

Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019

Polygamy and widow's pension. Judgment of the Supreme Court (Contentious-Administrative Chamber) of 17 December 2019

PILAR CHARRO BAENA *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

<https://orcid.org/0000-0003-3665-9694>

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA *Profesor Ayudante Doctor
Universidad Rey Juan Carlos*

<https://orcid.org/0000-0002-2359-9656>

Cita sugerida: CHARRO BAENA, P. y GONZÁLEZ GARCÍA, S. "Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 115-124.

Resumen

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reconoce el derecho a cobrar la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí, polígamo, que sirvió para el ejército español en el Sáhara, y que percibía una paga con cargo al Estado español, al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979. En cuanto al reparto de la prestación, se establece que la pensión debe distribuirse a partes iguales entre las dos viudas. Nuestro más Alto Tribunal despeja las dudas que existían hasta la fecha. Aunque la poligamia resulta contraria al orden público español, cuando el Estado suscribe un convenio internacional con otro país donde se reconocen efectos a dicho matrimonio hay que estar a lo dispuesto en el mismo.

Abstract

The Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court recognises the right to collect a widow's pension of both wives of a polygamous Moroccan citizen who served for the Spanish army in the Sahara, and who received a payment from the Spanish State, under the provisions of article 23 of the Agreement on Social Security between Spain and Morocco, of 8 November 1979. In terms of the distribution of the pension, it is established that the pension must be distributed equally between the two widows. Our highest Court has cleared up the doubts that existed to date. Although polygamy is against Spanish law, when the State signs an international agreement with another country where such a marriage is recognised, their provisions must be complied with.

Palabras clave

poligamia; pensión de viudedad; igualdad y Seguridad Social

Keywords

polygamy; widow's pension; equality and Social Security

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El 18 de enero de 2012 falleció un soldado de las fuerzas especiales del ejército español, en particular, de la Compañía de Ingenieros del gobierno General del Sáhara, Grupo de Tiradores, que se encontraba en situación de «retirado» y que hasta ese momento había estado percibiendo una pensión de la Pagaduría de Pensionistas Saharauis de Las Palmas. El causante contaba con dos esposas, pero solo una de ellas pudo acceder a la correspondiente pensión viudedad. La viuda que no resultó beneficiaria reclamó en vía administrativa y, ante la negativa del Ministerio de Defensa, decidió acudir a la vía judicial.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio del recurso de alzada presentado contra la referida resolución del Ministerio de Defensa de 20 de junio de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2017 (Rec. 874/2015) dictó sentencia desestimatoria señalando, entre otras cuestiones, que las situaciones de bigamia no se encuentran recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que resultan incompatibles con la legislación española y repugnan al orden público español, límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero. Como argumento de refuerzo se indica que RDLeg. 670/1987 de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, no contempla la pensión de viudedad para este tipo de supuestos, puesto que su artículo 38 hace referencia al «cónyuge», en singular.

El posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo presentado por la segunda esposa del fallecido contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se consideró de interés casacional por auto de 8 de enero de 2018 (Rec. 2679/2017), como ya sucediera en el auto de 21 de marzo de 2017 (Rec. 8/2017), con respecto a las siguientes cuestiones: 1) «Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por RDLeg. 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español»; 2) «Si el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, resulta aplicable a efectos de ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español»; y 3) «En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad correspondiente a las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante».

En el momento en el que se presenta el escrito de interposición ya existía un pronunciamiento análogo, y con idénticas cuestiones de interés casacional, favorable a los intereses de la segunda viuda, por lo que la recurrente tenía todo a su favor.

En efecto, la STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017), reconoce el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por un soldado de origen marroquí, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Asimismo, declara su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago. Recuerda la Sala que el artículo 96 de la Constitución española establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». El Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 y en vigor desde 1 de octubre de 1982 (modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998), dispone en el artículo 23 que: «La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». A la luz de este precepto, extiende la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante.

