

**LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO
INTERNACIONAL: PENSIÓN DE VIUDEDAD Y
MATRIMONIO POLIGÁMICO**

Grado en Derecho

Año académico: 2015-2016

Trabajo de Fin de Grado realizado por: Idoia Gomez Gonzalez

Dirigido por: Eduardo Garbizu Isasa

INDICE

<u>I. INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>II. MATRIMONIO POLIGÁMICO EN ESPAÑA: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL</u>	2
A) Matrimonio poligámico que se pretende celebrar en España	5
B) Matrimonio poligámico celebrado en el extranjero	7
<u>III. EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO</u>	10
A) Efectos jurídicos nucleares	10
B) Efectos jurídicos periféricos	13
<u>IV. EFECTOS PERIFÉRICOS: DISTINTOS SUPUESTOS</u>	14
<u>V. POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD</u>	17
A) Introducción	17
B) Convenios internacionales aplicables	18
- Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos.....	19
- Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez.....	20
C) Poligamia y pensión de viudedad en defecto de convenio internacional aplicable	22
D) Diferentes Tesis	24
- <u>Tesis 1. Pensión de viudedad a partes iguales</u>	25
• STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003.....	25
• STSJ de la Com. Valenciana de 6 de julio de 2005.....	27

- <u>Tesis 2. Pensión de viudedad en función de los años de convivencia</u>	31
• STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002.....	31
• STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2004.....	33
• STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005.....	34
- <u>Tesis 3. Pensión de viudedad a partes iguales</u>	36
• Sent. Juzgado Social de La Coruña de 13 de julio de 1998.....	37
• STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002.....	38
• STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2003.....	39
• STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de junio de 2015.....	40
<u>VI. CONCLUSIONES</u>	44
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	49

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, hay un fenómeno derivado de la inmigración que está aumentando considerablemente en nuestra sociedad: la irrupción en España de distintas formas de familia. La más relevante a nuestros efectos, tanto por su proximidad con África como por la diferencia de nuestro concepto de matrimonio, es el denominado matrimonio poligámico.

La mayoría de las religiones se basan en una relación monógama, sin embargo, existen religiones donde la poligamia está permitida, como es el caso de la religión islámica o la religión mormona.

Al no existir regulación al respecto en nuestro ordenamiento, surgen problemas cuando se presenta un caso de este tipo ante un Juzgado español. El problema que se puede plantear además del de la validez del matrimonio en España, es el de los efectos que pueden reconocerse a los segundos matrimonios poligámicos ¿Qué ocurre cuando hay más de un cónyuge supérstite? Los tribunales, al no haber una regulación expresa, han tomado diferentes soluciones al determinar el alcance y cuantía de la pensión de viudedad.

Hemos elegido este tema de estudio porque estamos ante una cuestión que perjudica a las mujeres casadas en matrimonios poligámicos. Como veremos durante el trabajo, la mujer puede resultar perjudicada respecto a los efectos derivados del matrimonio poligámico, dependiendo de cuál sea la solución adoptada por el Tribunal español. Asimismo, nos ha resultado interesante ahondar en esta cuestión puesto que en el Estado español estos matrimonios constituyen una práctica prohibida, y por consiguiente, no se ha adoptado ninguna solución unánime al respecto, sino que las soluciones planteadas han sido diversas y en muchos casos antagónicas.

Es importante tratar este tema, dado que las mujeres pueden verse en una situación desprotegida por el hecho de que no se reconozca validez a determinados efectos periféricos derivados del matrimonio.

Por lo tanto, como es un tema que nos preocupa, hemos creído conveniente analizar más a fondo esta cuestión e intentar dar una solución a este problema, principalmente para

garantizar el derecho de algunas mujeres discriminadas por algunas decisiones judiciales y para reivindicar el derecho a la igualdad ante la ley.

De esto modo, hemos abordado el trabajo de la siguiente manera. Antes de analizar los diferentes convenios vigentes en el Estado español, la legislación pertinente y la jurisprudencia, hemos diferenciado dentro de la excepción de orden público internacional, aquellas situaciones en las que no cabría admitir ninguna atenuante a la excepción, de aquellos casos en los que resulta necesario admitir ciertos efectos en aras precisamente de acabar con la discriminación apuntada y proteger el derecho a la igualdad ante la ley.

Delimitado el marco en el que analizar la cuestión concreta de la pensión de viudedad, hemos procedido a estudiar las tres grandes tesis jurisprudenciales del ámbito que nos ocupa. De estas tres soluciones, hemos descartado dos de ellas, argumentando diferentes razones. Y, por último, hemos adoptado una solución que nos parece la más justa y equitativa.

Este trabajo de fin de grado, en definitiva, es fruto de esta reflexión.

II. MATRIMONIO POLIGÁMICO EN ESPAÑA: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

El orden público internacional es una excepción a la aplicación de la ley extranjera aplicable, dada la incompatibilidad manifiesta con los principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro, en este caso, el ordenamiento jurídico español¹.

Ejemplo de esa excepción es el tema que venimos a tratar, el caso en el que un extranjero quiera contraer un segundo matrimonio en España, sin haber disuelto previamente el primero. A pesar de que la ley extranjera admita la poligamia, no será posible la celebración del segundo matrimonio en España, porque se verían afectados los principios que la sociedad española considera fundamentales.

¹ PÉREZ SOLFT, Iván. "¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas" Costumbres? en *Revista de Investigación Jurídica*, núm 4, 2012. Pág. 2.

Es cada Estado quien autónomamente determina el contenido de su orden público. La actuación del mecanismo del orden público supone una comparación de la solución prevista por la ley extranjera con los principios y reglas esenciales del ordenamiento jurídico, en este caso, español.

El modelo del sistema matrimonial español que se contiene en la Constitución Española² (en adelante, CE) y que se regula en el Código Civil³ (en adelante, CC), se define como monógamo⁴. Ningún país de la Unión Europea admite la celebración de un enlace polígámico al amparo de sus respectivos ordenamientos civiles, y la bigamia como en nuestro Código Penal, se considera un delito⁵. En el art. 32 de la Constitución, se reconoce el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer "con plena igualdad jurídica"⁶.

Asimismo, el Código Civil, en su art. 46, prohíbe contraer matrimonio a las personas que estén unidas con un vínculo matrimonial. Por último, en el art. 217 del Código Penal, se castiga con pena de prisión al que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que existe legalmente el anterior⁷.

A pesar de que en el ordenamiento jurídico español el matrimonio polígámico no está permitido, numerosas leyes de países cuyas legislaciones que se inspiran en las enseñanzas del Islam admiten el matrimonio polígámico, siempre y cuando, se respeten los límites, como por ejemplo: el límite máximo de tener cuatro esposas, tal y como se recoge en el Corán (Surat 4, Ayat 3).

Según LEMA TOMÉ la poligamia es una de las instituciones más controvertidas del Derecho de Familia islámico. Dentro la poligamia, tenemos una modalidad conocida como poliginia, el régimen familiar en la cual se permite al varón tener una pluralidad de esposas. En contraposición, existe la modalidad de la poliandria, cuando hay una

2 Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

3 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

4 LEMA TOMÉ, Margarita. "Matrimonio polígámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España". En *Migraciones Internacionales*, vol.2, num. 2, julio-diciembre, 2003, Pág. 151.

5 PEREZ VAQUERO, Carlos (2009). "Las pensiones de la poligamia". Obtenida el 2 de febrero de 2016, de <http://www.derechocambiosocial.com/revista019/CARATULA.htm>.

6 LEMA TOMÉ, Margarita. *Op. Cit. Nota 4*. Pág. 151.

7 MARCO FRANCIA, María Pilar. "El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas", en *Noticias Jurídicas*, 1/07/11.

pluralidad de maridos y una sola mujer, sin embargo, esta modalidad está absolutamente prohibida en el Islam⁸. Los matrimonios poligámicos se dan en los siguientes supuestos:

- 1) Poligamia estricta. Es el caso en el que un varón contrae matrimonio con diferentes esposas sin haber disuelto los anteriores enlaces. Estos matrimonios son posibles puesto que, como ya hemos señalado, en ciertas normas con inspiración islámica, el varón dispone de capacidad matrimonial para contraer matrimonio con más de una mujer.
- 2) Poligamia a través de divorcio revocable. Existe matrimonio revocable cuando el esposo ha pronunciado solo una vez su intención de divorcio, pero se permite que ambos se reconcilien en cualquier momento de la espera (de cuatro meses, llamado *'idda*).

Por lo tanto, la poligamia en los casos de divorcio revocable se dará en los supuestos en que un varón extranjero se halla divorciado en virtud de sentencia extranjera que le concede el divorcio "revocable", y contrae un nuevo matrimonio con otra mujer en un país que admite el matrimonio poligámico.

Por lo tanto, como el primer matrimonio no se encuentra "definitivamente disuelto", el segundo matrimonio implica un doble vínculo matrimonial.

Para tener en cuenta la situación legal de la poligamia en el mundo, cabe destacar que alrededor de 50 Estados admiten plenamente esta institución en sus Derechos civiles (entre otros, Afganistán, Irán, Indonesia, India, Marruecos, Senegal, etc.)⁹.

Como consecuencia de la inmigración de colectivos procedentes de naciones islámicas, España ha de hacer frente a la problemática que provoca esta institución. A raíz de esto, ha surgido el debate sobre la inclusión o no de la poligamia en el contenido de la libertad religiosa. Para esclarecer este punto, veremos el alcance del contenido de la libertad religiosa dentro del orden público internacional.

⁸ LEMA TOMÉ, Margarita. *Op. Cit. Nota 4*. Pág. 155.

⁹ Además de los 50 países que reconocen plenamente la poligamia en su ordenamiento, otros Estados la admiten en su derecho consuetudinario. A pesar de que el número de familias poligámicas en Europa es elevado, estos tipos de matrimonio se ha reducido notablemente.

Según LEMA TOMÉ, la poligamia es contraria al orden público puesto que atenta contra los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, además de que atenta contra la moralidad pública¹⁰.

Para delimitar el ámbito y entender qué significa orden público internacional respecto del contenido de la libertad religiosa, debemos acudir a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que en su art. 3.1 establece “*el ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”¹¹.

Debemos poner dicho precepto en relación con el art. 16.1 de la CE¹². De este modo se entiende que a pesar de que la libertad para creer es absoluta, la libertad para practicar las propias creencias religiosas admite ciertos límites. Dado que atenta contra nuestro orden público internacional, la poligamia queda fuera del contenido del derecho a la libertad religiosa¹³.

Para esclarecer el tratamiento jurídico del matrimonio poligámico en el Derecho español, hay que distinguir entre varios supuestos:

A) El matrimonio poligámico que se pretende celebrar en España:

La celebración de matrimonios poligámicos por las autoridades españolas resulta absolutamente incompatible con ciertos derechos y principios institucionales que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros: la igualdad, la libertad, la no discriminación, la dignidad, etc¹⁴. Cuando estamos ante estos supuestos, hay que tener en cuenta los siguientes puntos:

10 LEMA TOMÉ, Margarita. *Op. Cit. Nota 4*. Pág. 163.

11 Art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 1980, núm. 177.

12 Constitución Española. *Op. Cit. Nota 2* Art. 16.1: 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.

13 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Derecho a la libertad de conciencia*, vol I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002. Pág. 295.

14 LABACA ZABALA. M.Lourdes. "El matrimonio polígamo islámico y su transcendencia en el ordenamiento jurídico español" en *Noticias Jurídicas*, enero 2005.

- Orden público internacional. Según el art. 12.3 del Código Civil "*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*".

