parte de los casos aprovechando viajes estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país. La ley orgánica 3/2005, de 8 de julio, modificó la regulación del poder judicial añadiendo un nuevo epígrafe G) al artículo 23.4LOPJ…….. "Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentra en España".

Principio de Justicia Universal Proposición de Ley, 24/01/2014, modificación el Principio de Justicia Universal dirigiendo sustancialmente su ámbito de aplicación.

Tipificación, artículo 149.2 del Código Penal como respuesta penal a la M.G.F.

En nuestra legislación, se introduce como un tipo agravado a través de la ley orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta le modifica el artículo 149 del Código Penal e introduce su párrafo segundo para dar de alguna manera, el carácter específico de la lesión a través de la mutilación de los órganos sexuales.

En un primer momento el Código Penal en la redacción originaria del artículo 149 decía "*el que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años*". Vemos así, como establecía una sanción por lesiones con carácter general. Más tarde, con la nueva redacción por ley orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, se añade un punto 2, *"el que causara una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera*

menor o incapaz será aplicable la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz". De forma clara, en la exposición de motivos IV en su inciso 3º de esta ley, 11/2003 de 29 de septiembre, al justificar la introducción de este precepto se refiere a" *la existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico*", afirmando que "*la mutilación genital femenina de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza sin que pueda, en absoluto, justificarse por razones pretendidamente religiosos o culturales".*

Algunos autores hablaban de la posibilidad de que la Mutilación Genital Femenina estuviera dentro del 149 cuando se trataba de un órgano viril. Es cierto que hasta entonces la jurisprudencia se había decantado con respecto al pene como órgano principal, puesto que no había jurisprudencia con respecto al clítoris. Y era la jurisprudencia la que debía o no considerarlo como miembro principal. Es por ello que la mayoría de los autores vio con buenos ojos la modificación del artículo 149 del Código Penal.

El artículo 149.1 tras la reforma de 2015 sigue sin concretar quién tiene que ser sujeto pasivo, no habla de Mutilación Genital Femenina, se refiere tanto a los órganos sexuales masculinos como femeninos "mutilación genital". Además trata a la mutilación genital en "cualquiera de sus manifestaciones". No acota ni forma ni resultado. Puesto que cualquier tipo de mutilación entraría en el tipo del 149.Esta forma delictiva se consuma en general en forma de coautoría, que entra en el 149.2 (art.28 CP" Son autores quienes realizan el hecho por sí solo, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, recoge que son autores "los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado") así …"la autoría puede ser directa, inmediata, coautoría o pueden participar el acuerdo de dos o más personas en el hecho delictivo. Aquí rige el principio de imputación recíproca, en el supuesto claro de coautoría, todos los que participan en el hecho son coautores. Por otro lado si tuvieran como resultado una muerte, englobaría también el delito de homicidio, o asesinato" (25).

Abarca el dolo directo y también el dolo eventual, el caso del sujeto que no quiere directamente el resultado pero realiza determinadas tareas o prácticas y aparece como de muy probable ejecución. Si estas prácticas llevadas a cabo produjeran una muerte, englobaría entonces el delito de homicidio, o incluso asesinato. (25)

SAP BARCELONA 14 de junio de 2013, sección 20.

Hace una curiosa interpretación sobre el artículo 149.2.En su Fundamento de Derecho TERCERO, establece que este artículo sólo "tiene por objeto únicamente

combatir estas inaceptables prácticas culturales, pero no supuestos como el de autos". Es decir cuando la única causa de ellas sean las razones culturales o religiosas, y no exclusivamente una razón de género.

SAB 735/2013*(48)*

El fiscal solicitó una condena por delitos de agresión sexual del 178 CP y mutilación genital previsto y penado en el 178 CP.

El supuesto de hecho data de" la madrugada del seis del marzo del 2012, después de haber cenado con otras dos personas en un bar y beber unas cervezas…, regresaron al que era su domicilio común desde hace algunos días en Hospitalet, … ….Sobre las cuatro de la madrugada iniciaron una relación sexual sin que haya podido determinarse si fue con o sin consentimiento de A" .No estaban casados pero existe relación análoga a la matrimonial de unos 12 años. El acusado "con ánimo" de atentar contra la integridad física de su pareja, le dio fuerte mordisco en los genitales y ante el intenso dolor comenzó a gritar arrancándole parte de los mismos, los cuales posteriormente escupió. El acusado abandonó corriendo la vivienda y permaneció huido hasta su detención. Como consecuencia de los hechos, A. resultó con lesiones consistentes en herida abierta con ablación parcial del clítoris y labios menores, con ausencia total del labio menor derecho y 2/3 partes del labio menor izquierdo, parte inferior del capuchón del clítoris. Habiendo requerido para su curación, tratamiento médico quirúrgico, analgesia, retención gástrica, tardando en curar 14 días requiriendo ingreso hospitalario."

En su Fundamento de Derecho PRIMERO: La mujer se marcha y deja prueba preconstituida. El Ministerio fiscal acusa por delito de agresión sexual y por un delito de lesiones del 149.2 (fundamentos Primero y segundo) La sala absuelve por agresión sexual porque la prueba constituida no se hizo correctamente y la mujer no se persono como acusación particular. Absuelve de la ablación y condena por un delito de lesiones del artículo 150 CP por conformidad un delito de lesiones que provoca una deformidad física con una pena de 3 a 6 años en vez de 6 a 12 años. Al final se le condena a cinco años por la agravante de parentesco.

La ponente dice que en este caso concreto no será el tipo por motivos religiosos ni cultural y por lo tanto el motivo que movió al sujeto fue por venganza. No se aplica en 149.1 del código penal, y sigue 150, y lo ve como una "*deformidad*". (25)

"La Sentencia considera que no es una cuestión religiosa sino de género por tanto, no aplica este precepto específico sino el 149.1 Se trata de una mutilación y en la exposición de motivos, al hablar de los motivos de género y culturales se refiere a estas prácticas cuando tengan como consecuencia o sean causa de estas razones. El ponente, dice "*lo que dice la exposición de motivos es que no se puede justificar por estas razones culturales o religiosas, pero no quiere decir que solamente se aplique cuando razón de que sea cultural o de religión*"."(38)

Es importante el tema de la autoría, pues el delito puede ser cometido como dolo directo o primer grado, o indirecto o eventual en segundo grado.

COMISIÓN POR OMISIÓN

Los familiares directos de las menores, que son víctimas de la ablación como pueden ser sus padres, tienen la obligación de custodiar y guardar la integridad de las menores a su cargo, pudiendo inclusive acudir a la doctrina de la comisión por omisión.

"La omisión de una acción se encuentra en relación de causalidad con la alineación de resultado". La omisión en el resultado siempre que ocasione realmente un peligro cierto.

Que el sujeto omitente este cualificado para ser autor, es requisito fundamental en este tipo de delitos. Que haya estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción.

Que la omisión suponga la intención de un deber jurídico de actuar bien como consecuencia específica obligación legal de actuar, o cuando el/los comitente/s ha/han creado una especial situación de riesgo para el bien jurídico protegido". (38)

COAUTORÍA DE LOS PADRES

Hay que tener en cuenta la edad de las víctimas en el momento de cometer las ablaciones con respecto al consentimiento de las mismas cuando lo sufrieron. Es importante el hecho de que convivieron con sus padres. En tal situación la autoría es clara, si tenemos en cuenta el concepto amplio que establece el Código Penal en el

Artículo 27"Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices"(38)

"…La autoría puede ser directa, cuando el sujeto realiza el hecho delictivo, en la ablación el sujeto coge a la niña y le amputa los órganos sexuales. La autoría puede ser indirecta o mediata, cuando el sujeto utiliza otra persona para realizar el hecho delictivo. Normalmente se utilizan a personas que no son imputables penalmente para cometer el hecho delictivo.

En tercer lugar tenemos la participación, es diferente, supone que el sujeto interviene en el hecho delictivo ajeno, lo que hace es colaborar, participa en el hecho delictivo. Puede ser mediante la inducción, cooperación necesaria y complicidad. Las dos primeras son tan importantes que llevan aparejada la misma pena que la autoría. Dada su importancia el legislador las equipara, pero no es una autoría…." (25)

STS 939-13 de 16 de febrero, sala segunda voto particular de Don Manuel Marchena, "*desde el punto de vista de la acción omisiva y negligente, no puede decirse que sea una conducta irresponsable, el trasladar el cuidado y la custodia de hecho, a la abuela materna*". (38)

El supuesto ocurre en Senegal, la niña viaja con los padres, y la madre la deja al cuidado de la abuela materna.

"*No es una conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, que debe considerarse tan responsable o más que la madre*"." Si esta última por imperiosas razones vitales de subsistencia tenía que trabajar en el campo. Nunca se espera que la abuela lleve a cabo algo que pueda perjudicar a su nieta, ni puede pensar en ello la acusada, ni la ablación del clítoris es norma. Excluyo por tanto la responsabilidad de la madre, ni siquiera por la vía de la omisión negligente del Artículo 11 del Código Penal, podría castigarse a la madre". La Audiencia Nacional la condena y el Tribunal Supremo la absuelve. (38)

ERROR DE PROHIBICIÓN

En esta materia también es habitual el error de prohibición, los padres y madres alegan que no lo sabían,… El requisito es que el sujeto sabe perfectamente lo que está

haciendo, lo que desconoce, es que está prohibido por el Ordenamiento Jurídico. En su país de origen puede consumarse de forma más o menos legal, pero desconoce que en España el mismo acto es delito y su ejecución conlleva una pena.

Es sabido, el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento. En el Derecho Penal, precisamente por las consecuencias tan graves que acarrea para la persona, el equivocarse conlleva a sanciones no deseadas pero establecidas legalmente.

El Artículo 14.3 del Código Penal, señala que "el error se castigará sí es vencible con el tipo doloso atenuado. Estaríamos así ante un delito imprudente" (25). El sujeto es consciente de lo que está cometiendo, fiel a sus convicciones de origen fundadas en una creencia de estar de alguna manera beneficiando a su hija, pero desconoce las consecuencias legales en nuestro Ordenamiento..

"La Sentencia 336/2009 2 de abril, establece que el error en prohibición se constituye como el reverso de la conciencia de la anti juridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la acción penal ignore que su conducta es contraria a derecho, o bien que actúe en la creencia de estar obligado ilícitamente por la consecuencia de excluir la responsabilidad."(38) Resulta obvio, que éste error no puede hacerse extensivo a los supuestos en los que el autor este convencido de que la sanción penal era de menor gravedad, tampoco la ignorancia de la norma infringida, es entonces cuando podremos evaluar o imputar algún tipo de responsabilidad según el Artículo 14 del Código Penal que regula el error invencible .

Esta sentencia, según explicaciones de Doña Susana Polo García en sesión se Experto Universitario ULPGC Derechos Humanos y Género, "afirma que una ablación de clítoris, es una práctica cultural del país de origen. Lo cual no puede ser excusa para elaborar una teoría de error de prohibición fundado en los valores culturales a los que pertenece el sujeto porque el respeto a las tradiciones de las culturas tiene límites, y es el respeto a los Derechos Humanos que actúan en todas las culturas y tradiciones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y es discriminación. El respeto a las culturas autóctonas de determinados países tiene límites, y es el respeto de los Derechos Humanos universalmente conocidos comunes todas las culturas."

SAP BARCELONA 4213 de 13 de mayo, Supuesto de Hecho: Los procesados T (reside en España desde 1988 y su marido M. (22 años residiendo), tienen dos hijas menores R. y A. escolarizadas en España. Ambos extirparon el clítoris a sus hijas no se sabe si

directamente o bien con un tercero con identidad desconocida, basándose en creencias culturales y religiosas pero siendo conocedores de la prohibición de su práctica en el país de residencia (ambas menores no salieron del país en este periodo de tiempo).En el fallo se les condena por dos delitos de MGF, extirpación de clítoris.

"Confirmada por el Tribunal Supremo 8 de mayo de 2014, ponente señor Varela, hace suyos los argumentos aceptados en la primera sentencia. Afirma que el límite de las culturas autóctonas se encuentra en el respeto a los Derechos Humanos universalmente reconocidos.