El escrito de oposición se apoyó en los dos votos particulares de la STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) y en la doctrina anterior de la Sala que afirma que la situación de bigamia es contraria al orden público por resultar lesiva para los derechos fundamentales de las personas, implicando la sumisión de la mujer al varón [SSTS de 4 de julio de 2011 (Rec. 5031/2008), 26 de febrero de 2010 (Rec. 5507/2006), 6 de junio de 2012 (Rec. 5247/2011) y 14 de diciembre de 2017 (Rec. 1178/2016)]. Recuerda que el artículo 12.3 del Código Civil español establece que «En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulta contraria al orden público». De hecho, ascendiendo al orden público internacional, se señala la incompatibilidad de la poligamia con el

«conjunto de principios esenciales en los que se funda la convivencia y que resultan absolutamente indispensables». La poligamia supone «una infracción manifiesta del principio de igualdad y más concretamente de la igualdad entre la mujer y el varón, al suponer la sumisión de las mujeres al varón». Más allá de su carácter delictivo en el ámbito nacional (artículo 217 del Código Penal), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su de 13 de febrero de 2003 (caso Refch Partisi y otros contra Turquía) que esta forma de unión constituye una discriminación basada en el sexo de los interesados.

La decisión final de la Sala se alinea con el fallo de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) y, después de reconocer que la poligamia resulta contraria al orden público, esto es, a los «principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico», entiende que el estado español, como sujeto de derecho internacional, ha admitido un determinado efecto al matrimonio polígamo en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, al disponer que «La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». El orden público internacional actuaría con una doble intensidad, según los casos: absoluta, si el matrimonio se pretende celebrarlo en España, y atenuada¹, si el matrimonio se celebrase en el extranjero, dando entrada a los efectos denominados «periféricos» porque no producen un daño sustancial a la sociedad ni perjudican a ningún particular².

La Sentencia no aplica directamente el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos al régimen de clases pasivas del Estado, pues el régimen especial de la Seguridad Social al que están sometidos no se incluye en el ámbito de aplicación del referido Convenio, si no que aquél artículo convencional lo utiliza como criterio de interpretación válido del artículo 38 del RDLeg. 670/1987 cuando anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser «cónyuge superviviente» del causante. Esta interpretación le lleva a concluir que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión puedan ser en España beneficiarias de esa pensión generada por el esposo polígamo y siempre que fuesen beneficiarias de dicha prestación según la propia legislación marroquí.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que la poligamia es contraria al orden público español. El análisis de la aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.3 del código civil atiende «al sistema de valores reconocidos en la Constitución Española (STC 43/1986, de 15 de abril), a las previsiones de Tratados Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico por la dispuesto en el artículo 96 de nuestra Norma Fundamental y, además, por remisión de su artículo 10.2 de la Constitución Española, pudiendo estar en juego el sistema de derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, éstos deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El matrimonio polígamo atenta «contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer».

Sin discutir esta primera conclusión, la Sala puntualiza que cuando el propio Estado, como sujeto de derecho internacional –y a pesar de la proscripción del matrimonio polígamo en nuestro ordenamiento jurídico– suscribe un convenio internacional con otro país donde se reconocen efectos

¹ Como acertadamente ha puesto de manifiesto Rodríguez Iniesta, G. «La protección (II). La protección por supervivencia (Ib)», en *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*. Ediciones Laborum, 2006, Murcia, p. 2011, «Con este mecanismo se logra reconocer efectos a situaciones en principio intolerables para el foro, que no quiere decir que se asuman, sino un mal menor».

² SOUTO PRIETO, J. «La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho Social y Administración Pública*. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia, 2013, p. 150.

a dicho matrimonio, hay que estar a lo dispuesto en el mismo. Por este motivo, se señala, como se ha advertido anteriormente, que el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social firmado entre España y Marruecos el 8 de noviembre de 1979, donde se establece que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación» ha de servir de pauta de interpretación.