Por lo tanto, el orden público internacional español impide la aplicación de las leyes extranjeras que consideran competente a un sujeto para contraer matrimonio en España a pesar de que esté ligado por el anterior matrimonio no disuelto. Es decir, el orden público internacional español impide que se apliquen las leyes que permitan el matrimonio poligámico cuando dicho matrimonio quiere celebrarse en España.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto, siendo la sentencia más ilustrativa la dictada el 19 de Junio de 2008 cuyos términos son contundentes: "*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3CC)*"¹⁵. Sin embargo, a pesar de esas tajantes palabras, la poligamia no es algo que en nuestros tribunales españoles rechacen sistemática y radicalmente, sin concederle ningún tipo de validez ni efectos, como analizaremos más adelante¹⁶.

- Posición de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN). La DGRN declara que no debe permitirse la celebración de un matrimonio poligámico en España, aunque lo admita la ley nacional del contrayente.

En esta dirección, como considera SOTO MOYA, la DGRN niega por un lado, toda posibilidad de que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado¹⁷. Por otro, rechaza la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio poligámico contraído por aquél que haya adquirido la nacionalidad española. Así, tanto los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero por extranjeros que después adquieren la nacionalidad española, como los concluidos por españoles con extranjeros según la *lex loci*, son ineficaces para el ordenamiento jurídico español¹⁸.

15 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia núm. 3054/2008 de 19 de junio de 2008. Fundamento Jurídico Tercero.

16 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012. Pág. 3.

17 Así lo señala JUAREZ PEREZ puesto que ello atentaría a la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del matrimonio. JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 14.

18 SOTO MOYA, Mercedes. "Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante", en *Revista Electronica Millennium Dipr*, revista nº3. Obtenida el 11 de febrero de 2015 de <http://www.millenniumdipr.com/bn-5-3->

Tal y como señala JUAREZ PÉREZ, a pesar de que la DGRN, aun habiendo denegado la inscripción en España de un matrimonio polígámico, con ello no prejuzga “*los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento*”¹⁹. De esta manera, aunque la jurisdicción civil rechace la celebración de estos matrimonios, deja la posibilidad de que se produzcan en nuestro ordenamiento efectos de distinto orden²⁰.

- Ley subsidiariamente aplicable. Se descarta la aplicación de la Ley extranjera que permite el matrimonio polígámico del contrayente extranjero, por lo tanto el Derecho español no le concede **capacidad matrimonial** para contraer un matrimonio si está vinculado por otro matrimonio anterior. En definitiva, el varón carecería de capacidad matrimonial.

B) El matrimonio polígámico celebrado en el extranjero

Los problemas que suscita este tipo de matrimonios se dan a la hora de determinar la validez del matrimonio o su ley aplicable. Siguiendo esta línea, estamos ante supuestos en que el matrimonio ha sido celebrado legalmente en el extranjero, donde se reconocen efectos jurídicos. No obstante, no es tan sencillo hacer valer dichos efectos jurídicos en el Estado español. Hay varias cuestiones que habrá que tener en cuenta en estos tipos de matrimonios.

- Situación legal en el país de celebración del matrimonio. El matrimonio deberá ser legal en el país en el que se ha celebrado.

- Control de la ley aplicada. Para que los efectos del matrimonio polígámico se hagan valer en España, el art. 65 del CC y el art. 256 del RRC establecen la obligación de practicar un control de la Ley aplicable a la capacidad de cada contrayente. Con base en estos artículos, el matrimonio sólo será válido en España si en el momento de la celebración del matrimonio el sujeto tenía capacidad matrimonial. Según el art. 9.1 del CC²¹, dicha capacidad se rige por su respectiva ley nacional, ley que puede admitir el

[comienza-el-no-3-de-bitacora-millennium-dipr-matrimonio-poligamo](#). Pag. 161

19 Resolución de la DGRN de 3 de diciembre de 1996 (RJ/ 1997/7371)

20 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 15.

21 Código Civil. *Op. Cit. Nota 3*. Art. 9.1: La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

matrimonio poligámico.

Por consiguiente, a pesar de que en España no exista posibilidad de celebrar un matrimonio poligámico, el art. 7.1 del Acuerdo de 20 de febrero de 1992²², reconoce la atribución de efectos civiles al matrimonio celebrado si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. En el segundo párrafo concreta que los contrayentes deberán acreditar previamente dicha capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente²³.

- Orden público internacional y negativa a la inscripción del matrimonio poligámico en el Registro Civil español. A pesar de que la ley nacional del contrayente admita este tipo de matrimonio, sería contrario al orden público internacional español el reconocimiento en España del acta registral extranjera en que se hace constar la celebración del matrimonio.

Como se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2009 "*se entiende el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP)*"²⁴.

Como consecuencia, el matrimonio poligámico celebrado en el extranjero es nulo en España, por lo que no surte efectos legales. Al no existir dicho matrimonio en España, no será posible su inscripción en el Registro Civil español, aunque dicho matrimonio sea válido en el país en el que se celebró.

- "Orden público internacional español atenuado". Teniendo en cuenta que el matrimonio poligámico ha sido celebrado válidamente en el extranjero, puede resultar

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. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de noviembre de 2012, núm. 272.

23 DE NO VAZQUEZ, M^a Felisa. "Poligamia y pension de viudedad", *Actualidad Laboral*, nº16, septiembre 2004. Pag. 5.

24 Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3^a). Sentencia núm. 3068/2009 de 4 de junio de 2009. Fundamento Jurídico Tercero.

injusto para la segunda o ulteriores esposas que su matrimonio se considere inexistente en España.

Como considera un sector mayoritario de la doctrina, la admisión en España de ciertos efectos jurídicos del matrimonio polígámico válidamente celebrado en el extranjero, no daña el orden público internacional español. La solución frente a los matrimonios polígámicos ya celebrados en el extranjero consiste en aceptar un “orden público internacional atenuado”, permitiendo así hacer valer ciertos efectos jurídicos derivados del matrimonio polígámico.

Por lo tanto, la doctrina del “orden público internacional atenuado” hace compatible el rechazo de ciertos efectos nucleares del matrimonio polígámico con el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos periféricos, para conseguir la justicia formal del caso concreto²⁵.

En relación al “orden público internacional atenuado” hay que tener presente el denominado “orden público internacional de proximidad”. Según el “orden público internacional de proximidad”, para que intervenga el orden público internacional de un país contra la aplicación de una ley de un país que admite el matrimonio polígámico, se exige una mínima conexión entre el supuesto fáctico (matrimonio polígámico) y el país cuyo orden público internacional interviene (España).

En la práctica no resulta sencillo distinguir entre efecto atenuado del orden público y “orden público internacional de proximidad”:

- Cuando la excepción de orden público opera sobre el vínculo matrimonial válidamente creado en el extranjero, aunque esa situación sea contraria al Derecho español, se permite en ocasiones reconocer ciertos efectos en el ordenamiento jurídico interno.
- Sin embargo, en el caso de “orden público internacional de proximidad”, solo se admiten los efectos jurídicos derivados de la relación cuando no exista vínculo alguno con el Estado español²⁶.

25 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 20.

26 VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina. "Matrimonio polígámico, orden público y extranjería", en *Revista Actualidad Laboral* nº 33, 2003. Pág. 7.

III. EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO

A continuación, se analizarán los efectos que un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero produce en España. Para ello, se analizarán tanto los efectos jurídicos nucleares del mismo, como los efectos jurídicos periféricos.

A) Efectos jurídicos nucleares

Como ya hemos ido señalando, hay ciertos efectos constitutivos del matrimonio poligámico celebrado válidamente en el extranjero que no se admiten en España. Cuando se pretende desplegar un efecto constitutivo (nuclear) en nuestro ordenamiento, el reconocimiento no se admite en la medida en que constituiría una vulneración de los valores fundamentales del mismo²⁷.

Dichos efectos constitutivos son, entre otros, los siguientes:

1) El matrimonio poligámico no podrá ser inscrito en el Registro Civil español. Hay que tener claro que cuando una persona adquiere la nacionalidad española deberá inscribir en el Registro Civil su matrimonio anterior celebrado en el extranjero, pero para que pueda inscribirse tendrá que ser válido para el ordenamiento español mediante un título documental o un expediente.

Sin embargo, en los supuestos de matrimonios poligámicos, este requisito constituye el obstáculo que impide su acceso al Registro Civil, puesto que se les niega la validez en virtud del orden público español²⁸.

2) Al no existir vínculo matrimonial para el Derecho Internacional privado español, los sujetos no podrán divorciarse ni separarse legalmente en España.

3) Existe otro efecto jurídico que tiene que ver con la nacionalidad española, y es que solo la primera esposa del matrimonio poligámico podrá adquirir la nacionalidad española con un año de residencia en España, tal y como se recoge en el art. 22.2 apartado d) del Código Civil .

27 AYALA CADIÑANOS, Irene. "Excepción de orden público internacional y no discriminación por motivos de género", en *Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho / coord. por Jasone Astola Madariaga*, 2008. Pág. 20.

28 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 16

A pesar de que el varón haya contraído matrimonio con más de una mujer, solo la primera figurará como “esposa” en el Registro Civil español.

4) A la hora de adquirir la nacionalidad española por el sujeto extranjero que se encuentra en situación de poligamia efectiva, dicho sujeto no muestra un “*suficiente grado de integración en la sociedad española*” (art. 22.4 del CC).

Aunque la poligamia sea acorde con la ley nacional del sujeto, se trata de una realidad que es contraria a los principios fundamentales del Derecho matrimonial español, por lo tanto, es una condición que es contraria al orden público internacional español.

En consecuencia, dicho sujeto no podrá adquirir la nacionalidad española por residencia en España como ha recogido la Audiencia Nacional en diferentes supuestos:

Un primer ejemplo lo encontramos en la sentencia de 1 de marzo de 2012 de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso que un nacional de Gambia polígamo solicitó contra la resolución de la DGRN en la que denegaba la solicitud de concesión de la nacionalidad española.

La Audiencia Nacional declaró que “*en nuestro país, la configuración legal del matrimonio y de mayoritario implante sociológico, es la monógama y el hecho de mantener diversas esposas (poliginia) o varios maridos (poliandria) de modo simultáneo, es un dato relevante a la hora de determinar el grado de adaptación e integración a la sociedad española (...) por lo que no se puede considerar que exista factor de discriminación alguno al denegar la nacionalidad a personas que ponen en práctica esta forma plural de relación marital, sino que al valorar este elemento, se está realizando una simple toma en consideración de un requisito legal como es el de la adaptación a las costumbres españolas como muestra de la integración que exige el artículo 22-4 del Código Civil y cuya aceptación y mantenimiento, dentro o fuera de nuestras fronteras, por alguien que pretende tener una especial vinculación con España por vía de la nacionalidad, repugna a nuestro estándar convivencial*”.

Además añade que “*el que pretende adquirir la nacionalidad española lo hace con el compromiso de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas y estas impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal*

(art.46.2. CC) y se tipifica como delito contraer segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el primero (art. 217 del Código Penal). Una situación de efectiva poligamia como la del caso, si bien puede ser conforme a la ley nacional del recurrente, es contraria al orden público en España”²⁹.

Otro ejemplo similar lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2010, donde a un polígamo senegalés le fue denegada, por la DGRN, la solicitud de concesión de la nacionalidad española. Como consecuencia, la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de la DGRN porque *“el demandante al tener un régimen familiar poligámico (...) no cumplía el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, pudiendo añadirse que la garantía de la libertad ideológica, religiosa y de culto tiene los límites necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”³⁰.*

Tal y como establece la Audiencia Nacional en la anterior sentencia, la libertad ideológica, religiosa y de culto del sujeto extranjero polígamo se encuentra limitada por el necesario mantenimiento del orden público protegido por la ley española, que defiende intereses generales dignos de una tutela legal superior.