Hace un estudio sobre el error de prohibición, el voto particular que se citó de D. Manuel Marchena. . *"En concreto, en un supuesto de Senegal…: "el reproche a la falta de acreditación o razonamiento acerca la asistencia de algún sistema de información que permita deshacer el error, no está justificado porque Senegal ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen la dignidad de la mujer y el derecho a la integridad física. También ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de las mutilaciones. La Convención de Derechos del Niño fue firmada por Senegal en los años 90. Senegal ha suscrito la Carta Africana de Derechos Humanos, en el que su artículo cinco prohíbe todas las formas de mutilación genital femenina"…. Por lo tanto, el ponente entiende que estas personas, aunque procedan de Senegal saben que está prohibido. Con lo cual no se puede alegar el error de prohibición*". (38)

Queda claro que no cabe apreciarse razones culturales ni ideológicas, ni de carácter higiénico estético frente a la violación de Derechos Humanos, no cabe alegar un derecho legítimo. "Somos conscientes de la presión del grupo social al que está sometida la familia, dependiendo del lugar de donde provengan, su tribu, su aldea, su etnia… tienen sus propias prácticas y convicciones la presión de que la mutilación genital femenina es un acto bueno, que tiene que hacerlo para que su hija no sea repudiada por el entorno social, que además no se considere impura, porque el curandero está salvaguardando la salud de su hija". (2)Todo esto hace que en ocasiones, el conocimiento no sólo de la norma penal sino de la motivación de la norma penal, en este caso española, sea un conocimiento viciado, muy condicionado por el peso de la cultura y de la tradición. Hay un conflicto de creencias y arraigos culturales en ocasiones incluso religiosos, así muchos se preguntarán ¿si durante miles de años ha sido una práctica correcta, necesaria, útil… Ahora, por otro lado, un país extraño, dice que no se debe de hacer, esgrimiendo para ello una serie de razones que en ocasiones no se entienden en ciertas culturas? Nunca se puede hablar de una causa de justificación, ni alegar en la práctica, que la mutilación genital femenina sea algo justificado.

SAN 9/2013

La sala de lo penal sección cuarta , abril de 2013,condena a dos años de prisión a la madre de una niña senegalesa de tres años que sufrió un caso de A/MGF fuera del territorio nacional, en su aldea natal, ambas son residentes en Premiá de Mar (Barcelona) al apreciar error vencible del delito. …"Sin embargo se recurre al T.S. y la STS 939/2013 de 16 diciembre, casa la sentencia porque no se prueba que el error es invencible.

Mujer senegalesa, inmigrante, vino a Cataluña en 2010 con sus hijos, su marido vino anteriormente ejerció el reagrupamiento su familia 26/08/ 2010. B., su esposo y la menor de sus hijos R., nacida en una aldea de Senegal en 2006, acudían al centro de atención primaria en Premia de Mar donde la exploración realizada abre el protocolo de protección de niños inmigrantes, le fue diagnosticada la extirpación del clítoris que precisará tratamiento posterior.

"Esta lesión fue causada directamente por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de ritos religiosos y culturales en las zonas rurales de Senegal."

No se acredita que fue error vencible" así, por falta de pruebas se la absuelve el TS."(25)

TS 835/2012 de 31 octubre

"Se confirma una sentencia de la audiencia Provincial de Teruel ***SAT 26/2011 de 15 de noviembre*** en la que se condena al padre a seis años de prisión y a la madre a dos años de prisión al apreciar error vencible en la prohibición.

Es un caso en el que se declara" probado que en fecha NUMOOO de 2009, nació en la República de Gambia L, hija de los procesados F y Z que entran legalmente en territorio español en septiembre del año 2009 donde se hallaba residiendo F. desde hacía 10 años fijando el domicilio familiar en Teruel. Ninguno de los tres ha realizado viaje alguno al extranjero desde esa fecha permaneciendo desde entonces en territorio español. En fechas no concretadas entre 20/11/2000 y 20/05/2010 los procesados de común acuerdo bien ellos o a través de persona desconocida, pero contribuyendo eficazmente a tal fin extirpan el clítoris de la menor motivado por sus creencias religiosas y culturales, siendo conocedor F. de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la procesada Z. Como consecuencia L.

resultó con lesiones consistentes en amputación del clítoris con cicatriz lineal con secuelas en su capacidad sexual, no imposibilitando la relación sexual pero si imposibilitando placer sexual."

La Audiencia falla condenando por delito de lesiones, MGF del 149.2 sin circunstancias modificativas a F. y a Z lesiones, MGF concurriendo un error de prohibición vencible.

El T.S. confirma la sentencia, y dice que el padre residiendo 10 años en España no podía alegar error en prohibición pero si la madre ante el desconocimiento del idioma.

Se produce error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente.(Fundamento de Derecho Segundo).

"Se aplica principio de territorialidad, aunque el país de origen esté también prohibido o no". (25)

En el ***panorama nacional***, existen medidas muy recientes:

"Declaración institucional con motivo del día 6 de febrero como Día internacional de tolerancia cero contra la mutilación genital femenina, en concordancia con las resoluciones de Naciones Unidas.

El Observatorio de la Infancia sesión del 9 de junio de 2014, actualizado el Protocolo básico de Intervención Contra el Maltrato Infantil en el Ámbito Familiar, en aquellos supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género y algunas de las formas de violencia contra las niñas. En este sentido se hace referencia también a la mutilación genital femenina infantil.

Conferencia Sectorial de Igualdad de 21 de julio de 2014, se incluyó por primera vez en la agenda de trabajo común de todas las Comunidades Autónomas el tema de la mutilación genital femenina.

Como consecuencia de ello se ha creado un apartado específico, una plataforma online de trabajo de la dirección general de la violencia de género y todas las comunidades autónomas para el intercambio de información y documentación al respecto.

Anteproyecto de ley de Protección a la Infancia, fue informado por el Consejo de Ministros el 25 de abril de 2014, introducen el artículo 11 en el cual establece como principio rector de la aprobación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia incluida la mutilación genital femenina."(38)

.

Protocolo Común de Actuación Sanitaria Está previsto en la medida 185 de la Estrategia Nacional contra la erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016. Este protocolo ha sido aprobado por el pleno del Consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 14 de enero de 2015 es el primer protocolo a nivel nacional que aborda desde el ámbito sanitario esta forma de violencia contra la mujer. "Se elabora con el objetivo de constituirse en herramientas básicas para orientar las actuaciones homogéneas en el Sistema Nacional de Salud."(49) El protocolo comienza con un primer apartado sobre el marco conceptual que permite una aproximación a la realidad de la mutilación genital femenina a través de su definición y tipología. La exposición de las causas por las que se práctica y las consecuencias que ello deriva en la salud.

Recoge datos existentes a nivel mundial sobre la práctica de la mutilación genital femenina, posee una gran utilidad a la hora de reconocer los factores de riesgo. Hace un amplio reconocimiento de los países en los que se concreta la práctica de la mutilación genital femenina, herramienta útil y fundamental en cuanto a la detección y prevención de posibles casos, no discrimina ni diferencia en cuanto a origen entre menores nacionales y extranjeras.

En cuanto a las actuaciones de los profesionales sanitarios, se contempla desde una perspectiva integral, multi-interdisciplinar, abarca la atención primaria, la atención especializada, pediatría personal de medicina, enfermeros/as de familia, matronas, ginecólogo/ as, obstetricia, los servicios de urgencias. Existe una coordinación entre todos ellos pata coordinar acciones y garantizar los cuidados a personas mutiladas.

En cuanto a las actuaciones sanitarias, la mutilación genital femenina, "se promoverá abordaje preventivo y terapéutico. Se confirma si hay una mutilación practicada en mujer adulta, se valora si existen factores de riesgo o situación de riesgo para las niñas o mujeres jóvenes que no estén emancipadas. Y se confirma la práctica o no de esa mutilación genital femenina en las niñas".(38)

El testimonio y experiencia de mujeres que ya han sufrido la mutilación resulta fundamental realmente de su ayuda y sus testimonios se beneficiarán no solo personal sanitario sino otras posibles víctimas En relación con niñas y chicas jóvenes, es muy importante realizar una actividad preventiva "pre-viaje", en los supuestos de extranjeros residentes en España y que viajan por vacaciones a su país de origen. Con la finalidad de prevenir la práctica de la mutilación genital femenina.

Este protocolo contiene el "Compromiso Preventivo". Recogido en el punto 5.4.2 "Actuación ante una situación de riesgo inminente: Actividad preventiva pre-viaje" Se trata de una pieza clave, si hubiera constancia de una familia con factores de riesgo, que prepare un viaje al país de origen, se incluye un" modelo o documento desarrollado para que los progenitores de la menor de edad puedan utilizarlo en el viaje a su país de origen como elemento de apoyo a su decisión de no practicar la MGF a sus hijas.." …(50) no viene a ser sino el final de un proceso en el que ambos progenitores han sido perfectamente informados para poder tomar una decisión seria en cuanto a este tema con conocimiento de la ley y de las posibles consecuencias tanto en país de acogida como en origen. …"Además, queda su firma y el archivo de una copia de su historia clínica, para que quede constancia de que los profesionales sanitarios ante la situación de riesgo como medida preventiva y han informado los progenitores de la menor de las consecuencias para su salud y las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la práctica dela MGF."(49)

…"En el caso de que se valore la existencia de riesgo….el personal sanitario lo debe comunicar a la entidad pública de protección de menores correspondiente y al ministerio fiscal, éste podrá poner en marcha el proceso para la adopción de medidas cautelares que lo eviten".(49) En los casos en los que se produce, y se ha firmado este documento, cuando vuelven de viaje estas menores serán sometidas a una visita médica obligatoria. Si se ha practicado una mutilación, se interviene tanto para paliar las consecuencias de su práctica en la salud como también se interviene para lograr su persecución por la jurisdicción española. A tal fin, el protocolo incluye un modelo de parte de lesiones, además en el caso de menores de edad, se recoge la hoja de notificación del riesgo y maltrato infantil desde el ámbito sanitario que debe revertirse a una entidad pública de protección de menores.(38)

SAB 4815/2010 de 11 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona.

"La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso interpuesto por una mujer de Guinea Conakry para mantener la titularidad de la patria potestad sobre su hija

menor, por el riesgo que supone que minimiza la importancia de la ablación de su hija resultando evidente que existe un riesgo para la menor de ablación en caso de traslado al Guinea como pretendía su madre.

La Entidad Pública asume la tutela de la menor con la finalidad de impedir que acuda a su país de origen y una vez allí, con independencia de su voluntad e incluso la de su madre, sea sometida a una práctica que además de atentar contra su integridad corporal puede causar efectos psicológicos y afectar a su futura plenitud sexual".(28)

12. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

Son una serie de delitos reconocidos por la comunidad internacional que hace que puedan ser juzgados en aquellos lugares donde se encuentren los sujetos con independencia y su nacionalidad, con independencia de si es o no nacional del Estado.

Artículo 23.4 LOPJ 6/1985 de 1 de julio (BOE núm.157 de 02707/1985) se recogen determinados delitos por el Principio de Justicia Mundial como son:" a) genocidio y lesa humanidad, b) terrorismo c) piratería, d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores o incapaces e) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, .f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas sean o no trabajadores g) Los relativos a la Mutilación Genital Femenina, "siempre que los responsables se encuentran en España, h) cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los de derecho internacional humanitario y de protección de los DDHH, deba ser perseguido en España".

Así, aquellas personas que siendo residentes en España viajaban a su país de origen en vacaciones y realizaban la MGF, de sus bebés, hijas etc. y después regresaban a España, por el principio de territorialidad no se les podía enjuiciar, pero si por el Principio de Justicia Universal.

Sin embargo, esto que hasta ahora ha sido así, ha dejado de serlo porque la LO 1/2014 de 13 de marzo (BOE-A-2014-2709) modifica el apartado 4 del artículo 23, con lo que el Principio de Justicia Universal se ve afectado por esta reforma, dirigiendo sustancialmente su ámbito de aplicación.