Aunque el artículo 38 del RDLeg. 670/1987 anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser «cónyuge superviviente» del causante de los derechos pasivos, se opta por una interpretación flexible al amparo del artículo 14 de la Constitución española. La posición jerárquica de la regla prevista en el artículo 23 del Convenio dentro del ordenamiento jurídico español y el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución española permite que, por vía interpretativa, se amplíe la condición de beneficiarias en el régimen general de clases pasivas del Estado a las mujeres que estuvieran casadas en una situación de poligamia con un hombre que estuviese percibiendo una pensión con cargo al Estado español antes de su fallecimiento siempre que hubiesen sido beneficiarias de la misma conforme a la legislación marroquí³. La Sala considera que la situación de poligamia «no impide por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante receptor de una pensión con cargo al Estado español». Y como criterio para calcular el importe que corresponde a cada una de las esposas se basa en el artículo 23 del citado Convenio, donde se establece la división de la pensión por partes iguales entre las beneficiarias de acuerdo con la legislación marroquí⁴.

La STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) recogía un voto particular suscrito por los magistrados José Luis Requero y Jorge Rodríguez-Zapata quienes, al igual que el abogado del Estado, se oponían a la concesión de la pensión por ser la poligamia contraria al orden público y defendían la necesidad de realizar una interpretación restrictiva del Convenio razonando que «lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español». Uno de los argumentos más interesantes que arrojan los referidos votos particulares es el del cambio en la situación social española desde la firma del convenio. El aumento del número de personas procedentes de países de religión musulmana dentro del territorio español nos situaría ante un escenario distinto que justificaría una interpretación respetuosa con la cultura y los valores españoles: «Es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer»⁵.

Aunque la sentencia que constituye el objeto de nuestro análisis no contiene votos particulares como los que se acaban de indicar, es necesario volver sobre el concepto de orden público y, en particular, sobre su relación con la ley y la moral, antes de realizar una valoración jurídica. ¿Acaso no hay uniones poligámicas de carácter informal entre los nacionales españoles? ¿Es posible que el cambio en la moral social esté modificando las reglas y principios de orden público?

³ Sobre la pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico marroquí, véase el muy completo capítulo IV de BURGO GOYE, M^a del C. *La protección social en Marruecos*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

⁴ Opción más correcta que la regla del reparto de la cuantía de la pensión en función del tiempo de convivencia, en opinión de LÓPEZ MOSTEIRO, R. «La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV. *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. T.II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Gobierno de Cantabria, 2003, p. 1328.

⁵ Vid. el amplio comentario que realiza de esta sentencia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Pensión de viudedad y bigamia» *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4 (2018).

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El ordenamiento jurídico extranjero puede variar con el paso del tiempo, a veces de forma sustancial, debido a cambios políticos o sociales, sin que ello exija la modificación de los convenios o tratados que se hayan suscrito en el ámbito internacional, ya que dicha legislación solo puede aplicarse cuando no resulte contraria al orden público español (artículo 12.3 del Código Civil). De hecho, y esto es tal vez lo más interesante, nuestro propio ordenamiento jurídico se encuentra en continua evolución. La autonomía privada se sujeta a tres límites que interactúan de forma constante: la ley, la moral y el orden público (artículo 1255 CC). La ley es el resultado de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos –expresada por sus representantes– que, en ausencia de norma imperativa o prohibitiva, deben guiarse por la moral social («el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad»⁶ o, si se prefiere, «lo que ordinariamente practica la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento»⁷) y el respeto al orden público (o «principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas»⁸). Las leyes cambian conforme va evolucionando la moral social y las reglas o principios de orden público que rigen en un determinado momento y lugar; y viceversa.

La pensión de viudedad surge en un contexto social y económico distinto del actual, con la finalidad de proteger la situación de necesidad que se producía con motivo de la muerte del cónyuge. La estructura familiar tradicional situaba a la mujer a cargo de las tareas del hogar y atribuía al hombre la función de proveedor de medios materiales y económicos⁹, por lo que el fallecimiento de este último dejaba a la viuda en una situación de necesidad. La sociedad actual ha evolucionado en otra dirección. El modelo de familia más extendido en nuestros días es aquel en el que ambos miembros de la pareja aportan ingresos al hogar (sin perjuicio de la existencia de otro tipo de uniones de hecho). La mujer está plenamente integrada en el mercado de trabajo y no depende económicamente de nadie, por lo que la pensión de viudedad se ha convertido en una ayuda económica para todas las familias, con independencia de sus recursos. En este sentido, nuestro propio Tribunal Constitucional ha señalado que «la naturaleza de la pensión de viudedad no funciona como neutralizadora de una situación de necesidad surgida de la muerte del sujeto causante, sino como reparación del daño ocasionado por la minoración de ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad»¹⁰.