En consecuencia, como bien señala SOTO MOYA, hasta el 15 de octubre de 2015, la denegación de la nacionalidad española por residencia en los supuestos de poligamia no se basa en el orden público, sino en la *“falta de integración en la sociedad española”*, requisito *sine qua non* para su adquisición por esta vía.

Sin embargo, este autor añade que a partir del 15 de octubre de 2015, este requisito se subsana con la superación de dos pruebas diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes.

- En primer lugar, los solicitantes nacionales de países en el que el español no sea idioma oficial, deberán acreditar un dominio del idioma mediante la obtención de un diploma de español DELE nivel A2 o superior.

²⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 921/2012 de 1 de marzo de 2012. Fundamento Jurídico Tercero.

³⁰ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 5329/2010 de 22 de noviembre de 2010. Fundamento Jurídico Tercero.

- En segundo lugar, los solicitantes deberán superar el examen CCSE (Conocimientos Constitucionales y Socioculturales de España)³¹.

Por lo tanto, según la **Disposición final séptima** de la Ley 19/2015 de 13 de julio, la acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española requerirá la superación de las dos pruebas ya señaladas³².

B) Efectos jurídicos periféricos

Como ya hemos visto, la jurisdicción civil se muestra concluyente a la hora de rechazar el matrimonio poligámico, con un doble mecanismo: por un lado, eliminando toda posibilidad de celebrar estos matrimonios ante autoridad española, y por otro, denegando la inscripción en el Registro Civil español de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero. A pesar de ello, este hecho no implica que nuestros tribunales nieguen todo efecto jurídico.

Es cierto que el orden público internacional español impide ciertos efectos jurídicos derivados de los matrimonios polígamos a pesar de que la situación esté regulada por la ley extranjera. Dichos efectos jurídicos son los denominados “*efectos nucleares*” del matrimonio.

Sin embargo, el “orden público internacional atenuado” señalado anteriormente, permite que ciertos efectos derivados de un matrimonio poligámico celebrado válidamente en un país extranjero puedan hacerse valer en España. Dichos efectos son los denominados “*efectos jurídicos periféricos*”³³

Como establece AYALA CADIÑANOS, cuando se trata de desplegar los efectos periféricos de un derecho adquirido conforme a otro ordenamiento, el orden público no es operativo cuando el reconocimiento de ese derecho conduce a un resultado compatible con el Derecho del foro: en nuestro ordenamiento no se acepta la poligamia, pero cuando el vínculo matrimonial se ha establecido legítimamente en otro espacio jurídico, ignorarlo significaría negar los derechos que a las esposas les corresponden

31 SOTO MOYA, Mercedes. *Op. Cit. Nota 18*. Pág. 168.

32 Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 2015, núm. 167.

33 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 20.

como tales³⁴.

IV. EFECTOS PERIFÉRICOS: DISTINTOS SUPUESTOS

En este apartado, analizaremos cuáles son los efectos jurídicos periféricos que surgen del matrimonio polígamico. Dichos efectos son los que se hacen valer en España a pesar de que no esté permitida la celebración de este tipo de matrimonios. Son los siguientes:

- Reagrupación familiar. El marido polígamo podrá reagrupar consigo a cualquiera de sus esposas, a su libre elección. Sin embargo, hay que dejar claro que solo podrá reagrupar a una de ellas, no a todas. La esposa reagrupada no tiene que ser necesariamente la primera, pues la ley no hace mención a la elección del reagrupante³⁵.

En este sentido, como establece el art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000 (LOEXIS), no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares. Es por eso que se admite solamente la reagrupación de solo una de las esposas³⁶.

En definitiva, en el caso en el que el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado en cuestión no autorizará el reagrupamiento familiar de otro cónyuge. Es decir, prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge y rechaza cualquier otro modelo familiar que no sea el de la familia monógama.

Es por ello que HUERTA ARROYO entiende que el efecto es aún peor al condicionar al inmigrante polígamo para que elija a la reagrupada entre una de sus esposas, lo que conlleva a la renuncia y al abandono de las otras mujeres y niños que esperan en el país de origen, y cuyos derechos son cuestionados y dejados sin efecto por el ordenamiento del país receptor³⁷.

Asimismo, los hijos del varón polígamo pueden ser reagrupados por éste en España tal y como se recoge en el art. 17. 1 b) LOEXIS. Pero si la madre de los mismos no puede ser

34 AYALA CADIÑANOS, Irene. *Op. Cit. Nota 27*. Pág. 20.

35 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 31.

36 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10.

37 HUERTA ARROYO, Victor. *Poligamia y reagrupación familiar en España. Diecisiete historias de vida*. Tirant lo Blanch - Fundacion Ceimigra, Valencia, 2011, 1ª ed. Pág. 23.

reagrupada, los niños crecerán en España sin su madre. De esta forma, se vulnera el derecho de los hijos a habitar y relacionarse con sus padres³⁸.

- Derechos sucesorios. Otros efectos reconocidos en el sistema español son los referidos a la cuestión sucesoria. Dado que las múltiples esposas disponen de derechos sucesorios, la admisión de estos derechos respecto de la segunda o ulteriores esposas, y de los hijos habidos en el matrimonio, no vulneraría el orden público internacional español.

La ley aplicable a la sucesión se determina a través del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, el cual parte de la existencia de una sola esposa. Los derechos hereditarios que correspondan a esa 'esposa' se distribuirán a partes iguales entre las diferentes esposas.

- Derecho de alimentos y pensión compensatoria post-divorcio. Para que tenga derecho a percibir alimentos y/o una pensión compensatoria post-divorcio, es necesario que la segunda o ulterior esposa sea considerada como '*esposa*'.

La cuantía de estos derechos económicos se fija con arreglo a la Ley aplicable a los alimentos, Ley que se determina a través del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos y por las normas recogidas en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre 2007.

- En cuanto a la filiación de los hijos comunes, en base al art. 94 del Código Civil, la filiación 'matrimonial' o 'no matrimonial' de los hijos se decide con arreglo a la ley nacional de los hijos.

Sin embargo, para que se dé la filiación matrimonial de los hijos, es necesario que exista 'matrimonio' válido entre el varón y la segunda esposa a la hora de otorgar la filiación.

Resulta por ello imprescindible operar las presunciones matrimoniales de paternidad y maternidad. No obstante, el problema radica cuando existe más de un matrimonio pero

³⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313. Concretamente los artículos 7 y 10.2.

para el Derecho español solo uno de ellos es válido.

Como señala LABACA ZABALA, el Derecho francés reconoce determinados efectos a los matrimonios poligámicos a través del “orden público internacional atenuado” ya abordado anteriormente. Uno de esos efectos es la filiación de los hijos, puesto que se entiende que los intereses de los hijos deben primar³⁹.

- Régimen económico del matrimonio polígamo. Una cuestión que tenemos que tener en cuenta es que en el Derecho Islámico, el matrimonio no produce ningún efecto sobre el patrimonio particular de los cónyuges. De esta manera, cada uno conserva la libre disposición de su patrimonio.

En definitiva, en el Derecho Islámico no existe un régimen común patrimonial por razón del matrimonio, sino que cada uno conserva su patrimonio y tiene la libre disposición del mismo.

- Cláusula de anulación del matrimonio por poligamia. Como ya hemos mencionado, el derecho islámico permite al hombre celebrar matrimonio de forma simultánea, hasta tener un máximo de cuatro esposas. A pesar de que la poligamia es una opción que se reserva para el hombre, no se trata de una obligación derivada de la *Sharia*⁴⁰.

Asimismo, en la *Sharia* musulmana se admite que en el contrato matrimonial se inserte una cláusula en cuya virtud el varón se compromete a no contraer matrimonio poligámico con más esposas, y en el caso de que el varón no respete su compromiso, la primera esposa del varón podrá solicitar la anulación o nulidad del matrimonio.

De esta forma, la poligamia no es única y exclusiva opción del hombre, sino que la mujer también puede tomar la decisión de aceptarla. Es decir, a pesar de que sea una opción reservada para el hombre, si la mujer no consiente este tipo de matrimonio, no podrá llevarse a cabo. A través de esta cláusula la mujer podrá decidir la admisión o no del matrimonio poligámico. Ya no es solo voluntad del hombre, sino que ha de existir una voluntad conjunta por el hombre y la mujer.

39 LABACA ZABALA, M^a. Lourdes. "El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español", en *Revista Jurídica de Castilla y León*. n.º 18. mayo 2009. Pág. 306

40 LABACA ZABALA, M^a. Lourdes. *Op. Cit. Nota 39*. Pág. 266.

Es importante tener presente que la *Sharia* permite la admisión de esta cláusula de anulación en el contrato matrimonial, cláusula en la que el varón se compromete a no contraer matrimonio con más esposas mientras siga vigente el primero. En el caso de que el varón incumpla dicha cláusula, la mujer tendrá derecho a solicitar la anulación del vínculo matrimonial.

Esta cláusula de anulación del matrimonio no vulnera el orden público internacional español, por lo que sería admisible su aplicación en el territorio español.

V. POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUEDAD

A) Introducción

Una vez enmarcado el problema objeto de este trabajo en el contexto general de la poligamia y del orden público internacional español, y definidos los conceptos fundamentales para una correcta comprensión del mismo, procederemos a analizar nuestro tema de estudio: la pensión de viudedad en caso de un matrimonio polígamico internacional.

La pensión de viudedad constituye, como hemos señalado, un efecto jurídico periférico procedente de este tipo de matrimonios. Conviene recordar que los efectos jurídicos periféricos son aquellos procedentes de matrimonios polígamicos celebrados en el extranjero, y que el orden público español permite hacer valer en España.

Asimismo, tenemos que tener claro que el derecho a la pensión de viudedad es un derecho que se le reconoce al cónyuge superviviente por el fallecimiento de su cónyuge, pero que no está condicionado al vínculo matrimonial entre el causante y el beneficiario, puesto que también se reconoce la pensión a quien sobreviva en una pareja de hecho.

Sin embargo, la pensión de viudedad es más problemática en los supuestos de matrimonios polígamicos, ya que existe más de una esposa, y el ordenamiento español solo reconoce este derecho a uno de los cónyuges, como ya veremos más adelante.

Para conocer un poco más acerca de la pensión de viudedad, hay que tener presente como recoge DÍAZ AZNARTE, que su origen se sitúa en un contexto social en el que la

mujer no se encontraba masivamente incorporada al mercado laboral y por tanto, en el momento del fallecimiento del cónyuge, necesitaba la intervención del sistema de protección social para su subsistencia.

Sin embargo, con el paso del tiempo la pensión fue adquiriendo figuras diferentes. Como ocurre hoy en día, para que sea posible percibir este tipo de prestación por muerte y supervivencia, nuestro ordenamiento jurídico exige dos circunstancias: por un lado que el sujeto causante se encuentre de alta en el sistema de Seguridad Social, y por otro lado, que haya cubierto un mínimo de cotización⁴¹.

El método que vamos a seguir para abordar esta cuestión consistirá, en primer lugar, en analizar los convenios internacionales suscritos por España en la materia. En segundo lugar, abordaremos la regulación de la poligamia en defecto de convenio internacional aplicable. Para ello, analizaremos la legislación de la Seguridad Social al efecto. Por último, vamos a enumerar las diferentes tesis que han adoptado nuestros tribunales, y nos pronunciaremos sobre la que a nuestro parecer es la más recomendable a la hora de plantear la solución más equitativa o justa.