…"hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que previstos por el Derecho Internacional, deben ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos. La extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice"…(Exposición de motivos LO 1/2014 de 13 de marzo. BOE A-2014-2709)

Con ésta reforma el contenido de la letra G. que era donde se regulaba la MGF, pasa a la letra L. con el siguiente contenido: art- 23.4 "Igualmente , será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española…..

L) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11/05/11 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica siempre que:

1º el procedimiento se dirija contra un español;

2º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España."

Ahora la L.O.P.J. limita el contenido de este Convenio que hacía referencia a la violencia doméstica, matrimonio forzoso, acoso, MGF…, estableciendo una serie de limitaciones:

-Se puede castigar y enjuiciar a los sujetos siempre que el procedimiento se dirija contra un español

-El procedimiento se dirige contra un extranjero que reside habitualmente en España, especifica la habitualidad en la residencia..

-El delito se tiene que haber cometido contra una persona de nacionalidad española, o que reside habitualmente en España, siempre que la persona a la que se le impute el hecho delictivo se encuentra España.

Vemos así cómo tras esta reforma legislativa se restringe muchísimo la aplicación de éste principio, aunque estos presupuestos en la modificación de la ley se refieren a unos cuantos delitos no sólo a la M.G.F. El Principio de Justicia Universal, se está reduciendo de tal manera que poco a poco se hace más difícil llevarlo a la práctica.

13. DERECHO DE ASILO Y M G F.

La exposición de motivos de la Ley 571984 en su punto I recoge…"La presente Ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13.4 de la Constitución"…En España el artículo 13.4 de la Constitución de 1978 remite a la Ley para establecer los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden solicitar el ***Derecho de Asilo***. …"La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España." En este sentido, el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, (BOE A-1984-7250, núm74 de 27/03/1984) reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, establece quienes podrán solicitar asilo en España,…" a)las personas a quienes se hubiese reconocido la calidad de refugiados de acuerdo con lo dispuesto en el título II y b)quienes sufran persecución ,estén sometidos a enjuiciamiento o hayan sido condenados por delitos de carácter político o por hechos conexos con un delito de esta naturaleza pero con la salvedad de que deriven del ejercicio de un derecho fundamental reconocido así por la Constitución española"… Queda modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo de modificación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo (BOE A-1994-11608, núm 122 de 23/05/1994),el artículo tercero en su inciso 1."se reconocerá la condición de refugiado y se concederá asilo a todo extranjero que cumpla todos los requisitos previstos en los instrumentos internacionales ratificados por España en especial en la Convención sobre el Estatuto delos Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967"…Definición que quedará recogida en el artículo 2 LA 12/2009 de 30 de octubre(BOEA-2009-17242, núm263 de 3171072009) "el derecho de asilo "El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos del artículo 3 de ésta ley y en la Convención sobre el Estatuto delos Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967".Vemos así que la redacción es prácticamente la misma diferenciándose en que en su primera redacción en 1984 hacía referencia a todo extranjero que cumpla los requisitos recogidos en los dos instrumentos internacionales … posteriormente en 2009 habla de nacionales no comunitarios y apátridas que tengan la condición de refugiado conforme a los mismos instrumentos.

Esta norma ha sufrido una importante revisión en 1994.Segun el preámbulo de la ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, …"se ha considerado necesario por razones de técnica legislativa adoptar una nueva ley que desarrolle lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Constitución, en lugar de proceder en la Ley 5/1984 a realizar modificaciones parciales "…,…"que deberá adaptarse a los criterios de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales en materia de asilo". Esta ley ha vuelto a ser actualizada a 25/03/2014.se modifica el artículo 40 por la ley 2/2014 de 25 de marzo (BOEA-2014-3248)

El Derecho de Asilo, si tenemos en cuenta el primero de los cuatro aspectos fundamentales de la modificación de la ley 9/1994 en su exposición de motivos, queda de este modo, ligado al reconocimiento de la condición de refugiado, de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951.Ésta no deja de ser referente normativo internacional en la materia. Por consiguiente, los motivos de persecución que pueden dar lugar al derecho de asilo incluyen" la raza, la religión, la nacionalidad como la pertenencia a determinado grupo social y las opiniones políticas",(artículo 7.1) pero no contempla la persecución por razón de género. Tengamos en cuenta que los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra datan de 1951.Este motivo queda recogido en la nueva ley en su art 7.2 .."se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género"…

El artículo octavo de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, señala como requisitos de la condición de asilo "Para que se resuelva favorablemente la solicitud de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos previsto en los números 1 3 del artículo 3º de esta Ley" BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984. El solicitante deberá cumplir estos requisitos para se le conceda el asilo..

En este sentido, si bien la Jurisprudencia española concreta la concesión de dicho derecho a la necesaria existencia de "indicios suficientes" de peligro respecto de la vida (art 6.7y 10 de la Ley), STS de 19 de junio de 1998 …" es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo"… Es necesario que los motivos en que se basen para solicitar este derecho tanto de asilo como de refugiado, han de ser fundados, así se manifiestan los artículos 3 y 4 de la L.A de 2009. Estos indicios deben ser probados por parte del recurrente .pues estos indicios han de existir. "STS 3 de diciembre 2010(recurso casación nº5306/2007, STS 31 de mayo de 2011(recurso de casación nº5394/2009)".(53)

En cuanto a la protección por actos de violencia sexual, …"la STS de 6 de julio de 2012 (recurso casación nº 6426/2011)"…,.." en cuanto a malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar (la llamada violencia doméstica) hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 15 de junio de 2011 (RC 1789/2009) que "la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la LO 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas perteneciente al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables,"...]"(53)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 30 de julio de 2004.

…" Al respecto, es relevante la argumentación de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 17 de marzo de 2004, cuando establece que: "la Mutilación Genital Femenina es en realidad una manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las 'mujeres' o 'género femenino', pues si bien es cierto que entre las causas de persecución previstas en el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra no se prevé expresamente tal persecución por razón de sexo o género, la misma puede, sin embargo, encuadrarse en la persecución que por la pertenencia a un determinado 'grupo social' se contempla en el mencionado precepto. Es ésta una categoría residual que se aplica a motivos de persecución que no pueden ser catalogados en los demás motivos legalmente previstos (ni por razón de raza ni de religión ni de nacionalidad ni de opiniones políticas), que en ocasiones anteriores hemos aplicado, por ejemplo, a los homosexuales rumanos (sentencia de 24 de septiembre de 1996) o a los periodistas argelinos (sentencia de 25 de noviembre de 1997) y en la condición de mujer o pertenencia al género femenino

Además, y dada la genérica situación sociopolítica existente en Nigeria, de la que esta Sala tiene constancia en virtud delos informes remitidos regularmente por el ACNUR, hay indicios de que tal Estado no presta a la demandante protección alguna frente a la situación relatada de peligro para su integridad física, la conclusión es que la misma se halla en definitiva desprotegida en su país de origen en virtud de una persecución derivada de su pertenencia al grupo social femenino, en cuanto es costumbre arraigada y extendida en dicho país"…

Por otro lado, la" STS de 11 de mayo de 2009(recurso de casación 3155/2006)"reconoció asilo en España a una mujer de nacionalidad nigeriana que se veía obligada a contraer matrimonio no deseado y a la que se le practicó la MGF. Una de las razones determinantes de la estimación del recurso fue la desprotección y discriminación de las mujeres ante el sistema legal de su país. "(53)

Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 20 de septiembre de 2006.Número de recurso 112/2006. Ponente: D Ernesto Mangas González:

Doña P. nacional de Nigeria, había solicitado asilo para evitar la circuncisión o ablación, refiere la práctica de la misma al Consejo de un médico nativo para evitar la muerte de su padre, y su huida a España para evitar el sufrimiento que había tenido una de sus hermanas a la que se le efectuó aquella. Sin acreditar, en realidad una persecución por tal motivo, ni constar denuncia de tales hechos ante las autoridades de

su país, en el que está prohibida dicha mutilación, máxime al proceder doña Paula de una zona en la que no es costumbre social a referir a ablación. Doña Paula se encontraba indocumentada, existe un informe de ACNUR con carácter desfavorable.

Doña Paula interpone Recurso Contencioso Administrativo contra la Resolución del Ministerio de Interior de 30/03/2005, de inadmisión a trámite de su solicitud de asilo. Dicho recurso se sustanció en el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo (núm118/2005).Se dictó Sentencia en cuya parte dispositiva se desestima el Recurso Contencioso administrativo interpuesto por ser conforme a derecho. Doña Paula interpone Recurso de Apelación contra esta Sentencia interesando la estimación del presente recurso, y la admisión a trámite de la solicitud de asilo. Se remita las actuaciones posteriormente a la sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. El fallo es que se desestima el Recurso de Apelación planteado por doña Paula contra la Sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo por venir ajustada a derecho.

Fundamento de Derecho TERCERO. "La solicitud de asilo se formuló por dos circunstancias concretas, la primera, el padre de las solicitantes cristiano, contrario a la ablación de sus hijas, sufrió una enfermedad tradicional, (fue sometido a vudú), y el médico tradicional de la aldea le refiere que sólo se puede salvar si practicaba la ablación a sus hijas. Una de las hijas fue sometida a esta práctica, lo que provocó que la solicitante saliera su país de origen para evitar su mutilación genital. No existe expediente de denuncia ante las autoridades de Nigeria, por cuanto en dicho país existe la práctica de dicha mutilación, a pesar de estar prohibida y perseguida por las autoridades citadas."

"No se tuvo en cuenta el hecho de ser practicante de una religión minoritaria en Nigeria, el cristianismo, el hecho de ser mujer, susceptible de sufrir mutilación genital, indicios de ser motivos acreditativos de persecución por motivos religiosos y posee posible víctima de una costumbre horrible y contraria a los más esenciales Derechos Humanos."

"El abogado del Estado advierte que las autoridades de Nigeria, en especial en el Estado del que dice provenir doña Paula, son contrarias a la práctica de la ablación, estando perseguida la práctica, sin que conste la denuncia de los hechos ante dichas autoridades." …,…"Del relato de doña Paula no se desprende la existencia de persecución en el sentido de la convención de Ginebra, en el momento de la huida se encontraba indocumentada, no acreditando que fuera de Nigeria, atravesó varios países

y en ninguno consta que haya sufrido persecución"…. Se le deniega el Derecho de Asilo puesto que no encuadra la Convención de Ginebra.

…"En cuanto al Tribunal Supremo español, la MGF aparece en el ámbito de lo Contencioso Administrativo, en relación a la concesión del Derecho de Asilo. En Sentencias como la 4013/2011, de 15 de junio, RC 9036/2003 de 15 de febrero de 2007 y RC 3155/2006, de 11 de mayo de 2009, en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de "indicios suficientes", según el caso concreto, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le han supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del Derecho de Asilo según lo dispuesto en la Ley 5/1984 de 26 de marzo"…(41)(52)

…"*Cerca de 3 millones de niñas corren el riesgo de sufrir mutilación, según el último informe de Unicef de julio de 2013.*

Un total aproximado de unos 140 millones de niñas y mujeres sufren mutilación cada año en países de en su mayor parte África, pero también en Asia y América Latina

En Egipto, Amnistía Internacional, ha denunciado en su último informe que las mujeres y niñas egipcias se enfrentan en su propio hogar y en el espacio público a situaciones de violencia alarmante. Entre estas situaciones se incluyen agresiones sexuales en grupo y torturas bajo la custodia del Estado, así como otros tipos de violencia de género incluida la mutilación.