La doctrina científica lleva tiempo reivindicando la necesidad de volver a los orígenes de la norma y revisar el fundamento de la pensión de viudedad, de forma que la prestación cubra situaciones reales de dependencia económica o de necesidad y sirva para proteger a quien verdaderamente lo necesite, en función de la capacidad económica o volumen de ingresos, edad, estado de salud, etc.¹¹. Y, a la vista de los acontecimientos, puede que haya buenas razones para apoyar este planteamiento.

⁶ DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato*. 6ª. Navarra: Thomson Civitas-Aranzadi, 2007, p. 156.

⁷ DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. 10ª. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2001, p. 373.

⁸ DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, p. 373-374.

⁹ VALENCIANO SAL, A. «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados.» *Temas Laborales*, nº 109 (2011), p. 112.

¹⁰ STC 31/1991, de 14 de febrero (Rec. 188/2003).

¹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas.» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 771 (2009) y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. «La pensión de viudedad entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo -poco a poco- cada cosa en su lugar.» *Justicia Laboral*, nº 41 (2010) p. 13-34.

La pensión de viudedad se ha ido adaptando a los cambios que se han producido dentro de la estructura familiar: con el Mutualismo Laboral, se incluyó por primera vez al hombre como receptor de la pensión; la Ley 30/1981, de 7 de julio, del Divorcio, posibilitó el acceso a la prestación a las personas separadas y divorciadas; la Ley 13/2005 reconoció jurídicamente los matrimonios del mismo sexo, permitiéndose el acceso a dicha pensión por parte de los mismos¹²; y la Ley 40/2007 concedió también la pensión a las parejas de hecho¹³. Sin embargo, todavía no se ha producido el paso del modelo monógamo al modelo polígamo, tradicionalmente vinculado –todo sea dicho– al dominio del hombre sobre «sus mujeres»¹⁴.

El artículo 32 de la Constitución española dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La doctrina del Tribunal Constitucional reconoce el derecho de los cónyuges a contraer matrimonio en régimen de plena igualdad jurídica «regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley» (artículo 14 de la Constitución Española). El propio artículo 45 del Código civil garantiza esta igualdad al establecer que no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (nos encontramos ante un derecho de titularidad individual que no puede ejercitarse de forma individual). El Estado español ha asumido la competencia exclusiva para regular los requisitos y la forma del matrimonio (artículo 149.1.8 de la Constitución española) a través del Código civil, norma que desarrolla el mandato del artículo 32 de la Constitución española y permite contraer matrimonio en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista (artículo 49), circunstancia que, a su vez, remite a las leyes que aprobaron los acuerdos con las distintas confesiones religiosas, y, en concreto, a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España. El artículo 46 del Código civil configura un modelo familiar que se basa en el matrimonio monógamo (impide contraer matrimonio a los que estén ligados con vínculo matrimonial). Los españoles no pueden celebrar un matrimonio poligámico ni en España ni en el extranjero. El artículo 217 del Código Penal español tipifica como delictivo el matrimonio poligámico al afirmar que el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

La creciente presencia de ciudadanos pertenecientes a otros países en los que se permite la poligamia supone un desafío para el modelo monógamo español. El régimen matrimonial se rige por la Ley personal de los contrayentes (artículo 9.1 del Código civil), por lo que el extranjero originario de un país en el que se permita la poligamia tiene plena capacidad para contraer un segundo matrimonio, aun estando vigente el primero. El artículo 12.3 del Código Civil impide la aplicación de la ley extranjera cuando esta resulta contraria a los principios y valores fundamentales de la sociedad en la que pretende hacerse valer. Y, en nuestro caso, la concepción española del matrimonio y el respeto constitucional a la dignidad de la mujer son incompatibles con el modelo polígamo marroquí. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre el modelo polígamo y el orden público español?