B) Convenios internacionales aplicables

Como ya hemos señalado, en ocasiones puede ser aplicable un convenio internacional relativo a la Seguridad Social entre España y otro Estado parte. En dichos supuestos, ese convenio se aplica con preferencia sobre la legislación española de Seguridad Social de producción interna.

Desde finales de los años 50 España ha suscrito numerosos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con países del todo el mundo⁴² para asegurar que los trabajadores de cada uno de los Estados que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro, reciban una mejor garantía de sus derechos⁴³.

41 DÍEZ AZNARTE, M^a Teresa. "Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?" en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía / coord. por Francisco Javier García Castaño*, Nina Kressova, 2011. Pág. 763.

42 Los Convenios bilaterales suscritos son con: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, Republica Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

43 PEREZ VAQUERO, Carlos. "Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad en España y la Union Europea" en *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 1/2015, Aranzadi, SA, Pamplona, 2015. Pag. 1.

A pesar de que el legislador se ha pronunciado de manera muy clara en relación a este tema, es importante tener en cuenta que nuestro país ha suscrito dos convenios internacionales que apuntan en dirección contraria a la señalada⁴⁴. Vamos a analizar cuáles son dichos convenios:

- **Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979**. En vigor desde 1 de octubre de 1982 (modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998).

Dicho convenio es aplicable a los trabajadores españoles o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social de uno o de ambos países, así como a sus familiares y cónyuges supervivientes.

En el Capítulo IV se regula la pensión de viudedad entre nacionales de los dos países (España y Marruecos) en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos respectivamente. Nosotros nos tenemos que centrar en el siguiente artículo:

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 prestación⁴⁵.

En relación a este artículo, son varios los datos que debemos tener presentes:

- Para adquirir la prestaciones de carácter contributivo previstas en el Convenio Hispano-Marroquí, se pueden sumar los períodos de seguro cumplidos en España y en Marruecos.
- Asimismo, las prestaciones económicas de carácter contributivo se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en Marruecos.
- Cada país tendrá que abonar sus propias prestaciones directamente al beneficiario.
- Las personas que reúnan los requisitos exigidos por las legislaciones de ambos países para tener derecho a una pensión contributiva, podrán percibir ésta de cada uno de ellos.

44 DÍEZ AZNARTE, M^a Teresa. *Op. Cit. Nota 41*. Pág. 766.

45 Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979. En vigor desde 1 de octubre de 1982). *Boletín Oficial del Estado*, 13 de octubre de 1982, núm. 245. Artículo 23.

- En cuanto a la pensión de viudedad regulada en el art. 23 del convenio, se refleja un reconocimiento al derecho de las esposas del causante polígamo a acceder a la pensión de viudedad, por partes iguales tal y como se recoge en el mismo artículo⁴⁶. Hay que tener claro que no se generan dos pensiones diferentes, sino que se distribuye la pensión que le corresponde, en su caso, a partes iguales.

A pesar de que la práctica de la poligamia en Marruecos no esté prohibida, resulta muy difícil de practicar tras la última reforma del Código de Familia Marroquí (*Mudawana*), el cual establece importantes restricciones a la posibilidad de contraer matrimonio con más de una mujer: Deberá estar sometida en primer lugar al visto bueno previo de la primera esposa, la cual podrá incluir en su contrato de matrimonio una cláusula que la prohíba, como ya hemos señalado anteriormente. De esta manera, el hombre no tendrá pleno dominio sobre la mujer, sino que ésta tiene derecho a decidir si quiere ser parte de una relación polígama.

El varón deberá respetar la igualdad de trato entre las esposas. Y por ello, además de informar a la primera esposa también tendrá la obligación de informar a la esposa futura.

En segundo lugar, será necesario la autorización de un juez que determine si el marido tiene recursos económicos para otorgar a la segunda mujer e hijos el mismo trato digno que a la primera esposa. En caso de que la autorización sea favorable y la primera esposa no esté dispuesta a formar parte de esa unión, podrá pedir el divorcio y tendrá derecho a ser resarcida⁴⁷.

- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001. En vigor desde 1 de enero de 2002.

Si bien el 98% de la población de Túnez es musulmana, es uno de los pocos países de religión musulmana que establece en su legislación interpretaciones consideradas liberales respecto a asuntos relacionados con las mujeres y la familia.

46 DÍEZ AZNARTE, M^a Teresa. *Op. Cit. Nota 41*. Pág. 766.

47 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 5.

Desde 1956⁴⁸, la práctica de la poligamia está prohibida⁴⁹. No obstante, el convenio bilateral sigue la línea del convenio suscrito con Marruecos, puesto que en su art. 24 establece que "*en caso de que exista mas de una viuda con derecho, la pensión de supervivientes se repartirá entre ellas a partes iguales*"⁵⁰.

En ese sentido, la cuestión está clara cuando estamos en el caso de un nacional tunecino y deja varias viudas tras su fallecimiento: la pensión se tendrá que prorratear entre las mujeres que tuviera el difunto⁵¹.

En esta línea, MOLINS GARCÍA-ATANCE señala que si el matrimonio poligámico lo contraen marroquíes o tunecinos, no cabe invocar el orden público internacional contra los dos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, puesto que dichos convenios reconocen el derecho a percibir parte de la pensión de viudedad a la segunda y ulteriores esposas, porque no se trata de Derecho extranjero, sino que se integran en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se reconoce en el art. 96 de la Constitución⁵².

Es por eso que no existe razón alguna para no hacer lo mismo con las viudas de polígamos de otros países que admitan esta institución, porque si el propio ordenamiento jurídico español ha renunciado a oponer el orden público respecto de los naturales de Marruecos y Túnez, no es admisible establecer un tratamiento diferente, en perjuicio de la segunda y ulteriores esposas, por el hecho de que el solicitante sea nacional de un país distinto⁵³.

Por lo tanto, en el caso de los nacionales de Marruecos y Túnez la solución es clara, los matrimonios que hayan sido celebrados conforme al régimen poligámico se

48 Tras la promulgación del Código del Estatuto Personal, se suprimieron instituciones discriminatorias para la mujer como la poligamia y el repudio. En JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota. 16*. Pág. 3.

49 GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. "El derecho de familia de inspiración islámica a la luz del Derecho español", en *Revista de Derecho de Familia* núm.61/2013 parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, Cizur Menor. 2013. Pág 1.

50 Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001. En vigor desde 1 de enero de 2002. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2001, núm. 309.

51 PEREZ VAQUERO, Carlos. *Op. Cit. Nota 43*. Pág 2.

52 Constitución Española, *Op. Cit. Nota. 2*. Artículo 96.1 establece que "Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno (...)".

53 MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan. "Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual" en *Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 10/2005*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005. Pág. 11.

considerarán válidos a los efectos de acceder a la pensión de viudedad causada en España.

En este sentido, todas las esposas tendrán la condición de beneficiarias y la pensión se distribuirá entre ellas a partes iguales. Más dudas podrán presentar los casos de nacionales de otros países, pero la opción más correcta según DESDENTADO DAROCA será aceptar la misma solución que se recoge en los convenios bilaterales⁵⁴.

C) Poligamia y pensión de viudedad en defecto de convenio internacional aplicable

Cuando no existe un convenio internacional aplicable habrá que acudir a la legislación de la Seguridad Social española.

La Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) en su artículo 219 reconoce el derecho a ser titular de la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, al cónyuge superviviente, así como a quien haya sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias en los supuestos de separación, divorcio o nulidad⁵⁵.

El conflicto se plantea en los casos de matrimonios polígámicos, puesto que a pesar de existir matrimonios subsistentes entre el causante y las dos esposas, esta modalidad matrimonial es contraria al régimen matrimonial regulado en nuestro ordenamiento.

Asimismo, hay que dejar claro que en estos tipos de matrimonio internacional sí existe matrimonio legal entre el causante y las esposas que pretenden la pensión de viudedad. Sin embargo, se trata de matrimonios prohibidos por la legislación española, puesto que nuestra legislación matrimonial no permite la existencia de matrimonios simultáneos sino sucesivos⁵⁶.

Este conflicto surge puesto que este artículo de la LGSS no prevé el supuesto en que existan dos cónyuges supervivientes de un mismo causante. No se debe a que exista un

54 DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, 1ª ed, Bomarzo, Albacete, 2009. Pág. 112

55 Art. 219 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

56 LABACA ZABALA, M^a Lourdes. "La familia polígama y pensión de viudedad" en *Sentencias de TSJ y AP y Otros Tribunales*, núm. 22/2004, parte Artículo, Aranzadi, SA, Pamplona, 2005. Pág. 4.

vacío legal en la normativa española sino que el legislador en el resto de nuestro ordenamiento jurídico solo reconoce las uniones monógamas. Recordemos que los segundos matrimonios son nulos si persiste el primero (como recoge el Código Civil en el art. 46.2 y 73.2) además de que se tipifique como delito en el art. 217 del Código Penal. Por eso la LGSS sigue esa misma línea⁵⁷.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional consideró que la normativa aplicable en materia de Seguridad Social (concretamente, la pensión de viudedad), es de *carácter “prestacional” y exclusivamente exige haber sido “cónyuge legítimo” del causante de la pensión (...)*es decir, *un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico*⁵⁸. Desde este punto de vista, se estaría excluyendo de esta prestación a los matrimonios poligámicos.

En cuanto a la cuantía de la pensión de viudedad, el art. 220 establece que el derecho corresponderá a quien haya sido cónyuge legítimo, siempre que no haya contraído nuevas nupcias. Para que la persona divorciada o separada judicialmente tenga derecho a una pensión de viudedad, deberá ser acreedora de una pensión compensatoria (art. 97 CC).

En el caso de que se produjese una concurrencia de beneficiarias con derecho a esta pensión, ésta se repartirá en cuantía proporcional al tiempo convivido con el causante, garantizándose el 40% de dicha pensión al cónyuge que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento.

En el ámbito de la Seguridad Social, la pensión de viudedad se regula desde una perspectiva monógama. Como señala JUAREZ PEREZ, la LGSS establece el régimen jurídico de la pensión de viudedad en torno a dos modalidades: que exista un único cónyuge viudo y que concurran un cónyuge actual y un cónyuge anterior, en cuyo caso, el segundo puede optar a la pensión si se cumplen los requisitos previstos por el propio precepto⁵⁹.

57 PEREZ VAQUERO, Carlos. *Op. Cit. Nota 43*. Pág 2.

58 Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 199/2004 de 15 de noviembre de 2004. *Boletín Oficial del Estado*, núm 306, de 21 de diciembre de 2004. Fundamento Jurídico Sexto.

59 JUÁREZ PÉREZ, Pilar. *Op. Cit. Nota 16*. Pág. 37.

Llegados a este punto, la cuestión es la siguientes: la LGSS se decanta por reconocer la pensión de viudedad a un único cónyuge. El problema se presentará cuando el “orden público internacional atenuado” reconozca ciertos efectos jurídicos, como es la pensión de viudedad, de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero.

Para ahondar más en el problema objeto de este trabajo, nos centraremos en analizar a continuación cuáles son las posturas acordadas por nuestros tribunales españoles en esta materia.

D) Diferentes Tesis

Recapitulando, señalábamos que existen varios convenios bilaterales suscritos con los Estados de Marruecos y Túnez, en el que la solución es clara y explícita; se le reconoce la pensión de viudedad a la segunda o ulterior esposa.