Amnistía Internacional, en su último informe, documenta cómo a pesar de todas las reformas llevadas a cabo en estos últimos años en estos países, en concreto la legislación egipcia, existe una arraigada impunidad que sigue fomentando la violencia en el país. El 91% de las mujeres en Egipto ha sufrido mutilación. En Sierra Leona el nombre mutilaciones de niñas y mujeres alcanza ya el 88% según Unicef. En Somalia, Amnistía Internacional, ha denunciado que la violencia y el acoso sexual a mujeres y niñas es uno de los problemas endémicos más graves del país. Unicef señala que el 98% de mujeres y niñas en este país han sido sometidas a mutilación"…(38). ***"Amnistía Internacional llama a combatir la MGF que se practica en 29 países", Europa Press, 05/02/2015***

…"Este problema también existe en Europa, el Parlamento Europeo, (no existen cifras oficiales pero alrededor de 500.000 niñas y 180.000 mujeres, están en riesgo de ser sometidas a esta práctica todos los años, según datos del propio Parlamento Europeo). Algunos países europeos, como España, realizan esfuerzos para luchar contra la mutilación. Sin embargo estos intentos siguen siendo escasos y tienen poco impacto. Cada año, 20.000 mujeres y niñas buscan asilo procedentes de países que practican la mutilación."…(38)

Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria y posterior actualización publicada el 26/03/2014 establece en su Título Preliminar, dentro de las Disposiciones generales la regulación del derecho de asilo (artículo 2) , la condición de refugiado (artículo 3) y la protección subsidiaria(artículo 4)

…"La condición de refugiado se reconocerá a toda persona que , debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él"….(art.3)

En cuanto a los actos de persecución, según el art 6.2.a), el Derecho de Asilo será reconocido cuando los s fundados temores de las mujeres a ser objeto de persecución del apartado 1 de éste artículo revistan entre otros "actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual"…

Para valorar los motivos de persecución según el artículo 7.1.e) de la ley, se tendrá en cuenta …"En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual o identidad sexual y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos no puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo"…"Por otro lado, el mismo artículo en su párrafo siguiente, prescribe" en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos no puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo"… "

Vemos un denominador común tal como establece la exposición de motivos; "la regulación de la protección subsidiaria con las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo. ……"El propósito común de ambos es que las personas beneficiarias reciban una protección, frente a riesgos para su vida, integridad física o libertad, que no pueden encontrar en su países de origen*".*

"Programas de retorno voluntario de inmigrantes

"Los programas de retorno voluntario del Ministerio de Empleo y Seguridad Social ofrecen la posibilidad de retornar a aquellas personas extranjeras (inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados, personas con estatuto de protección de protección subsidiaria), que manifiesten su deseo de volver a su país de origen y que cumplan los requisitos establecidos en alguno de los programas.

Los programas de los que podrían beneficiarse las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género serían los siguientes:

- *Programa de retorno voluntario asistido con especial atención a personas vulnerables: del que pueden ser beneficiarias las solicitantes de asilo, las que tengan estatuto de protección subsidiaria y las que estén en situación irregular y acrediten, mediante un informe emitido por los servicios sociales municipales o por la entidad especializada que gestione el retorno, ser víctimas de violencia psicológica, física o sexual.*

- *Programa de retorno voluntario de atención social: del que pueden ser beneficiarias las extranjeras vulnerables en situación de regularidad administrativa. Es necesario que se encuentren en situación de carencia y precariedad social, acreditada mediante un informe emitido por los servicios sociales municipales o por la entidad especializada que gestione el retorno, y que sean víctimas de violencia psicológica, física o sexual.*

- *Programa de ayudas complementarias al abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros extracomunitarios que retornen voluntariamente a sus países de procedencia (APRE): del que pueden ser beneficiarias quienes tengan reconocido el derecho a percibir la prestación contributiva por desempleo de forma anticipada y acumulada, con la finalidad, precisamente, de facilitar su retorno, y sean nacionales de países que tengan. suscrito con España convenio bilateral en materia de Seguridad Social"(42)*

NOTAS

(1)Fuente:.Jefa Unidad de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer en Delegación de Gobierno de Canarias, sesión de Experto Universitario en el Tratamiento y Estudio de la Violencia de Género, ULPGC.

(2) ALICIA NAVARRO Ex - Cónsul de Guinea Conakry en Las Palmas.

(3) CARDONA RUBERT, Mª BELEN, Profesora titular de Derecho de Trabajo y de la seguridad Social.Univ. Valencia. "La integración sociolaboral de los inmigrantes islámicos en España" Apartado 4.2 2el protagonismo de la Administración local en la integración de los inmigrantes.: El papel socializador del Padrón Municipal

(4)VELASCO RIEGO. Oficial Policía Local de Salamanca. "Violencia de Género, la situación de las mujeres inmigrantes" en "Sociedad, violencia y mujer II, retos para abordar un cambio social".) Miguel Pérez Fernández, Ana V, Torres García, Luisa Velasco Riego. "Sociedad, Violencia y Mujer II. Retos para abordar un cambio social."

(5) Artículo uno de la "Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer". Naciones Unidas, Conferencia de Viena, 1993

(6) INSTITUTO CANARIO DE LA MUJER "Guía para la atención de mujeres víctimas de violencia de género"

(7) BOC Nº 86 de 7 de mayo de 2003

(8) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica ocho/2000, de 20 de diciembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

(9) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica cuatro/2000 de, de 11 de enero. (Posterior reforma de 2011)

(10)TRINIDAD GARCIA Mª Luisa., (coordinadora), MARTIN MARTÍN J., URIA PELAYO A. MASANET FERNANDEZ J. "Comentarios al Artículo 31 bis de la LOEx" en Comentarios a la Ley de extranjería. Editorial Colex

(11) MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Delegación de Gobierno para la violencia de género.. Guía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género.

(12) Lucas Andrés Pérez Martín. ULPGC, Derecho Comunitario, sesión del Experto Universitario en Violencia de Género.

(13)Jornadas "La trata de seres humanos. La nueva esclavitud del Siglo XXI. Mesa redonda 4."El fenómeno Migratorio en Canarias. Rutas y Organizaciones Criminales Dedicadas a la TSH" Moderador D. Valentín Solano San Miguel, Jefe Superior de Policía en Canarias " Rutas migratorias mundiales de la TSH". CNP.

(14)…"*Boko Haram, campa entre Nigeria, Camerún y Níger, también tiene sus lazos con Al Qaeda,…..Su agenda pasa por imponer la ley islámica en una suerte de califato en el noreste. Su fuerza, según relata el escritor nigeriano experto en historia militar, Max Silloum, radica en lo recaudado por robos y raptos*"….Óscar Gutiérrez para el diario El País 21/06/2014, "Los hijos de Al Quaeda se rebelan".)

(15) NIETO BARROSO JOSE. Control de flujos migratorios e inteligencia" .Jornadas "La trata de seres humanos. La nueva esclavitud del Siglo XXI .Mesa redonda 4."El fenómeno Migratorio en Canarias. Rutas y Organizaciones Criminales Dedicadas a la TSH" Moderador D. Valentín Solano San Miguel, Jefe Superior de Policía en Canarias "

(16) Luis Felipe San Martín Fernández Marcote. Ponencia: Aspectos operativos en la lucha contra organizaciones criminales asentadas en África y recursos policiales para hacerles frente, cooperación internacional. Mesa redonda: Fenómeno migratorio en Canarias. Rutas y organizaciones criminales

dedicadas a la T de Seres Humanos .Jornadas "La Trata de Seres Humanos. La nueva esclavitud del S.XXI.8 y 9 de junio de 2015.

(17) Mario Sánchez Linde, Noticias Jurídicas, la trata Ilegal de personas.

(18) José Luis Sebastián Montesinos, La TSH sesión del experto estudio y tratamiento de la violencia de género ULPGC

(19) Don Joaquín Sánchez Covisa Villa, Fiscal de la sala del T.S. Extranjería y Cooperación judicial Internacional, CISS,(Coordinador D. Javier Mariano ballesteros Martín) Capítulo V. "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 Bis C.P."

(20) PEÑA HERNÁNDEZ VIRGINIA, Jueza de Instrucción número 2 de Telde. "La T.S.H. En el ordenamiento jurídico español. Diferencia entre trata y tráfico ilícito de inmigrantes, artículo 177 y 318 bis del Código Penal"
Jornadas "la trata de seres humanos. La nueva esclavitud del siglo XXI. (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, policía nacional, Ministerio del Interior) 8-9 de junio. 2015.
"El Fenómeno Migratorio en Canarias. Rutas y organizaciones criminales dedicadas a la T.S.H."
(21) B.O.E. núm. 77 de 31 de marzo de 2015(BOE-A-2015-3439

(22) RODRIGUEZ GALLEGO JUAN ANTONIO, Inspector y jefe Grupo UCRIF LPA. "Diferencias entre los artículos 59 y 59 bis CP" en Jornadas "La trata de seres humanos. La nueva esclavitud del Siglo XXI .Mesa redonda 5."La TRH en el ordenamiento Jurídico Español" Moderador D. Ignacio Díz de Lezcano Sevillano.

(23) FERNANDEZ AREVALO LUIS, RODRIGUEZ CANDELA J., SOLANS PUYUELO F., NÚÑEZ HERRERA VLADIMIR. Comentarios al artículo 59 y 59 bis LOEx, En "Comentarios a la ley de extranjería. Referencias normativas, jurisprudencia y comentarios. Editorial COLEX.".

24) EL MUNDO-Lunes 25 de marzo de 2002"

(25) SALINERO ALONSO CARMEN Mutilación Genital Femenina, sesión del Experto Universitario en Violencia de Género.

(26)Fuente: Mapa de la A/MGF en España 2012.Kaplan Marcusan, A; López Gay, A. a partir de "compilación de datos provenientes de encuestas DHS (Macro), Yoder &Khan, 2007 y MICS (UNICEF)"

(27) -http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs2417es/index.html

(28) PEREZ VAQUERO CARLOS. Artículos Doctrinales. Noticias Jurídicas. "La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea"

29) -http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs2417es/index.html

(30) Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas 2001/25, de 20 de septiembre.

(31) Parágrafo 65 del Plan de acción para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y niño.

Informe A61/11, de la Asamblea Mundial de la Salud, de 20 de marzo de 2008(2)
(32) AMIRIAN, N Y ZEIN, M (2009), El Islam sin velo, Planeta, Barcelona

(33) UNICEF, Innocenti Digest, Cambiar una convención social perjudicial: la A/MGF, Florencia, 2005.
http://www.unicef-irc.org/publications7pdf-e.pdf
http://www.religioustolerance.org/fem_cirm3.htm
http://www.un.org/womenwatch/daw/text/sconvention.html
(34) http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomendations/recomm-sp.htm

http://who.int/reproductivehealth/publications/fgm/wmh/_99_5/en7ind/ex.html

(35) http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Supplement-to-handbook-Spanish.pdf

-(36) UNICEF, Inocenti Digest, Cambiar una convención social perjudicial: la A/MGF

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001--0476+0+DOC+XML+VO//ES

(37) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2008-0012+0+DOC+XML+V0//ES

(38) POLO GARCÍA, SUSANA, Sesión del Experto Universitario en Derechos Humanos y Género. M.G.F. otra forma de violencia de genero. ULPGC

(39)".AZCARRAGA MONZONIS CARMEN. Profesora Doctora de D I Pr, Universidad de Valencia . "La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo."
(40) Exposición de motivos Ley 9/1994 de 19 de mayo
(41) Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. "La Mutilación Genital femenina, en España

(42) *) "Derecho de asilo" en "Guía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género". Ministerio de Sanidad, servicios Sociales e Igualdad. Delegación de Gobierno para la Violencia de Género. http://www.gob.es/ssi/violencia Genero/*

(43) "Violencia de género y mujer inmigrante". III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Asistencia Social y Recuperación Integral. (2009). URÍA PELAYO ANA MARIA Vocal Subcomisión de extranjería del CGAE Violencia de género y mujer inmigrante.

(44) Ver: Mª ángeles Moraga García. Universidad de Alicante. "Notas sobre la situación jurídica de la mujer en el franquismo, en , diciembre 2008.Feminismo/s 12 diciembre 2008.

(45)www.un.org7womenwatch/daw/vaw/hanbo...legislación%20on%VAW%20(Spanish).pdf.
Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el adelanto de la Mujer. O.N.U. " Manual de legislación sobre la violencia sobre la mujer. ""Suplemento del manual de legislación sobre la violencia de la mujer". Prácticas perjudiciales contra la mujer".