Nuestro más Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los conflictos que genera el modelo polígamo en el orden jurisdiccional social. Aunque no existe un pronunciamiento en Unificación de Doctrina, sí que encontramos dos posiciones bien definidas.

En primer lugar, se defiende una aplicación atenuada –o restrictiva– del orden público y se reconoce la pensión de viudedad dividida por mitad entre las esposas argumentando que, si bien el régimen matrimonial poligámico está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 217 del

¹² GUTIÉRREZ PÉREZ, M. «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales» *Relaciones Laborales*, nº 3 (2006), p. 13 y ss.

¹³ MOLINS GARCÍA-ATENCE, J. «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social» *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 6 (2008).

¹⁴ GUTIÉRREZ PÉREZ, M. «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210 (2018).

Código Penal), cuando el vínculo con el causante se contrajo de forma legítima de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración, nos encontramos fuera del marco normativo español. El artículo 49.2 del Código Civil –norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros– no contempla de forma expresa el matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, por lo que se propone integrar la laguna aplicando analógicamente el referido precepto, de forma que el matrimonio puede ser reconocido a los efectos del derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración. De este modo, a pesar de la proscripción en nuestro país de la poligamia y de la excepción de orden público (el artículo 12.3 del Código Civil), se atribuyen efectos jurídicos al vínculo matrimonial –en nuestro país– en el contexto prestacional de Seguridad Social¹⁵. La aplicación atenuada de la reserva del orden público garantiza de este modo una adecuada protección jurídica y económica de la familia, el reconocimiento de alimentos, derechos sucesorios y la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges¹⁶.

La segunda línea argumental propone una interpretación rígida del orden público y no concede ningún tipo de eficacia a la poligamia. Para ello se apoya en la necesidad de proteger el modelo de familia que conforma la Constitución española; la prohibición de contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial (artículo 46.2 del Código Civil); el reconocimiento constitucional del *ius connubis* (artículo 32 de la Constitución española); la estrecha relación que guardan los requisitos previstos en los artículos 42, 46 y 73 del Código civil con la Constitución española y con los Convenios de Derechos Humanos ratificados por España; el carácter de mínimos del Acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión islámica de España de 20 de febrero de 1992, que impide la aplicación de las normas coránicas cuando estas sean contrarias a la Constitución española; la proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público en el ámbito penal; y la existencia de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que niegan la celebración del segundo matrimonio sin previamente haberse disuelto el primero. A diferencia de la primera línea argumental, este segundo planteamiento niega efectos jurídicos a un matrimonio perfectamente válido en el extranjero y, con el fin de garantizar la dignidad de la mujer, puede llegar a favorecer su desprotección¹⁷.

El debate parece que se ha resuelto –al menos de forma parcial– en la vía contencioso–administrativa, donde se pone de manifiesto la total repulsa que genera el modelo polígamo al orden público español¹⁸, a la vez que se reconoce la necesidad de respetar los convenios suscritos en el ámbito internacional y proteger los derechos de las viudas de forma proporcional. Es decir, se confrontan dos principios importantes: la excepción de orden público y el deber de proteger a determinadas personas en estado de necesidad. Y, para dar cumplimiento a este último, se reconoce eficacia –en el ámbito material– a una situación que repugna a nuestro ordenamiento

¹⁵ STSJ Galicia 2 abril 2002 (AS 2002, 899), comentada por DE VAL TENA, A. L. «Poligamia y pensión de viudedad, a propósito de la Extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 abril 2002» *Actualidad Laboral*, nº 1 (2003). En la misma línea SSTSJ Andalucía 30 enero 2003 (JUR 2003, 96144) y 18 junio 2015 (rec. 591/2015), si bien en este último pronunciamiento ciertas circunstancias lo hacen singular, pues la esposa con la que había contraído segundas nupcias en España había fallecido años antes de que se produjese el fatal desenlace del trabajador marroquí polígamo, por lo que el debate jurídico se centraba en si la inscripción en el Registro Civil español del primer matrimonio constituye o no un requisito de orden constitutivo.

¹⁶ LEONÉS SALIDO, J. M. «Pensiones de viudedad y modelos familiares» *Diario La Ley*, nº 7453 (2010), p. 8.