Por el contrario, la LGSS no va en esta línea, sino que reconoce la pensión de viudedad solamente a un único cónyuge, regulando esta prestación desde una perspectiva monógama.

Sin embargo, si recordamos lo que hemos analizado anteriormente, el “orden público atenuado” permite que ciertos efectos derivados de un matrimonio poligámico celebrado válidamente en un país extranjero puedan hacerse valer en España, los denominados “*efectos jurídicos periféricos*”.

Por lo tanto, ¿qué ocurre en estos casos? ¿Cuál es la situación práctica de nuestros tribunales? ¿Y cuál debería de ser la solución idónea en estos casos?

Para responder a estas interrogantes, vamos a enumerar las tesis más relevantes que han seguido nuestros tribunales. Podemos diferenciar 3 tesis diferentes:

- 1) La primera de ellas consiste en reconocer la pensión solamente a la primera esposa del varón polígamo (TESIS 1)
- 2) La segunda de ellas reparte la pensión de viudedad entre las diferentes esposas en proporción al tiempo que permanecieron casadas con el varón (TESIS 2)

- 3) Y la tercera y mayoritaria tesis, reconoce la pensión por partes iguales a todas las esposas del varón polígamo (TESIS 3)

1. Pensión de viudedad a la primera esposa (TESIS 1)

La primera de las tesis que algunos tribunales han seguido es reconocer la pensión de viudedad solamente a la primera esposa del varón polígamo. Se considera que el segundo matrimonio es nulo, y por consiguiente, se rechaza cualquier efecto jurídico que se derive del mismo.

Ejemplos de esta primera opción son las sentencias que analizaremos a continuación, la STSJ Cataluña de 30 de julio de 2003 y la STSJ Com. Valenciana, 6 de junio de 2005:

A) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de Julio de 2003.

En este caso, el causante, vivía junto a sus dos esposas e hijos en Cataluña. Ambos matrimonios se habían celebrado en Gambia, eran por lo tanto válidos con base en su ley personal. Tanto el causante como ambas esposas tenían nacionalidad gambiana, por lo que, en virtud de su ley personal, el causante contrajo ambos matrimonios de forma legal⁶⁰.

Esta sentencia del TSJ de Cataluña resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la primera esposa contra la sentencia de primera instancia, siendo parte recurrida el INSS y la segunda esposa.

En la sentencia de instancia, el Juzgado de lo Social de Barcelona reconoció que el INSS debería abonar una pensión de viudedad compartida entre la primera y la segunda esposa. No obstante, la primera esposa no estaba de acuerdo con la concesión de la partición de la pensión de viudedad al 50% con la segunda esposa. La primera esposa interpuso una reclamación previa contra la resolución del INSS de la pensión compartida, pero esa reclamación fue expresamente desestimada. Por consiguiente, la primera esposa interpuso recurso de suplicación contra esa sentencia.

⁶⁰ Juzgado de lo Social núm 6 de Barcelona. Sentencia de 10 de octubre de 2010. Fundamento Jurídico Segundo c).

Según el TSJ la decisión del INSS de repartir la pensión de viudedad a ambas esposas, es consecuencia de la existencia de dos vínculos matrimoniales vigentes al fallecimiento del causante extranjero, ambos matrimonios celebrados en la forma prevista en su ley personal. Por lo tanto, al existir dos vínculos matrimoniales vigentes generarían los efectos reconocidos por la Entidad Gestora en materia de la Seguridad Social⁶¹.

Finalmente el TSJ revocó la sentencia de instancia, reconociendo así a la primera esposa el derecho a recibir la pensión de viudedad de forma íntegra. El Tribunal consideró que a efectos de la ley española el segundo matrimonio era nulo, por lo tanto, no consideró conforme a derecho la Resolución del INSS de repartir la pensión entre las dos esposas simultáneamente.

Asimismo, con base en la ley española, solamente se considerará cónyuge la primera esposa del causante, y por lo tanto, se le reconocerá a la misma el derecho a percibir la integridad de la pensión de viudedad que solicitaba⁶².

En este sentido, el Tribunal en su Fundamento Jurídico Cuarto, señala que la prohibición de la poligamia y de sus efectos como contrarios al orden público se evidencia en nuestra legislación en varios aspectos:

- 1) la prohibición de la reagrupación familiar polígama
- 2) consideración del delito de bigamia
- 3) por la negativa de las resoluciones emitidas por la DGRN en las que se niega la celebración del segundo matrimonio sin haberse disuelto previamente el que se contrajo primero.

El Tribunal no tiene en cuenta si en el país de origen la poligamia esta permitida legalmente o no, simplemente se reafirma que en España la poligamia es contraria al orden público y por ello, a los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio⁶³.

61 LABACA ZABALA, M^a Lourdes. *Op. Cit. Nota 56*. Pág. 11.

62 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección Única). Sentencia núm. 5255/2003, de 30 de julio de 2003. Fundamento Jurídico Cuarto.

63 DÍEZ AZNARTE, M^a Teresa. *Op. Cit. Nota 41*. Pág. 768.

Asimismo, no tiene en consideración la diferenciación de los efectos jurídicos nucleares y los efectos periféricos del matrimonio poligámico, negando así la validez a cualquier efecto.

A esta sentencia se le añade un voto particular contrario a la decisión del TSJ de Cataluña, formulado por la Magistrada Dña. Rosa M^a Virolés Piñol. Dispone que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país. Sin embargo, en el ordenamiento español no existe un tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, laguna que se integra aplicando el art. 49.2 del CC, de manera que tal matrimonio puede ser reconocido si ha sido conforme al ordenamiento donde ocurrió la celebración.

Por lo tanto, a pesar de la prohibición en nuestro país de la bigamia, se entiende que sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos surgidos del vínculo matrimonial contraído. No obstante, no cabe reconocer una pensión de viudedad íntegra para cada cónyuge superviviente, sino que ésta deberá ser repartida a partes iguales, como fue reconocida en sentencia de primera instancia.

B) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 6 de junio de 2005

En esta sentencia, el INSS interpone un recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declara el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad del causante, en cuantía proporcional al tiempo de convivencia.

En este caso el causante contrajo matrimonio con la actora en 1958 en México. Cuando el matrimonio se trasladó a España, no inscribió dicho matrimonio en el Registro Civil. Sin embargo, los hijos habidos sí que fueron inscritos en el Registro Civil de Alicante. Asimismo, el matrimonio también figura en las escrituras públicas de compraventa y de otorgamiento de poderes realizados durante todo el período en que duró la convivencia.

Es importante mencionar que el causante ya se encontraba previamente casado con otra mujer, y al no existir separación, divorcio o nulidad del primer matrimonio, se entiende que el causante continuaba casado cuando contrajo segundas nupcias.

A pesar de que el segundo enlace pudiera ser válido para el ordenamiento mejicano, es de entender que la ley extranjera aplicable según nuestras normas de conflicto ha de quedar excluida en virtud de la excepción de orden público internacional regulado en el art. 12.3 del Código Civil.

El TSJ entiende que al igual que el principio de orden público no permite la validez en España de la poligamia, las diversas y constantes resoluciones de la DGRN niegan la celebración del segundo matrimonio sin haber disuelto el primero.

Es por ello que a efectos de la ley española, en el presente caso, el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto no se le reconoce como esposa a la actora. El TSJ considera que se trata de un matrimonio poligámico, dado que no hay constancia de disolución del matrimonio anterior. Por todo ello, el Tribunal estima el recurso interpuesto por el INSS y deniega el derecho de pensión de viudedad que fue reconocida a la actora en primera instancia⁶⁴.

Una vez analizadas ambas sentencias, podemos concluir, sin lugar a dudas, que estamos ante una tesis que desfavorece a la segunda o ulteriores esposas. Es evidente que esta tesis beneficia a la primera esposa, en detrimento del resto de esposas del causante. Sin embargo, creemos que puede considerarse como una postura egoísta, ya que cuando el causante adquiere segundas nupcias, la primera esposa conoce ese nuevo matrimonio (a excepción de algunos casos), y si hubiera estado en descuerdo habría roto su vínculo matrimonial.

Por lo tanto, si la primera esposa consiente ese segundo o subsiguientes matrimonios, también está consintiendo implícitamente que se le reconozcan al resto de esposas derechos después de la muerte del varón polígamo como es la pensión de viudedad.

No obstante, aprovechando que se encuentra en un país en el que la poligamia es contraria a los principios generales de su ordenamiento, recurre la sentencia hasta que le dan la razón y le reconocen la pensión íntegramente a ella, puesto que si la comparte con las otras esposas, hubiera recibido menos ingresos.

64 Tribunal Superior de Justicia de la Com. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm 1821/2005 de 6 de junio de 2005. Fundamento Jurídico Único.

En cuanto a la segunda o ulteriores esposas, contraen matrimonio con el varón polígamo con intención de convertirse en su esposa (a pesar de que ya existía un matrimonio anterior) y como consecuencia, que se le reconozcan los efectos jurídicos de dicho matrimonio.

En estas sentencias, considerando único cónyuge a la que deriva del primer matrimonio, están negando la validez de cualquier efecto del matrimonio poligámico. Teniendo en cuenta el “orden público internacional español atenuado”, hay ciertos efectos jurídicos derivados del matrimonio celebrado en el extranjero que no dañan el orden público internacional español. De los efectos reconocidos en los matrimonios diferenciamos los nucleares y los periféricos, y los que son admisibles en España serían los efectos jurídicos periféricos, en los que se recoge el derecho a la pensión de viudedad de las esposas.

Defendemos que la postura seguida en estas dos sentencias por el Tribunal de Cataluña y el de la Comunidad Valenciana, en las que se deniega cualquier cantidad en concepto de pensión de viudedad a las subsiguientes esposas, es una tesis rechazable y mejorable si lo que se pretende es lograr una mayor justicia equitativa entre todas las esposas, sin que ninguna de ellas prevalezca sobre las demás.

Todas las esposas conocen la realidad de sus matrimonios, por lo que el hecho de trasladarse a un país en el que no se reconoce ese tipo de matrimonios no puede servir como excusa para suprimir el derecho de recibir la pensión de viudedad a la segunda o ulterior esposa.

Asimismo, cabe considerar que existe una desigualdad entre las diferentes esposas. El hecho de que una de ellas sea la primera en contraer matrimonio con el causante, no le habilita para ser la única con derecho a percibir la pensión de viudedad. Puesto que, si en el país de origen el matrimonio es legal, el hecho de trasladarse a España no provoca que desaparezca ese derecho de percibir la pensión de viudedad, al menos no debería, a nuestro parecer, desaparecer.

La tesis reconocida en estas sentencias es la menos utilizada por los tribunales españoles. Son pocos los casos en que los tribunales han optado por reconocer solamente la pensión de viudedad a la primera esposa y denegársela a la segunda o

ulteriores esposas.

Una vez que el tribunal se muestra favorable a llevar a cabo la concesión de la pensión de viudedad, el problema surge en determinar cuál es el porcentaje y la cuantía de la misma. Podemos encontrarnos con dos opciones, cada una de las cuales representan una de las dos tesis que nos quedan por estudiar:

- La primera consiste en distribuir el importe de la prestación entre los distintos cónyuges proporcionalmente, en función del tiempo transcurrido en cada unión. (TESIS 2)
- La segunda vía y más habitual es la del reparto de la pensión de viudedad reconocida al cónyuge superviviente entre todas las viudas del causante en la misma proporción, sin tomar en consideración el tiempo efectivo del matrimonio. (TESIS 3)

Estas dos soluciones en principio pueden resultar igualmente válidas, sin embargo, no lo son en todos los casos.