(46) SÁNCHEZ RIVAS JAVIER, FRANCO PANTOJA, FRANCISCO, "Reglamento de extranjería 2011". Real Decreto 557/2011, de 20 de abril .Editorial LEX NOVA.

(47)"Violencia de género en la Ley de Extranjería, La discriminación en España de las mujeres en situación jurídica-documental irregular" Ortega Giménez Alfonso, Profesor D..I..Pr.. Universidad de Elche. Director del Observatorio de la Inmigración dela ciudad de elche. Alarcón Moreno Jose, Letrado experto en relaciones jurídicas y socioculturales internacionales de familia por la Universidad de Alicante Alonso García Esther Abogada dela Agencia Amics de Elche y Secretaria del Observatorio de la Inmigración de la ciudad de Elche. Alicante.

(48) Sentencia facilitada por Doña CARMEN SALINERO ALONSO, Profesora de la ULPGC en el curso de sesión del Experto Universitario en Violencia de Género." la Mutilación Genital Femenina, "y por Doña POLO GARCÍA, SUSANA, Sesión del Experto Universitario en Derechos Humanos y Género. M.G.F. otra forma de violencia de genero. ULPGC

(49)Datos extraídos de ´MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

"Protocolo común para a actuación sanitaria ante la MGF..2015.

(50)Compromiso preventivo. Datos extraídos de ´MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD "Protocolo común para a actuación sanitaria ante la MGF..2015, que a su vez ha sido directamente extraído de la Guía de Aplicación del Compromiso preventivo. Fundación Wassu-UAB. http://www.mgf.uab.cat/esp/recursos para profesonales.html.
(51)MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. Delegación de Gobierno para la Violencia de Género. "La mutilación Genital Femenina en España"

(52)García Bueno Paz. "Manual de prevención de la Mutilación Genital Femenina. Buenas prácticas" Edita: Confederación Nacional Mujeres en Igualdad. ..Subvencionado por Ministerio de empleo y Seguridad Social.

(53) Escribano Testaut .D. Pedro, Magistrado del Gabinete Técnico del TS, Fernández Sánchez Dª Margarita Diana, Letrada del Gabinete Técnico del TS. Quintana Carretero D. Juan Pedro, Magistrado Decano del Gabinete Técnico del TS (Coordinador) "DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (ASILO Y REUGIO, PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y AUTORIZACIÓN DEE PERMANENCIA EN ESPAÑA POR RAZONES HUMANITARIAS.2009-2012.

15. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACALE SANCHEZ MARÍA. Profesora de Derecho Penal. Universidad de Cádiz. "Análisis del C.P. en materia de Violencia de Género contra las mujeres desde una perspectiva transversal.
- AFGHAN WOMEN´S NETWORK, (AWN), recopilación de información y redacción. coordinación Coleutiuv Milenta Muyeres. Associació per als Drets Humans a LÄfganistan (ASDHA) "Los derechos de las mujeres en Afganistán2.
- AGUELO NAVARRO PASCUAL (director) "Comentarios a la ley de extranjería. Referencias normativas, jurisprudencia y comentarios". Editorial COLEX. Coordinador Luis Fernández Arévalo. Colaboradores: José. L. Rodríguez Candela, Francisco Solans Puyuelo, Vladimir E. Núñez herrera.
- ALONSO GARCÍA RICARDO, DÍEZ PICAZZO.LUIS. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. GONZÁLEZ PEREZ JESÚS. MENÉNDEZ AURELIO. MONTOYA MELGAR ALFREDO. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. "Legislación básica sobre violencia de género."5ªED.Editorial Cívitas. Thomson Reuters.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. La M.G.F. y los Derechos Humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas de iniciación.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS CARMEN. Doctora de derecho internacional privado, Universitat de Valencia. IDVvLEX.481703978.http//libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/mujer-inmigrante-extranjera-asilo-481703978 España. "La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo.237-262"http://app.vlex.com.bibproxy.ulpgc.es/#ES/search/jurisdiction:ES+content_type:4/mujer+extranjera/vid/481703978.
- BALLESTEROS MARTIN JAVIER MARIANO (2010)," Extranjería y cooperación judicial internacional". CISS, grupo Wolters Kluver.
- BERNARDO RODENAS SOFIA, "Mujer e inmigración" Revista nº 6 AequAlitas.
- GUNTER DIETZ. Univ. Granada. "Discriminación y antidiscriminación en España: el caso de las mujeres musulmanas."
- CIRCULAR 1/2002 de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención Fiscal en materia de extranjería. CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONESS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.ADPCP.VOL-LV.2002
- DE ARRIBA GONZÁLEZ YESSICA, Mutilación Genital Femenina. Una forma de violencia contra la mujer socialmente aceptada. Universidad de Salamanca.
- DE LA ROSA G-ESTEBAN, T. SAHIR Y K. OUALD ALIL. "Inmigración y Derecho Internacional Privado, Una reflexión desde las dos orillas: España y Marruecos".
- DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO.Dialnet."Reconocimiento del Derecho de Asilo a mujeres víctimas de violencia de género". (SAN 13-01-2009).
- Departamento de Asuntos Económicos y sociales. División para el adelanto de la Mujer. O.N.U. " Manual de legislación sobre la violencia sobre la mujer. "
- INSTITUTO CANARIO DE IGUALDAD, GOBIERNO DE CANARIAS "Informe de actividad 2014" servicio de Coordinación del Sistema Integral contra la Violencia de Género. Gobierno de Canarias.
- INSTITUTO CANARIO DE LA MUJER. GOBIERNO DE CANARIAS. "protocolo interinstitucional de intervención con víctimas de violencia de género extranjeras.
- INSTITUTO CANARIO DE LA MUJER" GOBIERNO DE CANARIAS Guía para la atención de mujeres víctimas de violencia de género."

- Instrucción nº 10/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el "Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de la violencia contra la mujer en los supuestos de la LO1/2004, de 28 de diciembre y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal." Secretaría de Estado de Seguridad. Ministerio de Interior.
- KAPLAN MARCUSAN, A; LOPEZ GAY, A. "Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012.Fundacion Wassu-UAB Coordinación editorial Amalia Gómez Casillas.2013.
- KAPLAM MARCUSAN, A. BEDOYA Mª H. "las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica ".Ed. Lucas, J. y García Añón ,J. UAB.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ JOSE ANTONIO, "El procedimiento de separación y divorcio en la violencia de género. Biblioteca básica de práctica procesal. Ed. Bosch.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. "Guía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género".
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. "La Mutilación Genital femenina, en España
- MINISTERIO DE IGUALDAD, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. "Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual." Madrid 2010.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. DELEGACIÓN DE GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. "Guía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género". http://www.gob.es/ssi/violencia Genero/
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD "Protocolo común para a actuación sanitaria ante la MGF..2015.
- MONEREO JOSÉ LUIS y TRIGUERO LUIS ÁNGEL, (2010), "Los derechos sociales fundamentales de las mujeres extranjeras inmigrantes", en MONEREO CRISTINA y MONEREO JOSÉ LUIS (Dir. y Coord.), Género y Derechos Fundamentales. Granada.
- MOTILLA DE LA CALLE, AGUSTIN. Catedrático de Derecho eclesiástico de Estado, Universidad Carlos III, Madrid. "Problemas y retos de la inmigración islámica en Europa; La posición de la Unión Europea.
- LARA AGUADO ÁNGELES, MARCHAL ESCLONA NURIA, RUEDA VALDIVIA RICARDO, RUIZ SUTIL CARMEN, SIBONY RUBY, SOTO MOYA MERCEDES, ZEKRI HOUDA, ""La mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del derecho de extranjería". Instituto andaluz de la Mujer. Sevilla 2010.
- Jornadas "la trata de seres humanos. La nueva esclavitud del siglo XXI. (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, policía nacional, Ministerio del Interior) 8-9 de junio. 2015.

  "El Fenómeno Migratorio en Canarias. Rutas y organizaciones criminales dedicadas a la T.S.H."

  CNP-"rutas migratorias mundiales de la T.S.H."

  NIETO BARROSO JOSÉ MARÍA., Inspector Jefe y Jefe del Centro de Inteligencia de Análisis de riesgo (CIAR), Comisaría General de Extranjería y Fronteras (CGEF). "Control de los flujos migratorios e inteligencia"

  SAN MARTÍN FERNÁNDEZ –MARCOTE, L.F. Inspector Jefe, Jefe de UCRIF, Las Palmas. "Aspectos operativos en la lucha contra las organizaciones criminales asentadas en África y recursos policiales para hacerles frente, cooperación internacional"

  La T.S.H. En el Ordenamiento Jurídico Español"

PEÑA HERNÁNDEZ VIRGINIA, Jueza de Instrucción número 2 de Telde. "La T.S.H. En el ordenamiento jurídico español. Diferencia entre trata y tráfico ilícito de inmigrantes, artículo 177 y 318 bis del Código Penal"

PÉREZ RODRÍGUEZ MANUEL, profesor de Derecho Internacional Privado. "La T.S.H. En el Derecho Internacional"

RODRÍGUEZ GALLEGO JUAN ANTONIO, Inspector y Jefe de Grupo UCRIF Las Palmas." Diferencias entre los artículos 59 y 59 bis de la Ley de Extranjería"

- PÉREZ FERNANDEZ MIGUEL, ANA V. TORRES GARCIA, LUISA VELASCO RIEGO. "Sociedad, Violencia y Mujer II. Retos para abordar un cambio social."
- PÉREZ MARTÍN LUCAS ANDRÉS. ULPGC, Derecho Comunitario, sesión del Experto Universitario en Violencia de Género.
- PEREZ VAQUERO CARLOS. Artículos Doctrinales. Noticias Jurídicas. "La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea".
- Página web Ministerio Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad
- Plan de Atención Prevención de la Violencia de Género en población extranjera (2009- 2012)
- POLO GARCÍA, SUSANA ULPGC, Sesión del Experto Universitario en Derechos Humanos y Género en colaboración con el Ilustre Colegio de abogados de Las Palmas. "Mutilación Genital Femenina, otra forma de Violencia de Género.2015.
- Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con os Órganos Judiciales para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género Aprobado por la comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005 tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género)
- Protocolo de Actuación y Coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la Violencia de Género regulada en la LO 1/2004 de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Protocolo Interinstitucional de Intervención con víctimas de Violencia de Género extranjeras. Proyecto Santa Cruz Diversa 2.
- Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la atención de las víctimas de violencia de género en la Comunidad Autónoma de Canarias. Gobierno de Canarias.
- RAMOS MARGARITA ISABEL (2006), "Mujeres inmigrantes: la doble discriminación", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 12.
- ROBLES GAVIRA, GABRIEL" Inmigrantes marroquíes en España: permanencia o retorno". Entelequia. Revista interdisciplinar nº8, 2008.
- RUIZ CABEZA M. (2011), Brigada de extranjería y Fronteras. Ministerio de Interior. "Mujer, inmigrante y víctima de violencia de género". En García Castaño F.J. y .Hessova. N (Coord.)Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía. Granada: Instituto de Migraciones.
- RUIZ YOLANDA, "La violencia contra la mujer en la sociedad actual: Análisis y propuestas de prevención."Jornades de Foment de la Investiagació. Universitat Jaume I.
- SALINERO ALONSO CARMEN .ULPGC, Sesión del Experto Estudios y Tratamiento de la Violencia de Género. La Mutilación Genital Femenina.
- SÁNCHEZ –COVISA VILLA JOAQUIN, Fiscal de la Sala del T.S Extranjería y cooperación judicial internacional, CISS. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 bis del Código Penal.
- SÁNCHEZ LINDE MARIO, Noticias Jurídicas, la trata Ilegal de personas.
- SÁNCHEZ RIVAS JAVIER, FRANCO PANTOJA, FRANCISCO, "Reglamento de extranjería 2011". Real Decreto 557/2011, de 20 de abril .Editorial LEX NOVA.
- SAN SEGUNDO MANUEL TERESA (2008) Violencia de Género, una visión multidisciplinar.