¹⁷ DESDENTADO AROCA, E. «Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución» *Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 228 (2009), p. 24. Exponente de esta línea argumental es la STSJ Cataluña 30 julio 2003 (rec. 2864/2002): «a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto quod nullum est ab initio, nullum effectum producet, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres».

¹⁸ PÉREZ VAQUERO, C. «Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y en la Unión Europea» *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1 (2015), p. 6-7.

jurídico¹⁹. Aunque no se indique de forma expresa, la doctrina judicial parece distinguirla relación de poligamia que une al hombre y a «sus mujeres», contraria al orden público; y la situación de necesidad en la que se pueden encontrar estas últimas cuando fallece el primero, cuya desprotección puede resultar inmoral, contraria a la ley (principio de igualdad) y, en última instancia, afectar al propio orden público español.

El Derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón. Sin embargo, permite el matrimonio del varón con hasta cuatro esposas a la vez siempre que pueda mantenerlas (aunque la tendencia en la mayor parte de las legislaciones es limitarla e incluso prohibirla, como vimos al principio)²⁰. El matrimonio polígamo –tal y como aparece configurado en el modelo islámico– parte de la desigualdad del hombre y la mujer –camuflado en una especie de «falso paternalismo»²¹– y contrasta con los principios y valores de los ordenamientos occidentales y, en particular, con los de nuestro ordenamiento jurídico. La poligamia vulnera los principios fundamentales que inspiran el modelo monógamo español: la igualdad, la libertad y la dignidad de los contrayentes. La existencia de una pluralidad de vínculos matrimoniales simultáneos es incompatible con nuestro orden público, pero «en ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios, incluso la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges»²². Un ejemplo evidente de esta atenuación del orden público en nuestro ordenamiento jurídico es la regulación que la Ley de Extranjería otorga al cónyuge reagrupable, al disponerse en el art. 17.1.a) LO 4/2000, en su redacción vigente que «en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial [poligamia]». Debe advertirse que esta solución, aunque comprensible desde una perspectiva de política migratoria²³, genera una desigualdad entre las esposas²⁴, pues condición de cónyuge se otorga, a estos efectos, no a la primera sino a cualquiera de ellas, la que desee el reagrupante.

Ahora bien, como señala la doctrina más autorizada «no es la norma abstracta lo que atenta o se enfrenta de forma absoluta con los principios fundamentales del país, sino el resultado material de la misma»²⁵. Dicho con otras palabras, hay que diferenciar la relación jurídica que une a un hombre con sus mujeres (relación polígama) del vínculo material entre estas últimas y el Estado español (relación prestacional). ¿Acaso tiene que responder la mujer víctima de violencia de género por la conducta violenta de su marido? ¿No existen reglas específicas que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género y reconocen su derecho a acceder a la pensión de viudedad aun cuando estén separadas o divorciadas del sujeto causante?²⁶

¹⁹ GARCÍA VALVERDE, M. D. «Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 181 (2015).

²⁰ AZNAR DOMINGO, A. y VALENZUELA MARTÍN, A. «El matrimonio musulmán y su eficacia en España» *Actualidad Civil*, nº 7-8 (2018).

²¹ FERNÁNDEZ-CORONADO, A. «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamenales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85 (2009), p.144.

²² LABACA ZABALA, L. «El matrimonio polígamico islámico y su repercusión en el Derecho Español» *Revista Jurídica de Castilla y León* (Universidad del País Vasco), nº 18 (2009), p. 276.

²³ SOSA MOYA, M. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería y a su nuevo Reglamento* (Dir. Cavas Martínez, F.). Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 286.

²⁴ ZABALO ESCUDERO, E. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería* (Dir. Aguelo Navarro, P.), Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 90.

²⁵ MAYER, P. «La convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères» *Revista Derecho Internacional Privado*, 1991 p. 651-656.

²⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ, «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales», p. 16.