De hecho, como aclara SOTO MOYA, existe un Criterio (Criterio refundido III/4/25, antiguo núm. 370, Vol. abril- mayo 1988) por parte del INSS en los supuestos de prestaciones por muerte y supervivencia en el que se afirma que: *“la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida por parte iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a lo dispuesto en el art. 9 del CC, esposas legítimas, siempre que el marroquí esté o haya estado sujeto a la legislación de la Seguridad Social española”*.

Sin embargo, hay casos en los que a pesar de que el causante fuese un trabajador marroquí, no se ha llevado a cabo un reparto equitativo, realizando así una aplicación parcial del Convenio y repartiendo la pensión en función del tiempo de convivencia (aplicando el art. 219 de la LGSS)⁶⁵. Este caso lo analizaremos más adelante.

Cabe dejar claro que el sector mayoritario de la doctrina, según DESDENTADO DAROCA, defiende el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas del causante. Sin embargo, la discusión radica en determinar si la distribución ha de realizarse por

65 SOTO MOYA, Mercedes. *Op. Cit. Nota 18*. Pág. 167.

partes iguales o en proporción al tiempo convivido con el marido⁶⁶.

Veamos ambas tesis por separado:

2. Reparto de la pensión en función de los años de convivencia

(TESIS 2)

La segunda tesis que algunos tribunales han seguido es la de reconocer la pensión de viudedad no solo a la primera esposa del varón polígamo, sino también a la segunda o posteriores esposas. En este caso, y a efectos de determinar la pensión de viudedad, no se considera el segundo matrimonio nulo para el Derecho Internacional privado español, y se aprueba cualquier efecto jurídico que se derive del mismo. Esta segunda tesis reconoce a todas las esposas el derecho de la pensión de viudedad, aunque este derecho no es el mismo en todos los casos. Ese derecho varía en función de los años de convivencia con el causante. Así, cuantos más años haya convivido la esposa con el causante, mayor será la pensión de viudedad que reciba.

Los tribunales españoles se han pronunciado en esta dirección en más ocasiones que en la defensa de la primera tesis. Entre otras: STSJ Madrid, núm, 738/2003 de 26 de diciembre de 2004/ STSJ Madrid, núm. 342/2005 de 31 de mayo de 2005, STSJ de Madrid núm 456/2002 de 29 de julio de 2002, STSJ Aragón, núm. 242/2013 de 22 de mayor de 2013, etc.

A continuación analizaremos varios de los supuestos en que se han pronunciado nuestros tribunales en base a esta tesis, y veremos cuáles han sido los criterios acordados para ello.

A) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 29 de julio de 2002.

Recurso de suplicación formalizado de una parte por la segunda esposa de matrimonio marroquí y de otra parte el INSS, contra la sentencia de primera instancia del Juzgado de lo Social de Madrid.

Nos encontramos ante un caso en el que un varón marroquí contrajo un segundo matrimonio en Marruecos cuando aún estaba vigente el primero. Posteriormente, se

⁶⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena. *Op. Cit. Nota 54*. Pág. 117.

divorció de su segunda esposa. En la primera sentencia, el juzgado estimó la demanda interpuesta por la primera esposa contra la segunda y el INSS, reconociendo así como única persona con derecho a recibir la pensión de viudedad a la primera de ellas.

Sin embargo, el TSJ de Madrid parte de lo dispuesto en el Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, en cuyo art. 23⁶⁷ se establece que la pensión de viudedad se distribuirá por partes iguales entre quienes resulten ser beneficiarias de dicha prestación.

Asimismo, el Convenio, en su art. 17, dispone que *“la institución competente de cada Parte Contratante determinará el importe de la prestación, según las disposiciones de la legislación que ella aplique, teniendo en cuenta solamente los periodos de seguro cumplidos bajo esta legislación”*.

El TSJ de Madrid sostiene que el art. 23 del Convenio no puede interpretarse como una remisión en bloque a la legislación marroquí en materia de reconocimiento, adquisición y cuantía de la prestación, sino que la expresión “conforme a la legislación marroquí” que se desprende del Convenio alude solamente a la posible situación de poligamia del causante.

Es por ello que el TSJ aplica el art. 174.2 de la LGSS anterior a la reforma del 2015, que establece que cuando concurra más de una beneficiaria a la pensión de viudedad, ésta se repartirá en proporción al tiempo de convivencia. Por lo tanto, el TSJ reconoció una pensión de viudedad a la segunda esposa del 14.75% y una pensión de viudedad a la primera esposa del 85.25%. La primera esposa recibe una mayor pensión de viudedad dado que convivió más tiempo con el causante que la segunda⁶⁸.

Esta sentencia fue criticada por MARTIN JIMENEZ con base en la aplicación que hizo el Tribunal de la aplicación del Convenio bilateral en materia de Seguridad Social entre España y Marruecos, que en su art. 23 dispone que la pensión de viudedad del trabajador marroquí se distribuirá por partes iguales entre quienes resulten ser beneficiarias de dicha pensión (conforme a la legislación marroquí). Asimismo, hace

67 Convenio entre España y Marruecos. *Op. Cit. Nota 45*. Art 23: 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.

68 Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm 10820/2002, de 29 de julio de 2002. Fundamento Jurídico Tercero.

hincapié en que la legislación marroquí prevé que en caso de separación matrimonial la esposa no tiene derecho a percibir pensión de viudedad, por lo tanto, debería haberse reconocido la pensión íntegra a la primera esposa⁶⁹.

La sentencia fue duramente criticada porque optaba a la aplicación parcial de la legislación extranjera, dado que se remite a la legislación marroquí en cuanto al nacimiento del derecho de la pensión pero no en cuanto a su distribución. MOLINS GARCÍA-ATANCE señaló que la solución de examinar la institución matrimonial de otro país y aceptar judicialmente una parte, rechazando la otra, vulneraría el principio de seguridad jurídica⁷⁰.

Cabe destacar que en Marruecos no se reconoce por parte del ordenamiento marroquí ningún derecho a favor de la persona divorciada, sin embargo, el Tribunal excepciona la aplicación de este hecho y extiende la aplicación de la pensión a favor de la esposa divorciada⁷¹.

B) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de diciembre de 2004

Estamos ante un caso en el que el causante contrajo un primer matrimonio en 1948, pero tras una separación de hecho comenzó a convivir con otra mujer en 1953. De esta segunda relación tuvieron tres hijos (en 1954, 1957 y 1960). No fue hasta 1978 cuando contrajo matrimonio con la segunda esposa.

El INSS en primera instancia reconoce la pensión de viudedad íntegramente a la segunda esposa. Dos años más tarde, la primera esposa también solicitó al INSS derecho a la pensión de viudedad.

En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid en 2003 reconoció a ambas esposas un derecho de la pensión de viudedad en función de los años de convivencia. A la primera esposa se le reconoce un periodo desde 1948 hasta 1978, y a la segunda desde 1978 hasta la muerte del causante en el 2000.

Se da el hecho de que la segunda esposa desconocía el vínculo matrimonial existente

69 MARTIN JIMENEZ, Rodrigo. "Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia" en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 7119/2002, Aranzadi, Pamplona, 2002.

70 MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan. *Op. Cit. Nota 53*. Pág. 9.

71 LABACA ZABALA, M^a Lourdes. *Op. Cit. Nota 56*. Pág. 9.

con la primera esposa. Interpuso un recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social del 2003 y solicita que el reparto de la pensión en función de los años de convivencia se haga de la siguiente manera: a la primera esposa se le reconoce la pensión derivada de los años 1948 a 1953, y a la segunda, de los años 1953 a 2000.

El TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto por la segunda esposa contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid en 2003, como partes recurridas el INSS y la primera esposa, y reparte la pensión en función de los años de convivencia que estimó la segunda esposa⁷².

C) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de mayo de 2005

El recurso de suplicación se formaliza por el INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid en 2005.

Estamos ante un caso en el que el causante contrajo matrimonio con la primera esposa en 1972. A pesar de declararse separación judicial del matrimonio en 1997, no se tramitó el procedimiento de divorcio vincular (por lo tanto, el vínculo matrimonial seguía existiendo). Un año más tarde, en 1998, contrajo matrimonio con una segunda esposa. En un principio se le reconoce a la segunda mujer el 100% de la pensión de viudedad, pero cuando la primera esposa solicita la misma prestación se modifica a la segunda esposa la distribución de la pensión y se le pide que satisfaga las cantidades indebidamente recibidas en concepto de pensión de viudedad.

El INSS interpone recurso de suplicación para negarle a la segunda esposa el derecho a la pensión de viudedad. Tal y como se recoge en el Fundamento Jurídico Primero, el INSS se basa en que no hubo buena fe por parte de la segunda esposa, puesto que si hubiera solicitado los certificados de nacimiento del causante, hubiera evitado la bigamia. Por lo tanto, alega que el juez español deberá declarar la inexistencia del segundo matrimonio.

El segundo motivo en el que se funda el INSS es que dada la inexistencia del vínculo matrimonial, la situación de la segunda esposa y del causante es de convivientes de hecho, y por la mera convivencia de hecho no se le reconoce la pensión de viudedad.

⁷² Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm. 738/2003 del 26 diciembre de 2003. Fundamento Jurídico primero.

Sin embargo, el TSJ en el Fundamento Jurídico Segundo establece que la segunda mujer no conocía la existencia del primer matrimonio. Por lo tanto, como actuó de buena fe, los efectos no quedarían inválidos. Es por esto que el TSJ desestima el recurso interpuesto por el INSS y estima la sentencia de primera instancia en la que se reconoce a la mujer una pensión de viudedad en función de la duración de la convivencia⁷³.

No obstante, si el Tribunal hubiera estimado la inexistencia del vínculo matrimonial y además hubiera habido buena fe por parte de los contrayentes, estaríamos ante un matrimonio putativo.

La sentencia firme que declare la nulidad del matrimonio, no renuncia al reconocimiento de los efectos del matrimonio en favor del contrayente que hubiera concurrido de buena fe, y en favor de los hijos. Estamos ante una excepción del principio de retroactividad de la declaración de nulidad matrimonial, recogido en el art. 79 del CC⁷⁴. Este artículo se basa en una presunción *iuris tantum*.

Por lo tanto, en el caso que se nos plantea, si el Tribunal hubiera declarado la nulidad del matrimonio, el cónyuge no debería resarcir las cantidades recibidas de la pensión de viudedad⁷⁵.

Esta tesis a pesar de estar apoyada por el criterio favorable de varios tribunales es a nuestro parecer errónea, puesto que los años de convivencia no son un baremo adecuado para medir la cuantía de la pensión de viudedad. El hecho de que la primera esposa haya convivido más tiempo con el causante que con la segunda esposa, o viceversa, no supone que merezca una mayor compensación.

Es discutible que el tiempo de convivencia sea la pauta mas equitativa a la hora de distribuir la pensión de viudedad para generar los menores desequilibrios entre las esposas legalmente casadas en su país.

El lado positivo de esta tesis es que todas las esposas tienen derecho a la pensión de viudedad, a diferencia de lo que ocurría con la tesis anterior. Este es el único aspecto

73 Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm. 342/2005 de 31 de mayo de 2005. Fundamento Jurídico Segundo.

74 Código Civil. *Op. Cit. Nota 3*. Artículo 79: La declaración de nulidad del matrimonio no anulará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

75 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol IV, Tomo I, 11º ed. Tecnos, 2015.

positivo que tiene, al menos ninguna de las esposas sale perjudicada y a todas se les reconoce el derecho a la pensión.