- SANTA CRUZ DIVERSA 2."Protocolo Interinstitucional de Intervención con Víctimas de Violencia de Género Extranjeras" .Subdelegación de Gobierno de Tenerife. Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Instituto Canario de la Mujer. IASS.
- SEBASTIAN MONTESINOS JOSÉ LUIS. La trata de Seres Humanos. sesión de experto Universitario en el Tratamiento y Estudio de la Violencia de Género, ULPGC
- SIBOY RUBY Coordinadora. Autoras: Lara Aguado Ángeles, Marchal Escalona Nuria, Rueda Valdivia R., Ruiz Sutil C., Sibony Ruby, Soto Moya M., Zekry Houda. "la mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del derecho de extranjería. CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL.INSITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
- SOTO MOYA MERCEDES, Profa. Dra. Ayudante del departamento de D, I, Pr .Facultad de Derecho. Universidad de Granada. "Ciudadanía, familias y mujer inmigrante víctima de violencia de género."2008
- THEMIS, Asociación de Mujeres Juristas, "Conclusiones finales, Evaluación del tratamiento judicial de la violencia de género en el ámbito de la pareja2, 19 y 20 de noviembre de 2010.
- URÍA PELAYO ANA MARIA Violencia de género y mujer inmigrante. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Asistencia Social y Recuperación Integral. (2009).
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Comentarios al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio. Editorial la Ley.
- VELASCO RIEGO L.. Oficial Policía Local de Salamanca. "Violencia de Género, la situación de las mujeres inmigrantes" en "Sociedad, violencia y mujer II, retos para abordar un cambio social".
- VERNET, JUAN. El Corán. Quinta edición, enero 2014.
- www.Europarl.europa-eu/ftu/pdf/es/FTU_5.10.8.pdf ."IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES"
- www.mediasset.es/...trata.../millones-esclavas-sexuales-mundo_2-2027580152.html.
- ZAPATA HERNANDEZ VICENTE M. Departamento de Geografía, U.L.L. "La inmigración magrebí en Canarias". Boletín de la A.G.E. nº 23.1996
- http://w.w.w.tirantonline.com.bibproxy.ulpgc.es/tol/home/index.

17.CONCLUSIONES

Las conclusiones de éste trabajo las he dividido en cuatro apartados, en los cuales trato de exponer la realidad jurídica y social en que se encuentra la mujer inmigrante islámica y al mismo tiempo realizo a modo de desiderátum o de aspirar lo que a mi discreto saber entender iniciativas tendentes a solucionar esta problemática e incluso sugerencias a la hora de invitar al lector a pensar sobre la efectividad o no de las mismas.

El fenómeno de la inmigración en Canarias (ya se ha comentado en este estudio) ha ido cobrando en los últimos años una cierta importancia desde varios puntos de vista como pueden ser demográfica, socioeconómica y sociológica. Somos testigos y espectadores al tiempo que no podemos dejar de considerarnos protagonistas, vemos día a día a través de los medios de comunicación por ejemplo, de qué manera se va estrechando el espacio europeo a la inmigración, en especial la de origen islámico. No nos resulta extraño ver a personas poniendo en riesgo su vida huyendo de conflictos bélicos, del terrorismo, de la hambruna, de la pobreza…lo que provoca la apertura de nuevos canales y formas de alcanzar determinados ámbitos geográficos. En el caso de Canarias se ha incrementado el flujo de inmigrantes africanas/os de carácter ilegal que recurren a la desesperada huyendo de sus países, por muy diversos motivos que con independencia de cuál de éstos sea, todos tienen un denominador común, la búsqueda mejor vida, recurriendo para ello a medios desesperados como jugarse la vida a bordo de unas pateras, cayucos..., de múltiples formas. Tenemos a pocos kilómetros la costa occidental africana, con millones de personas sin futuro, con una media de edad comprendida entre 20 y 22 años, con una tasa de mortalidad muy elevada, a todo esto hay que añadir que el Archipiélago Canario es lo más cercano que tienen. .Aunque habría que precisar pues si bien todo esto es cierto, también lo es que desde hace algunos años, Canarias están relativamente fuera de las líneas generales de la emigración, pues ésta se enfoca más hacia el Mediterráneo

Esto hace que aumente la marginalidad y que la estancia en el archipiélago sea cada vez más precaria. El contacto directo con inmigrantes que no han podido y probablemente nunca podrán regularizar su situación, pone de manifiesto el difícil camino que aún queda por recorrer para tener un grado de integración que se considere satisfactorio en la sociedad canaria.

. Los Estados evolucionan social y jurídicamente, hemos vivido una crisis económica y por consiguiente social desgarradora, ello obliga a que las relaciones internacionales entre Estados se sometan en todo momento a un examen y evolución constante. El concepto "Estado Soberano", es cuestionado no solo desde el sujeto como titular de derechos y obligaciones sino también desde las instituciones públicas y

privadas así podemos poner como ejemplos las asociaciones, las ONG… Poco a poco vemos como las crisis en las poblaciones convierten a la inmigración en la salvación o única salida .Así fácilmente se pasa del status social de extranjera/o al estatus de inmigrante que lo convierten en un ser jurídicamente incapacitado y sometido pues toda su vida gira en torno a las limitaciones en su capacidad de obrar, limitaciones impuestas por el Estado a través de autorizaciones administrativas de entrada, de residencia, de trabajo... Los Estados deben ser capaces de hacer frente y buscar soluciones no solo políticas sino jurídicas y sobre todo sociales a los problemas que genera la entrada continua de personas extranjeras, convivencia entre culturas dispares y en ocasiones opuestas, tal es el caso de la islámica, educación y la consiguiente integración, la dificultad de satisfacer los intereses de los nacionales contrapuestos e incluso irreconciliables en numerosas ocasiones a los que demandan las personas extranjeras en este caso de origen islámico.

En el tema que nos ocupa, la continua llegada de personas de países de origen islámico, no precisamente para hacer turismo o permanecer en el Archipiélago un corto espacio de tiempo determinado, comporta importantísimas consecuencias sociales, culturales, educativas, religiosas y por supuesto jurídicas. Provocan la entrada y asentamiento de nuevas culturas que deberán convivir con la nuestra y no siempre ocurre de forma pacífica .pues tal y como afirma Doña Pilar Diago Diago "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el D. I. Pr.". *Consecuencia del conflicto de civilizaciones, es el conflicto de culturas jurídicas que se activa cuando nacionales de países islámicos contraen matrimonio con españoles y españolas"…*,

El derecho nace siempre de una voluntad, que no podría ser de otro modo que la de convivencia, pues el derecho no existiría sin el hombre que vive en una comunidad, o sociedad, pues el hombre es sociable por naturaleza. Aun así no todas las convivencias son pacíficas es entonces cuando el derecho pone a funcionar toda su maquinaria. Pero no todos pertenecemos a la misma sociedad, ni al mismo grupo. Entonces surge la pregunta ¿son los sujetos o personas inmigrantes que pertenecen a otras sociedades los que deben respetar y compartir nuestras normas y nuestra cultura, o por el contrario debemos ser nosotros, sujetos nacionales quienes respetemos unas normas arraigadas en otras culturas que nos llegan importadas y que en algunos casos la ausencia de una regulación jurídica efectiva puede provocar numerosos conflictos?. El derecho nace y necesita regular relaciones entre sujetos, de esta manera la condición de extranjero convierte a la persona en ajena o extraña a un derecho que se creó como exclusivo de un Estado y sus ciudadanos. En el derecho romano existía un derecho diferente para los extranjeros y para los romanos el Ius Gentium. El problema puede surgir cuando diferentes derechos se aplican sobre diferentes personas en función de su diferente origen en un mismo lugar. Algunos países de origen islámico en cuanto al Derecho de

familia, cada comunidad (musulmana, hebraica o judía y cristiana) cuenta con su propia reglamentación en la materia.

I

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Los principios adquieren cierta notabilidad a la hora de enjuiciar o examinar si la legislación conflictual española sobre el matrimonio es acorde, o satisface a los intereses necesarios afectados. Existe una discriminación real que afecta en gran medida a la mujer en la familia, en detrimento del principio de igualdad pues no en pocas ocasiones resulta inexistente entre los cónyuges en cuanto a la regulación del matrimonio en los diferentes Ordenamientos Jurídicos haciendo especial referencia a los Ordenamientos Jurídicos de países musulmanes y la institución coránica del matrimonio.

El significado de igualdad de los cónyuges a la hora de contraer matrimonio no significa lo mismo en el derecho musulmán que en el Ordenamiento Jurídico Español. Se trata de una discriminación de origen totalmente opuesta a los principios del sistema jurídico español, por tanto es necesario buscar un acercamiento que posibilite el reconocimiento de decisiones sobre el matrimonio y sus efectos con la finalidad de paliar o reducir situaciones claudicantes. Así pues esto se puede complicar a la hora de entrar en juego la identidad cultural y la religión. Pues es real el conflicto que existe entre la cultura islámica y la occidental, o dicho de otro modo en que la confesionalidad de los países musulmanes y el laicismo de los países tienen tales como puede ser España.

A la hora de precisar el concepto, fundamentos jurídicos, y efectos del matrimonio, resulta muy difícil puesto que principios básicos considerados fundamentales en el Ordenamiento Jurídico español, como es el de Igualdad y el de la Dignidad, resultan prácticamente inexistentes en algunos Códigos de Conducta. Ello justifica la intervención del Orden Público Internacional y como consecuencia la aplicación de la norma española lo que conlleva a su vez el no reconocimiento en ocasiones de esta institución en el país de origen. No podemos obviar el tratamiento discriminatorio que sufren las mujeres en esta institución puesto que a lo largo de este estudio hemos podido ver una mujer carente de capacidad jurídica y de obrar a la hora de contraer matrimonio, que tiene que ser asistida por un Wali, (en algunos países como Marruecos sólo es necesario si la mujer es menor de edad, de hecho Marruecos en

cuanto al tema que nos ocupa ha dado pasos de gigante.) que en ciertas ocasiones se encuentra condicionada por los impedimentos matrimoniales tales como el impedimento de disparidad de religiones impedimento desconocido y contrario al Ordenamiento español que sólo afecta a la mujer, la no supresión de la dote requisito imprescindible para contraer matrimonio.

II

MATRIMONIO Y POLIGAMIA

Siguiendo de la mano el principio de igualdad, el Ordenamiento Jurídico español se muestra a priori contrario a la figura de la poligamia puesto que considera ser contraria a la Dignidad de la mujer y al principio de Igualdad, llega hasta tal punto de tipificarla como un auténtico delito penal (artículo 217 CP, pena de prisión de seis meses a un año) .Nuestra Doctrina penalista se cuestiona la posible constitucionalidad de este precepto en atención a la posible vulneración de Derechos Fundamentales como son el de la Libertad religiosa y el de Igualdad. En cambio, hemos sido testigos en este estudio de qué manera nuestra Jurisprudencia reconoce, utilizando el mismo Ordenamiento Jurídico, algunos efectos de la poligamia en cuanto a materia de filiación y de reconocimiento de pensiones de viudedad por ejemplo, ello hace reflexionar sobre el grado de aceptación o rechazo social de éstas situaciones tan novedosas para muchos.

En este estudio hemos visto como la DGRN deniega la inscripción registral de cualquier matrimonio contraído posteriormente a otro, aun cuando según la norma extranjera lo tipifica como legal, argumentando que violan los principios de Dignidad constitucional y el Derecho al matrimonio.

Resulta curioso considerar la poligamia con un rechazo bastante generalizado por parte de la sociedad occidental y por otro lado resulta generalmente aceptado y de alguna manera podríamos decir que forma parte de la normalidad en nuestra sociedad que una persona casada mantenga relaciones fuera del matrimonio, extramatrimoniales, las parejas de hecho, familias monoparentales….y fruto de éstas relaciones tengan hijos, en éste caso podríamos considerar que no se vulnera el derecho a la igualdad., Pues nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce la filiación no matrimonial en su artículo 120 C.C., ¿podríamos pensar si estamos en el mismo supuesto de hecho, en el caso de hijos habidos en segundos terceros o cuartos matrimonios sucesivos tal cual se establece en la poligamia ?