4. CONCLUSIONES

Las sociedades crean vínculos culturales y actúan conforme a unas costumbres, usos y prácticas determinadas²⁷. La ley y el orden público son el resultado de la moral social. Y esta cambia constantemente. No hay que descartar que la sociedad occidental de un paso más en la evolución del modelo de familia y, dentro de unos años, se empiecen a reconocer los derechos de las familias polígamas que conviven en régimen de igualdad. Las relaciones interpersonales son cada vez más líquidas. Podemos llegar a un modelo de familia mixta o múltiple en donde convivan varias personas con sus respectivos hijos comunes. Es difícil saber lo que nos deparará el futuro. De hecho, ni siquiera podemos asegurar que se vaya a mantener la pensión de viudedad dentro del cuadro prestacional de la Seguridad Social.

Las nuevas realidades pueden alterar el paradigma que caracteriza al modelo polígamo (desigualdad y sumisión de la mujer), pero, por el momento, lo único cierto es que, en el contexto actual, cabe diferenciar dos situaciones: la más que posible situación de dominación del hombre sobre sus mujeres, contraria al orden público; y la situación de necesidad en la que se pueden encontrar estas últimas si fallece el primero, cuya desprotección –desde el enfoque social del Estado, *ex art. 1.1. CE*– puede resultar inmoral, contraria a la ley (principio de igualdad) y, en última instancia, afectar al propio orden público español. Desde esta última situación sin desdeñarse un ápice de la repulsa que genera la admisión de la poligamia, se comparte que puedan admitirse ciertos efectos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR DOMINGO, A. y VALENZUELA MARTÍN, A. «El matrimonio musulmán y su eficacia en España» *Actualidad Civil*, nº 7-8 (2018).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Pensión de viudedad y bigamia» *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4 (2018).
- BURGO GOYE, M^a del C. La protección social en Marruecos. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- CERVILLA GARZÓN, M. J. «Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de la Seguridad Social» *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11, nº 1 (2019): 235-266.
- DE VAL TENA, A. L. «Poligamia y pensión de viudedad , a propósito de la Extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 abril 2002» *Actualidad Laboral*, nº 1 (2003).
- DESDENTADO AROCA, E. «Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución» *Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 228 (2009).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato*. 6ª. Navarra: Thomson Civitas-Aranzadi, 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. 10ª. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2001.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85 (2009),
- GARCÍA VALVERDE, M. D. «Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 181 (2015).

²⁷ LIÑÁN GARCÍA, A. «Los retos del sistema matrimonial español: la poligamia un asunto sin resolver» *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 42 (2016).

- GUITÉRREZ PÉREZ, M. «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210 (2018).
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M. «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales» *Relaciones Laborales*, nº 3 (2006).
- LABACA ZABALA, L. «El matrimonio poligámico islámico y su repercusión en el Derecho Español» *Revista Jurídica de Castilla y León* (Universidad del País Vasco), nº 18 (2009).
- LEONÉS SALIDO, J. M. «Pensiones de viudedad y modelos familiares» *Diario La Ley*, nº 7453 (2010).
- LIÑÁN GARCÍA, A. «Los retos del sistema matrimonial español: la poligamia un asunto sin resolver» *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 42 (2016).
- LÓPEZ MOSTEIRO, R. «La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV. *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. T.II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Gobierno de Cantabria, 2003.
- MAYER, P. «La convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères» *Revista Derecho Internacional Privado*, 1991.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. «La pensión de viudedad entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo –poco a poco– cada cosa en su lugar» *Justicia Laboral*, nº 41 (2010).
- MOLINS GARCÍA-ATENCE, J. «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social» *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 6 (2008).
- PÉREZ VAQUERO, C. «Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y en la Unión Europea» *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1 (2015).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 771 (2009).
- RODRÍGUEZ INIESTA, G. «La protección (II). La protección por supervivencia (I»), en *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*. Ediciones Laborum, 2006, Murcia
- SOSA MOYA, M. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería y a su nuevo Reglamento* (Dir. Cavas Martínez, F.). Thomson Reuters/Civitas, 2011.
- SOUTO PRIETO, J. «La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho Social y Administración Pública*. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia, 2013.
- VALENCIANO SAL, A. «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados» *Temas Laborales*, nº 109 (2011).
- ZABALO ESCUDERO, E. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería* (Dir. Aguelo Navarro, P.), Lex Nova, Valladolid, 2013.