Esta tesis deja a la esposa con la que ha convivido menos años en una situación desprotegida. Hasta la muerte del causante, dicha mujer convivía con el causante y éste tenía recursos suficientes para mantenerla a ella y al resto de esposas. Si se reparte la pensión en función de los años, puede ocurrir que a una de ellas se le reconozca una cantidad tan reducida que quedaría en una situación desamparada. Dicha mujer no podrá contar con recursos económicos suficientes para vivir.

No se daría equidad entre las diferentes esposas, puesto que a pesar de ser todas esposas legales en base a su ley de origen, en España no tienen esa igualdad. Si los tribunales se inclinan por seguir esta tesis, no todas se calificarían esposas en el mismo sentido, ya que unas tendrían mas derecho que otras.

La esposa que haya convivido mas tiempo con el causante apoyará esta tesis, puesto que de esta manera ella saldrá beneficiada y percibirá una pensión de viudedad mayor que la otra.

Al contrario, la esposa que haya convivido menos años de matrimonio con el causante es la que saldrá perjudicada y, a pesar de que tendrá derecho a la pensión de viudedad, cobrará una menor pensión de viudedad por el hecho de contraer matrimonio mas tarde.

3. Pensión de viudedad por partes iguales (TESIS 3)

Según esta tercera tesis, la pensión de viudedad debe repartirse a partes iguales, entre todas las esposa del varón polígamo fallecido. Cabe destacar que esta tesis es la que se recoge en los Convenios bilaterales suscritos con España en materia de Seguridad Social, como hemos analizado anteriormente.

Curiosamente, la primera sentencia de un Tribunal español que se pronunció sobre el tema, adoptó esta tesis como solución. Fue un planteamiento novedoso, puesto que a través de esta sentencia se abrió paso al reconocimiento de efectos jurídicos de la poligamia. Asimismo, este pronunciamiento fue el primero en reconocer efectos jurídicos a los matrimonios poligámicos. Ninguna otra rama del ordenamiento había

reconocido efectos a estos matrimonios⁷⁶.

Los tribunales españoles se han pronunciado en esta dirección en mas ocasiones que en las anteriores tesis. Esas sentencias son las siguientes: Sent. Juzgado Social núm. 6 Barcelona de 10 de octubre de 2001, STSJ Madrid 29 de julio de 2002, Sent. Juzgado Social núm. 3 La Coruña de 13 de julio de 1998 (confirmada por la STSJ Galicia, Social de 2 de abril de 2002), STSJ Andalucía de 30 de enero de 2003.

El primer caso en que los tribunales se pronunciaron en un tema de matrimonios poligámicos, es el siguiente:

A) Sentencia del Juzgado de lo Social de La Coruña (Comunidad Autónoma de Galicia) de 13 julio de 1998

Se trataba de un senegalés que había contraído matrimonio conforme a la ley de su país con dos mujeres (con la primera en 1974 y con la segunda esposa en 1981). El causante que trabajaba como autónomo y estaba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA), falleció en España en 1995 en un accidente.

En la sentencia del 1998 se discute la posibilidad de concesión de la pensión de viudedad dado que existían dos viudas, según la legislación senegalesa unidas por un vínculo matrimonial legal, pero prohibida por la legislación española.

El principio de reciprocidad implica que a los trabajadores extranjeros se les reconozcan los mismos derechos en materia de Seguridad Social que a los españoles. En relación con la prestación de viudedad, se reconoce el derecho al cónyuge supérstite siempre que el matrimonio esté legalmente contraído (en este caso son legales los dos matrimonios).

Ahora bien, la ley no exige que el matrimonio se haya celebrado con base en la legislación española, sino que el matrimonio sea legal en virtud de su propia legislación. En la legislación de Senegal la poligamia está permitida, por lo que el matrimonio contraído es perfectamente legal y surte efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros.

76 DE NO VAZQUEZ, M^a Felisa. Op. Cit. Nota. 23. Pág. 7

El Tribunal reconoció que la totalidad de la pensión de viudedad había de repartirse entre ambas viudas, sin que pueda aplicarse el art. 174. 2 (de la LGSS en vigor hasta el 2015), que reconoce la partición de la pensión en función del tiempo de convivencia, debido a que el caso que se planteó eran dos matrimonios legales y existentes a la fecha del fallecimiento del causante⁷⁷.

B) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002

En la sentencia de instancia (la sentencia anteriormente analizada del año 1998) se reconoció a cada una de las viudas la mitad de la pensión de viudedad, sin embargo, ambas esposas recurrieron en suplicación solicitando íntegras pensiones de viudedad para cada una⁷⁸.

En este caso, el TSJ de Galicia resuelve el recurso de suplicación interpuesto por todas las partes contra la sentencia del Juzgado de lo Social de La Coruña. Por un lado, el INSS recurrió la sentencia porque negaba que el causante estuviera incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social español. Por otro lado, las dos viudas del causante recurrieron la sentencia para solicitar dos pensiones de viudedad cada una en su integridad.

El TSJ de Galicia desestimó los recursos planteados por las partes. En la sentencia, en su Fundamento Jurídico Tercero confirma que el causante estaba incluido dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de España.

En cuanto al derecho de la pensión de viudedad, en su Fundamento Jurídico Cuarto, el Tribunal señala que el “concepto de orden público admite matizaciones o flexibilizaciones” (puesto que en una sentencia del Tribunal Supremo de 22-11-1977 dijo que la excepción de orden público no es regla absolutamente rígida sino que admite *inflexiones*). De forma que sí cabe reconocer los efectos jurídicos del matrimonio poligámico “en el contexto prestacional de la Seguridad Social”.

No cabe por lo tanto la pretensión de las demandantes para que se les reconozca a cada una una pensión de viudedad «in integrum». A pesar de que a ambas esposas se les

⁷⁷ Juzgado de lo Social de La Coruña (Comunidad Autónoma de Galicia). Sentencia de 13 julio 1998. Fundamento Jurídico Segundo.

⁷⁸ MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan. *Op. Cit. Nota 53*. Pág. 7.

reconozca el derecho a percibir la pensión de viudedad, eso no provoca reconocer una pensión íntegra y autónoma para cada una de las esposas⁷⁹.

No obstante, como se refleja en el Fundamento Jurídico Cuarto, el TSJ de Galicia defiende el reparto de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el causante, pero al no haberse impugnado el reparto proporcional realizado en la sentencia de instancia, se mantiene esa distribución y confirman la sentencia del Juzgado de La Coruña.

C) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2003.

Estamos ante un recurso de suplicación interpuesto por la primera de las esposas del matrimonio marroquí, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Melilla.

En este caso, el fallecido era un nacional de Marruecos polígamo, es decir, existían dos matrimonios simultáneamente vigentes. El INSS inicialmente reconoció a la primera esposa la pensión de viudedad íntegramente. Posteriormente, la segunda esposa reclamó su pensión de viudedad.

Dada la existencia de una segunda esposa, la Entidad Gestora presentó una demanda contra la primera esposa solicitando que se le revocase el acto declarativo de derecho por el que se le había reconocido la pensión de viudedad íntegra y se fijase su importe en el 50%, reintegrando a la beneficiaria la cantidad indebidamente percibida. La sentencia de instancia estimó la demanda del INSS⁸⁰.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Fundamento Jurídico Primero apoyó lo que se estableció en primera instancia, es decir, basándose en los arts. 3 y 23 del Convenio Hispano-Marroquí, repartir la pensión de viudedad a partes iguales entre las esposas, con independencia del tiempo de convivencia de cada una de ellas⁸¹.

79 Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 2547/2002 de 2 abril 2002. Fundamento Jurídicos Tercero y Cuarto.

80 DÍEZ AZNARTE, M^a Teresa. *Op. Cit. Nota 41*. Pág. 769.

81 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social). Sentencia núm. 159/2003 de 30 enero de 2003. Fundamento Jurídico primero.

D) Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía (Málaga) de 18 de junio de 2015

Estamos ante un caso en el que la segunda esposa de origen marroquí se casó por el rito musulmán en 1996 con el causante polígamo. Éste se encontraba casado anteriormente con una mujer española, que falleció en 2005.

Cuando la segunda esposa y el causante quisieron inscribir su matrimonio en el Registro Civil, esta petición fue denegada en 2008 por ser contraria al orden público español.

El causante falleció en 2012, y ese mismo año la segunda esposa solicitó al INSS la pensión de viudedad. Como no le fue concedida, demandó al INSS, pero la sentencia del Juzgado de lo Social de Melilla de 19 de septiembre de 2014 desestimó el recurso.

La segunda esposa interpuso recurso de casación contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Melilla de 2014. La demandante alega en el Fundamento Jurídico Segundo que negarle la pensión de viudedad supone un claro trato discriminatorio y una desprotección económica, social y jurídica de la familia pues la demandante ha sido familiar (esposa) del causante.

Ésta fundamentó su petición en el art. 9 del CC, basándose en la ley personal de la esposa y del causante, ley de Marruecos, por su nacionalidad originaria marroquí. Posteriormente ambos adquieren nacionalidad Española, entendiéndose así que la nueva nacionalidad no afectaba a la situación matrimonial.

El TSJ de Andalucía consideró que a pesar de que el matrimonio entre la segunda esposa y el causante se haya considerado nulo para la legislación española, este hecho no significa que no haya existido, puesto que uno de los requisitos exigidos por la legislación española para poder acceder a la pensión de viudedad es haber contraído matrimonio legítimo (art. 174 de la LGSS anterior a la reforma de 2015). Por lo tanto, la pensión debía haberse reconocido ya que estamos ante un matrimonio legal.

Asimismo, el TSJ reconoce efectos al matrimonio bigamo al suscribir el 8 de noviembre de 1979 el Convenio bilateral con Marruecos en materia de Seguridad Social, que en su art. 23 establece el derecho a la pensión a todas las esposas.

Por todo ello, el TSJ de Andalucía estima el recurso interpuesto por la segunda esposa del varón polígamo y reconoce la pensión de viudedad a ésta, en la misma cuantía que a la primera⁸².

Una vez analizadas varias sentencias que apoyan esta última tesis, es preciso analizar por qué consideramos que es entre todas las tesis expuestas el criterio óptimo para distribuir la pensión de viudedad.

La solución que nosotros defendemos tienen varios aspectos positivos a diferencia de las otras. Son los siguientes:

Por un lado, la partición de la pensión de viudedad a partes iguales preserva la **seguridad jurídica internacional**. El principio de seguridad jurídica es un principio ambiguo, es por ello que surgen problemas a la hora de definirlo.

Este principio está relacionado con el concepto de orden público y el Derecho, concretamente, con los derechos humanos. Es uno de los principios fundamentales de todo el ordenamiento constitucional democrático, debido a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. El principio de seguridad jurídica debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos.

Con relación a nuestro tema de estudio, si la pensión de viudedad se reparte siempre de manera proporcional entre todas las esposas, cada una de ellas podrán prever que tendrán derecho a esta prestación. Sin embargo, a día de hoy, al no existir ninguna norma legal que regule esta cuestión, genera una inseguridad jurídica a las esposas del varón polígamo. Como hemos visto hasta ahora, cada Tribunal ha ido adoptando una decisión respecto a esta cuestión, por lo tanto, tendrían la incertidumbre de cuál sería la decisión que estos adoptasen.

82 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1036/2015 de 18 de junio de 2015.

De este modo, creemos que al regular la partición de la pensión de viudedad de manera proporcional cuando exista más de un matrimonio legal con el causante, las beneficiarias de esta prestación tendrían la seguridad jurídica de cuál sería el derecho aplicable en su caso.