La Jurisprudencia española no es unánime con respecto a la poligamia y los efectos que ésta puede tener en nuestro Ordenamiento Jurídico, por un lado en un primer momento se considera que el segundo matrimonio y posteriores son nulos admitiendo como único matrimonio, el primero, (según cómo se considere puede ser el último si han habido divorcios con sentencia firme anteriores). Ejemplo de esta no unanimidad lo hemos podido constatar a lo largo de este estudio en el sentido de que si bien existen Sentencias que deniegan la pensión de viudedad a segundas posteriores esposas , tenemos por otro lado Sentencias de nuestros Tribunales donde consideran la opción de repartir la pensión de viudedad entre dos o más viudas en proporciones iguales o bien en función a los años de convivencia, reconociendo esta manera de una forma un tanto colateral efectos que puede generar la poligamia. .

Es de suma importancia la aplicación de la norma de conflicto española, especialmente cuando el reconocimiento de un matrimonio conduce a resultados insatisfactorios y no deseados por alguna de las partes. Cuando se habla de instituciones contrarias y no reconocidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, nos referimos a situaciones de hecho que resultan contrarias al Orden Público, sirva como ejemplo la institución del repudio. La aplicación de la actual normativa conflictual española en cuanto a relaciones con países musulmanes, tiene que superar no pocos obstáculos y dificultades. Sería conveniente y deseable orientar el sistema actual a las técnicas del Derecho Internacional Privado. La aplicación de la ley extranjera, la ley musulmana o Sharía como ley personal, nos conduce en numerosas ocasiones a situaciones conflictuales, puesto que se basa en principios que se oponen al concepto de matrimonio sujeto a la ley, en el caso que nos ocupa al Ordenamiento Jurídico español, que puede ser entendido como concepto de matrimonio occidental. El problema radica en que no se debe ser excesivamente rígido a la hora aplicar del Derecho Musulmán o de origen islámico porque precisamente lo que se persigue es evitar posibles situaciones claudicantes que en su mayoría van en detrimento de la mujer. Es la Atenuación del Orden Público la única puede permitir o impedir situaciones que afecten negativamente tanto a la mujer como a su descendencia y sean de ésta manera resueltas por nuestro Ordenamiento Jurídico. La aplicación del derecho extranjero debería verse restringida por Jueces y Tribunales sólo en algunos casos concretos en los que se vulneren los valores y principios fundamentales sobre los que se asienta nuestro derecho de familia en concreto la regulación jurídica de la institución del matrimonio.

Se puede considerar como solución adecuada por ejemplo que los hijos nacidos de uniones polígamas puedan acceder al Registro Civil español, sean o no matrimoniales pues nuestro ordenamiento no discrimina ni a unos ni a otros. Todo esto no es sino cuestión de terminología puesto que a partir de la entrada en vigor de la LRC de 2011, rige el principio de igualdad de todos los hijos habidos dentro o fuera del

matrimonio. Así tendrían la misma consideración la filiación de hijos habidos en el seno de uniones polígamas pero al igual que la DGRN, opino que esto no puede significar sinónimo de validez a las segundas nupcias o posteriores del progenitor musulmán ahora bien, a partir del año 2011 no se distingue entre filiaciones.

También podríamos considerar el reconocimiento de las viudas en la poligamia, en cuanto a los derechos sociales que les asisten, tanto a la primera como las posteriores mujeres, pues nuestra Jurisprudencia admite que todas ellas son iguales ante la ley a la hora de reconocérseles en igualdad y en proporción la correspondiente pensión o subsidios de viudedad, por consiguiente a recibir todos los hijos la pensión de orfandad. A través del conocido "efecto Atenuado del Orden Público"se admite en supuestos de reagrupación familiar de la segunda, tercera o cuarta mujer, (solamente sobre una de ellas, la primera en orden salvo que exista sentencia firme de divorcio) los derechos sucesorios de cualquiera de ellas, derechos de alimentos y pensión compensatoria, pensión de viudedad.

En ocasiones y de forma un tanto injusta, en los sistemas jurídicos de los países objeto de éste estudio, las Autoridades son totalmente reacias a dar eficacia a instituciones desconocidas tanto en la Sharía como en los diferentes Códigos de Conducta en el ámbito del Derecho de familia. Pues en virtud de su Orden Público internacional basado en principios de Derecho musulmán, instituciones como el derecho de adopción, se rechaza de pleno pues solo existen los hijos biologicos, así los nuevos modelos de familias que determinan paternidades y maternidades fuera del matrimonio, monoparentales, las relaciones More Uxorio, e incluso el rechazo unilateral por parte de todos estos Estados a los matrimonios entre personas del mismo sexo no estan reconocidos. Se impone en estos casos el recurso al Orden Público Internacional español y rechazar de pleno el Ordenamiento Jurídico de origen pues de acuerdo a nuestros principios constitucionales, contenidos en nuestra Carta Magna, se aplica la Ley Española Éstos supuestos sólo se pueden plantear desde el Ordenamiento Jurídico español, no así desde el sistema jurídico musulmán o derecho islámico contrario a estas situaciones familiares.

III

CRISIS MATRIMONIALES

Los Derechos Humanos o Fundamentales que están relacionados con las llamadas "crisis matrimoniales" que no son sino los divorcios y los repudios que proceden de países de origen musulmán sujetos a la Sharía, ley islámica deben ser

interpretados de una forma un tanto flexible. Debemos rechazar interpretaciones excesivamente formalistas y rigurosas o literales de estos derechos y valorarlos desde las perspectivas del caso concreto para evitar posibles valoraciones injustas en cuanto a situaciones jurídicas que pueden resultar claudicantes pues afectan al estado civil de las mujeres musulmanas Así un mismo hecho concreto es considerado de forma diferente y contrapuesta en dos Ordenamientos Jurídicos como son el país de origen, musulmán eminentemente religioso, sujeto a la ley coránica y Códigos y de Conducta y el país de acogida claramente laico, con una sociedad y Ordenamiento Jurídico occidental. De todo esto la única persona perjudicada es la mujer en cuestión, dada la imposibilidad entre otros derechos, de contraer nuevas nupcias y de rehacer de nuevo su vida.

En cuanto a la figura del repudio musulmán, no existe una única postura en nuestra jurisprudencia en relación a su reconocimiento, son los jueces y tribunales los que tienen en su mano decidir en el caso concreto si se trata o no de una cuestión de Orden Público Internacional y sobre su posible reconocimiento en nuestro ordenamiento. Otro punto importante a tener en cuenta es valorar el tipo de repudio de que se trate si tiene carácter de revocable o irrevocable. Puesto que el repudio revocable atenta al principio de seguridad jurídica. En el Ordenamiento Jurídico español solamente el divorcio es definitivo e irrevocable. Ahora bien, el Orden público Internacional no debe aplicarse de un modo rígido y automático, es lo más conveniente, sino de una forma más atenuada, dependiendo de las circunstancias particulares que rodean a un caso concreto. Esto debería dar lugar, en mi opinión, a una interpretación mucho menos rígida y más flexible de los Principios y los Derechos Fundamentales de la persona. Así el Orden público Internacional sería deseable su aplicación en los casos concretos realmente necesarios pues existe una vulneración de derechos fundamentales El repudio en el Estado de acogida como puede ser España, si lo insta la propia mujer que ha sufrido la indefensión en su Estado de origen, sería lógico y coherente que fuera reconocido independientemente de la supuesta vulneración del derecho de defensa en el proceso de origen...

Con todo ello, vemos en el Orden Público Internacional un instrumento jurídico excepcional para proteger a la mujer musulmana pues permite un segundo estudio más detallado, de un divorcio y de un repudio islámico. Lo que conlleva a considerarlo un factor importante de protección respecto de la mujer musulmana considerada víctima de un repudio. Evitando así su doble victimización.

Una mujer musulmana puede tener interés en disolver su matrimonio en España, conforme al derecho español puesto que le resultará mucho más beneficioso por ejemplo en cuanto al régimen económico matrimonial la mujer puede salir mucho más beneficiada. Pero, no se trata de elegir a conveniencia. En la mayoría de las

legislaciones o Códigos de Conducta de origen islámico vigentes en países musulmanes, el matrimonio lleva implícito en caso de disolución del mismo, que el régimen sea el de separación absoluta de bienes. Cada esposo es propietario de sus bienes adquiridos bien antes o después del enlace. Curioso resulta este inciso en cuanto a que la mujer en la mayoría de estos países tiene vetado el derecho a trabajar y por lo tanto a comprar propiedades, sólo tendrá las propiedades que le correspondan por herencia y la propiedad que ostenta sobre su dote. No es el caso del marido quien sí puede comprar/vender bienes adquirir propiedades etc. Por otro lado el padre tiene la autoridad paternal sobre sus hijos, a la madre sólo se le atribuye el cuidado del menor (derecho de Hadana), no es lo que nosotros entendemos como guarda y custodia.. En la mayoría de los países musulmanes los hijos pertenecen a los padres y se educarán en la fe musulmana. Una vez terminada la Hadana se les pueden arrebatar a sus madres. Los efectos de las crisis matrimoniales dependerán de las relaciones entre los cónyuges que se regirán por la ley originaria de la crisis matrimonial. Esta ley será la que regulará la causa de separación o divorcio, y los efectos sobre las relaciones entre los cónyuges durante y después de finalizarse procedimiento, se especificará la cuantía de las pensiones económicas en compensación si es que existen, régimen de alimentos, las pensiones alimenticias suelen ser muy inferiores a las pronunciadas en Europa por varias razones, la pobreza de la gran parte de la población, sobre todo la dificultad de comprobar los ingresos efectivos del marido… el uso de la vivienda habitual siempre y cuando no hayan descendientes que se puedan beneficiar de ella, …

La ruptura del vínculo matrimonial no supone para la mujer musulmana el fin de sus problemas, a menudo lo que supone es el comienzo de una etapa de lucha y mucho sufrimiento. Si para las mujeres españolas divorciadas puede resultar bastante traumática una ruptura, en el caso de la mujer musulmana puede serlo todavía más .ya sea por la normativa jurídica de por sí discriminatoria ya sean las pensiones en ocasiones irrisorias, y la propia libertad de la mujer sujeta al Ordenamiento Jurídico Islámico,(Códigos de Conducta) inexistente cuando hay hijos de por medio.

IV

VIOLENCIA DE GÉNERO

En estos últimos años, hemos sido testigos de una mejora considerable en la legislación en materia de violencia contra las mujeres, pues no hay duda de que constituyen la herramienta fundamental para proporcionar no solo justicia, sino ayuda y soluciones jurídicas y sociales a las víctimas. La LO 8/2015 de 22 de julio, LO 26/2015 de 28 de julio y la Ley 4/2015 de 27 de abril ponen al menor como víctima de violencia de género que se ejerce contra sus madres, Se ha mejorado de forma notable la

legislación existente para poder responder al maltrato, sin embargo todavía existen lagunas de consideración en algunos Ordenamientos Jurídicos como hemos podido ver en este estudio. Algunos de los países que hemos estudiado, de origen musulmán/islámico siguen y probablemente seguirán sin estar a la altura de obligaciones y compromisos internacionales para no solo evitar, sino de una vez por todas enfrentarse a esta lacra .

Los sistemas legislativos deben evolucionar pero no solo con el objeto de tipificar como delito las formas de violencia contra la mujer y su consecuente castigo por parte del autor del delito y no de la víctima, como actualmente se sigue haciendo en algunos países. Sino también desde la educación y la prevención de la violencia, el empoderamiento y protección de las víctimas. Los Estados deben intervenir e invertir en medios para que la legislación, los sistemas jurídicos, reconozcan la violencia contra la mujer como una forma de discriminación por razón de género, y como una forma de violación de los Derechos Humanos. A lo largo de éste estudio hemos comprobado que a día de hoy existen países en los que todavía se sigue criminalizando a la mujer haciéndola en algunos Códigos de Conducta la única responsable de los hechos y conductas objeto de este delito. Sigue latente la necesidad de una legislación que recoja o reconozca a las mujeres extranjeras como víctimas de violencia doméstica o de género en sus países de origen, y por ello cuenten con mayor protección, pues provienen de países en que esta situación en las que las mujeres sólo tienen deberes y apenas tienen derechos, no tienen capacidad para decidir sobre su propia vida pues este derecho se les otorga a otras personas, como familiares, marido, tutores,,, es lo normal, son grandes desconocedoras de los derechos que les asisten y de la protección que nuestra legislación les puede brindar. Las mujeres extranjeras que provienen de países con población musulmana o de cultura islámica forman un colectivo necesitado en cuanto a educación de género se refiere y conocimiento de los Derechos Humanos que les amparan pues están o deberían estar consideradas muy por encima de las tradiciones de sus respectivos países de origen. Víctima de violencia de género o de violencia familiar puede ser cualquier mujer, de cualquier nacionalidad, de cualquier cultura, independientemente de su edad, con o sin cualquier tipo de medios, con o sin cualquier nivel educativo. A la mujer es su propia pareja, como agresor que amparado en culturas ancestrales la hace vulnerable a través de la violencia para así tenerla bajo su estricto control.

No se trata solamente de tipificar en un sistema legislativo la violencia como delito, esto no es suficiente, pues la ley para ser eficaz, deberá estar vinculada alguna manera con alguna estrategia nacional, para lo cual el Estado debe implicarse. Aun así, todo esto no es suficiente, dependiendo del país al que hagamos referencia, las instituciones cambian, existe un África árabe/musulmana y un África negra, un África árabe negra y un África árabe blanca, a esto añadiremos que existe de un África blanca

que no es árabe sino bereber e incluso países con población musulmana que no pertenecen al continente africano Dependiendo del país donde se encuentre la mujer, su situación es diferente, varía muchísimo.

Démonos cuenta de que hay que diferenciar muy bien el sentimiento de maltrato de la mujer rural africana musulmana y de la mujer de ciudad, por otro lado nos encontramos con la mujer africana musulmana que practica su religión como ideología basada en el Islam en el extranjero, en países que son laicos y no practican como religión de estado el Islam. Se trata de tres mujeres que son diferentes por completo. Sus sensaciones, sus reacciones frente a una agresión que pueden sufrir, pueden pasar totalmente inadvertidas en las zonas rurales pues se considera que forma parte de su rol de mujer y en cambio ser consideradas como un delito en otro entorno. Una mujer de ciudad puede tener cierto conocimiento del término o influencia de lo que se puede considerar malos tratos pero, en el campo o zonas rurales esto no sucede, es más, el solo hecho de hacerles ver que pueden estar siendo víctimas de lo que en occidente pensamos que constituye violencia de género, puede dar lugar a pensar que estamos soliviantando sus conciencias. Lo consideran que forma parte de ser mujer. Es un error generalizar y tratarlas a todas ellas por igual sin tener en cuenta que lo que es válido para unas tal vez no lo sea para otras.

Son los Estados los que deben adoptar medidas legislativas y de otra índole necesarias primero para tipificar como delito en su derecho interno la violencia contra la mujer(desconocida en la práctica totalidad de éstos países salvo alguna excepción) y algunas de sus manifestaciones como puede ser la trata de personas, la mutilación genital femenina, y en segundo lugar los derechos que asisten a las víctimas como el derecho de asilo y no invoquen ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir la obligación contraída y poner todos los medios para eliminarla No olvidemos lo difícil de esta tarea en cuanto que la mayoría de los países que son objeto de este estudio no reconoce la violencia de género como tal. En muchas ocasiones las mujeres provienen de culturas donde se encuentra normalizado el trato violento hacia las mujeres, por ello no se entiende que pueda ser constitutivo de un delito. La violencia contra la mujer forma parte de la esencia de la propia mujer. Por ello considero muy difícil de llevar a la práctica y a la vez esencial y prioritario el reconocimiento por parte de algunos Estados de que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación, manifestación de relaciones de poder desigual entre hombre y mujer, una violación de Derechos Humanos de las mujeres basada siempre en el sexo, pues no se trata de la cuestión exclusivamente biológica, sino de género Por otro lado, nuestro Ordenamiento Jurídico, en concreto la L.O. 1/2004, no realiza distinción alguna, pues se refiere a las mujeres en general, mujeres de cualquier nacionalidad, tampoco hace alusión a su situación administrativa pues se muestra defensora y protectora de todas las mujeres independientemente de su origen condición o circunstancia.

En muchos de éstos países (no en todos) los casos de violencia contra la mujer se resuelven a través de procedimientos y medidas de derecho consuetudinario o religioso, como puede ser la "compensación" a la familia, práctica normalizada en algunos países musulmanes como era el proteger el honor de las familias antes que preocuparse por la prevención de las violaciones de las mujeres que pertenecían a las mismas, se trata de sociedades muy tradicionales en las que la pérdida del honor (virginidad) es vista como una desgracia incluso más grave que la propia violación de una menor. La forma de tapar esta vergüenza se llevaba cabo a través de un matrimonio entre víctima y verdugo. Es en estos países donde se potencia la mediación (prohibida en nuestro ordenamiento jurídico en caso de violencia de género) como alternativa a la vía penal y procesos de derecho de familia. Un número creciente de países establece la prohibición de la mediación en casos de violencia contra la mujer sirva de ejemplo España, con la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004) prohíbe la mediación de cualquier tipo en casos de violencia contra la mujer, el Parlamento marroquí trabaja para castigar la forma de violencia contra las mujeres, incluido el acoso sexual, y para prohibir el matrimonio por debajo de los 18 años aunque se muestra bastante reticente que a ello puesto que la realidad del Marruecos rural es normal casar a una niña si ya superó la pubertad.

Considero que el uso de este derecho consuetudinario o religioso como un obstáculo y un retroceso legal para acudir a la vía jurídica. Así en el caso de que exista conflicto entre este derecho consuetudinario o religioso y el sistema judicial, ambos no deberían considerarse como compartimentos estancos y excluyentes el uno del otro, la solución debería respetar los Derechos Humanos de la persona que es considerada como víctima La lucha contra la violencia de género debe empezar por la concienciación humana, desde la prevención y la educación

En cuanto a la mujer inmigrante víctima de violencia de género es necesaria la no expulsión a priori y reducir así las posibilidades de reacción y sometimiento relacionadas o motivadas con su situación administrativa regular o irregular cuyo origen se encuentra en su situación migratoria si deciden a denunciar dicha violencia ejercida contra ellas tanto a las autoridades, la propia policía.

Pero los problemas no terminan aquí, ¿sería de alguna manera lógico el aconsejar a mujeres extranjeras en situación administrativa irregular víctimas de violencia el no acudir a la policía para interponer denuncia con el fin de evitar la consiguiente apertura de un expediente sancionador? Así ¿no estaríamos condenando a estas mujeres a continuar viviendo en la misma situación? Pues de alguna manera sí, ya

que muchas de estas mujeres ven a los propios cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado como la figura a temer y no como la figura que puede protegerla y velar por su seguridad e integridad. Démonos cuenta que no podemos reprochar a los funcionarios de la policía cumplir con la obligación de la apertura de dicho expediente sancionador en los casos previstos legalmente (sentencias absolutorias pues no se puede demostrar desde un punto de vista legal la condición de víctima V. G. de la mujer) cuando es la propia ley de extranjería la que prevé esta situación.

Por todo ello es necesario marcar unos objetivos muy básicos y específicos:

- Colaboración y coordinación entre instituciones como asociaciones, ONG, Centros de atención en instituciones públicas, que garantice de forma efectiva la visualización de la situación vivida y la protección que la víctima necesita.
- Garantizar acompañamiento e intérprete que conozca su idioma y cultura durante todo el procedimiento a la mujer extranjera víctima de violencia de género.
- Información, orientación y asesoramiento especializado sobre derechos, recursos y gestiones necesarias por expertos en violencia de género que a su vez conozcan la ley de extranjería y su reglamento.
- Se necesita más agilidad burocrática para tramitar la autorización de residencia y trabajo a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género cuando previamente se les ha concedido la autorización por circunstancias excepcionales o por razones humanitarias.

Para cumplir con estos objetivos es necesario:

- Proporcionar a los profesionales que atienden a este tipo de mujeres (abogados/as, psicólogos/as, trabajadores/as sociales entre otros perfiles) la asistencia de mediadores/as interculturales para la comprensión de las causas y elementos de origen y culturales que pueden influir o se desencadenantes de una situación de violencia de género.
- Proporcionar formación continua y especializada en materia de violencia de género, derecho de extranjería y derecho de Asilo y Refugio a los profesionales que intervienen en este proceso.

La violencia contra las mujeres no distingue entre clases, ni entre culturas, pasa de unas generaciones a otras, de abuelos a padres, de éstos a hijos por eso se dice que es intergeneracional. El carácter de universal, hace que no se pueda pasar por alto la

realidad social que viven estas mujeres extranjeras, (musulmanas) pues la mayoría han sufrido un proceso de desarraigo, dejando en un segundo lugar sus espacios vitales, su familia y su origen. Estas mujeres carecen de redes de apoyo, solo se relacionan con personas de su mismo origen y viven inmersas en un aislamiento social que las hace más propensas a sufrir violencia de género.

Muchas de estas mujeres, las más afortunadas, han iniciado un cambio cultural, al descubrir una nueva realidad social, que les hace plantearse cuál es su papel como mujer. Se reafirman como personas con derechos y libertades a la vez que se plantean una crítica a sus patrones culturales adquiridos.

Respecto a otro de los temas objeto este estudio, el tema de la trata de personas como manifestación de la violencia de género, se trata de una situación real de esclavitud que se vive en nuestra sociedad, cerca de nuestras casas,,, es necesario lograr una conciencia social que poco a poco vaya en aumento. Detrás de estas mujeres, y de los lugares, clubes, organizaciones existe un delito, no se trata una cuestión de ocio se trata de un negocio aberrante constitutivo de un delito. Nos escandalizamos cuando vemos en las estadísticas el número de personas objeto de este delito, pero nos escandalizamos aún más en cuanto vamos conociendo o destripando las entrañas en las que consiste este delito.

En primer lugar es necesario una concienciación y colaboración por parte de todos los ciudadanos. España es un país sin duda alguna consumidor. A la vez que es imprescindible que las víctimas denuncien, algo sumamente difícil por mucha seguridad jurídica que nos otorga la ley sin el apoyo social que llevan a cabo distintas ONG imprescindibles a la hora de inter poner una denuncia.

Otra forma de manifestación de la violencia de género que en su mayoría se da en mujeres extranjeras es la Mutilación Genital femenina. Este tema debe estudiarse desde una perspectiva integral, como un elemento de defensa de los Derechos Humanos, donde las campañas de información, sensibilización y educación son esenciales. El Derecho Penal en la mayoría de las ocasiones llega tarde y en ocasiones mal, pues cuando llega es porque el hecho ya se ha cometido, el daño ya está hecho. Es por ello por lo que hay que intentar evitar el Derecho Penal con medidas preventivas para que el hecho nunca llegue a consumarse , donde los poderes públicos tienen mucho que hacer y qué decir a través de acciones y campañas de información, sensibilización y de prevención. Es necesario invertir esfuerzos y medios económicos, en prevenir este tipo de prácticas, profundizando aún más en el nivel sanitario y educativo con más y mejor formación desde una perspectiva multidisciplinar y educación en valores.

Para terminar, a modo de última reflexión sirva un pequeño fragmento perteneciente a la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ed. Colex 17ª edición 2008) donde dice textualmente:

> *"... Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad; pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres, el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad , su fortuna, su dignidad, su honor, y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia, porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la liberta tras de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales..."*

> *"...La sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos .los progresos jurídicos deben irse eslabonando si han de encarnar en las costumbres del país..."*