En estos momentos existe una gran inseguridad jurídica respecto al reconocimiento de la pensión de viudedad ante matrimonios poligámicos. Tal y como hemos comprobado durante este trabajo, las sentencias que los tribunales de justicia han emitido en nuestro país con frecuencia cambian de criterio sin justificación alguna.

Por otro lado, otro aspecto positivo de realizar la partición de la pensión de viudedad a partes iguales es la **igualdad ante la Ley**. Este principio de igualdad se recoge en el art. 14 de la Constitución Española.

Este principio jurídico que establece una serie de derechos, deberes y garantías comunes para todos los ciudadanos de una sociedad. Se traduce en el reconocimientos a todos el mismo derecho.

Si ponemos el principio de igualdad en relación a la tesis que reparte la pensión de viudedad entre las diferentes esposas, estaríamos hablando de una solución que cumpliría con el contenido de este principio. De esta manera, todas las esposas del varón polígamo serían reconocidas como esposas ante los tribunales españoles, y como consecuencia, tendrían derecho a percibir esta prestación. Esto no ocurría con la primera tesis, puesto que los tribunales solo reconocían como esposas a la primera mujer del varón polígamo.

No obstante, con la segunda tesis los tribunales sí que reconocían a las segundas o ulteriores esposas como verdaderas esposas, con los efectos que ello conlleva. Sin embargo, en dicha tesis no se reconocía el mismo derecho a todas ellas, puesto que las que llevaban más tiempo conviviendo con el causante tenían derecho a una pensión de viudedad más elevada que las otras. En este sentido, se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley, porque no todas serían iguales ante ella.

Sin embargo, con esta tercera tesis se cumpliría el principio de igualdad. Por un lado, todas las esposas serían consideradas esposas a efectos legales, a diferencia de lo que

ocurriría con la primera tesis. Pero por otro, se les reconocería el mismo derecho a todas, es decir, todas las esposas tendrían el mismo derecho a la pensión de viudedad (a diferencia de lo que ocurría con la segunda tesis).

Por consiguiente, esta tercera tesis reconoce una igualdad a todas las esposas, sin tener en cuenta si han sido las primera o segunda esposas en contraer matrimonio o sin tener en cuenta el tiempo de convivencia con el causante.

El principio de igualdad está vinculado con el **principio de no discriminación**, regulado en el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸³.

Si la pensión de viudedad se repartiese proporcionalmente a partes iguales, no habría ninguna discriminación, ni se produciría una desprotección jurídica, social y económica. Todas las mujeres serían consideradas esposas para los tribunales españoles, y se reconocería así el mismo derecho a todas.

Asimismo, esta tesis está **alineada** con la recogida en los **Convenios internacionales** firmados por España en materia de Seguridad Social. Es el caso de los Convenios hispano-marroquí e hispano-tunecino, en los cuales se establece como solución el reconocimiento de la pensión de viudedad a todas las esposas por partes iguales.

En este sentido, es lógico que si el Estado ha entendido acordar con determinados países la partición de la pensión de viudedad a partes iguales, también debería ser así con el resto de países que legalizan la poligamia.

Es decir, si se permite reconocer este derecho a determinados países, puede entenderse que también se reconoce que lo permite con otros países. Si no estaríamos ante un trato discriminatorio dependiendo de la nacionalidad de los sujetos implicados.

Cuando el Estado español en dichos convenios adopta la decisión de repartir la pensión de viudedad entre todas las esposas del varón polígamo, entiende que es la solución más

⁸³ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de octubre de 1979, núm. 243. Artículo 14: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

equitativa y justa. Por lo tanto, teniendo en cuenta este pronunciamiento del Estado, los tribunales tienen que observarla como referencia y aplicar la misma solución al resto de situaciones que se les plantea.

De igual modo, el reconocimiento de la pensión de viudedad a partes iguales no vulnera el **orden público internacional** presupuestario español. Es decir, el hecho de que la pensión a pagar sea única y sea repartida entre todas las esposas no perjudica las arcas públicas del Estado español. Para que éstas saliesen perjudicadas, habría que aceptar una pensión de viudedad íntegra a cada una de las esposas, pero este no es el caso.

Como establece DESDENTADO DAROCA, hay autores que consideran que todas las esposas deberían percibir una pensión de viudedad íntegra, argumentando que el reparto de una única pensión no logra cubrir la situación de necesidad en que se encuentran las esposas.

Como todas ellas se consideran cónyuges legítimos, según esta interpretación, merecen una protección independiente y completa. Se trata de una tesis minoritaria, que la doctrina judicial nunca ha aceptado. Hay que entender que el causante genera una única pensión de viudedad, y en el caso de que concurra varios beneficiarios, la solución no puede ser otra que la de repartir dicha pensión.

No hay que olvidar que la pensión de viudedad, como prestación contributiva, tiene una función de sustitución de rentas. Sería completamente irracional que la pensión de los beneficiarios fuese mayor que la que percibían del propio causante⁸⁴.

Asimismo, esta mayoritaria tesis **no produce ningún perjuicio** ni a las esposas ni al Estado español. Al reconocer el derecho a percibir la pensión de viudedad, todas salen favorecidas, puesto que ninguna de ellas se queda fuera de recibir parte de la pensión.

VI. CONCLUSIONES

Si aceptamos la aplicación plena de la excepción de orden público internacional, ello nos lleva a la inaplicación de la Ley aplicable determinada por las normas de conflicto españolas, provocando de esta manera situaciones injustas, concretamente cuando dicha

84 DESDENTADO DAROCA, Elena. *Op. Cit. Nota 54*. Pág. 117.

institución sea válida a efectos del ordenamiento jurídico extranjero. Este es el caso de los matrimonios poligámicos que han sido celebrados en el país extranjero.

Esto es, cuando un matrimonio poligámico ha sido celebrado legalmente conforme a las leyes de su país, si el orden público internacional español no reconoce ningún efecto a este tipo de matrimonios, se podrá generar una situación injusta.

Dentro de los efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos, hay que distinguir entre los efectos nucleares, que son claramente contrarios al orden público español, y los efectos denominados como periféricos, cuya práctica no vulnera los principios jurídicos amparados por el orden público internacional español, ni menoscaban la organización moral y económica del Estado.

Como hemos señalado, hay ciertos efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos que no son contrarios al orden público internacional, y el no aceptar su validez en determinados casos, produciría ciertos perjuicios a los intereses de los particulares, que de buena fe, se hayan casado legalmente en sus países a través de este tipo de matrimonios. El reconocimiento de estos derechos se hace a través del "orden público internacional atenuado".

Es por lo tanto necesario, a nuestro parecer, aceptar un "orden público internacional atenuado", para permitir que ciertos efectos jurídicos derivados del matrimonio poligámico se hagan valer en España. Hemos visto ciertos efectos jurídicos derivados de los matrimonios poligámicos que no serían dañinos para el Estado español, entre otros, los ya mencionados: a) La reagrupación familiar del segundo o posteriores cónyuges, b) los derechos sucesorios de la segunda o ulterior esposa c) el derecho de alimentos y pensión compensatoria post-divorcio para el segundo y sucesivos cónyuges d) la filiación de los hijos comunes e) el régimen económico del matrimonio poligámico y f) el derecho a la pensión de viudedad por las distintas esposas.

Este último derecho, el de la pensión de viudedad ha constituido nuestro tema de trabajo. A falta de normativa ni pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo en este tema, la jurisprudencia española ha abordado esta cuestión a través tres diferentes tesis.

A- La **primera tesis** que han adoptado varios tribunales españoles, es reconocer la pensión de viudedad única, exclusiva y de manera íntegra a la primera esposa del varón polígamo. Hemos abordado esta tesis con el estudio de las sentencias STSJ Cataluña de 30 de julio de 2003 y la STSJ de la Com. Valenciana Social, 6 de junio de 2005. En estas dos sentencias, los tribunales adoptaron el reconocimiento de la pensión solo a la primera esposa, sin reconocer el derecho al resto de ellas. Nosotros rechazamos esta solución de los tribunales por las siguientes razones:

- Por un lado, se produciría un perjuicio a la segunda o ulteriores esposas. A pesar de que sus matrimonios sean legales con base en la Ley de su país, en el Estado español carecerían de efectos, puesto que no se les reconocería como esposas a efectos legales.
- Por otro lado, es una solución que atentaría en contra el principio de igualdad ante la ley. Como hemos señalado, ante los tribunales españoles solo la primera esposa sería considerada como tal, vulnerando así este principio de igualdad.

No tiene sentido que en sus países de origen, donde la poligamia es una práctica legal, sean reconocidas como esposas pero en España, no tenga este reconocimiento por el orden público internacional español. En este sentido, no tendría cabida el “orden público internacional atenuado”, dado que los efectos solo se reconocerían a la primera esposa.

- Asimismo, esta solución no estaría alineada con la solución recogida en los Convenios internacionales firmados por España en materia de Seguridad Social con los Estados de Marruecos y Túnez.
- Hay legislaciones donde el matrimonio poligámico es legal, y por consiguiente, se reconoce un derecho de pensión de viudedad a todas las esposas del matrimonio. Esta prestación tiene por objeto la protección social para la subsistencia del cónyuge viudo tras el fallecimiento del causante. Por lo tanto, con esta solución existiría una desprotección por parte de las esposas que no son consideradas esposas a efectos legales en España.

B. La **segunda tesis** adoptada por los tribunales españoles, reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad a todas las esposas del matrimonio poligámico, sin embargo, su cuantía se determinará en función del tiempo convivido con el marido. En

este sentido, mayor será la pensión de la esposa que haya convivido mas tiempo con el causante.

Para analizar esta tesis, hemos aportado las STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002, STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2004 y la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005, en las que se reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad a todas ellas, en función de los años de convivencia de cada una. También rechazamos esta solución por las siguientes razones:

- Por un lado, estaríamos ante una desigualdad ante la ley entre las diferentes esposas. Cuando el varón polígamo fallece, las esposas de éste se quedan en España desamparadas, puesto que éste las mantenía. Por lo tanto, es independiente el tiempo convivido con el causante, ya que todas quedan desprotegidas a pesar de que se estaría favoreciendo a unas esposas respecto de otras. Los años de convivencia no constituyen un baremo adecuado para medir esta prestación.

- Por otro lado, los convenios internacionales suscritos por España en materia de seguridad social, no tienen en cuenta los años de convivencia a la hora de reconocer la pensión de viudedad. De tal manera que seguir otra solución diferente a la acordada en los convenios internacionales supondrá una gran inseguridad jurídica a las esposas y varón del matrimonio poligámico.

Si bien es cierto que esta solución reconoce el derecho a recibir la pensión a todas las esposas del varón polígamo, el derecho que se reconoce es diferente entre unas y otras, creando así una desprotección a ciertas de ellas.

C. Por último, existe una **tercera tesis**, que al igual que la anterior, reconoce la pensión de viudedad a todas las esposas. Sin embargo, esta tesis adoptada por la mayoría de los tribunales reconoce la pensión de manera proporcional a todas las esposas.

Para analizar esta tesis, hemos estudiado las Sent. del Juzgado Social num.3 de La Coruña de 13 de julio de 1998, STS de Galicia de 2 de abril de 2002, STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2003 y STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de junio de 2015. En todas estas sentencias los tribunales han reconocido una repartición de la pensión de viudedad entre todas las esposas de manera proporcional, sin tener en cuenta los años de

convivencia o el orden en que las esposas contrajeron matrimonio. Esta es la tesis que creemos que es la mas equitativa y justa para todas las esposas por los siguientes motivos:

- Por un lado, al existir una solución de esta naturaleza, el principio de seguridad jurídica quedaría garantizado para las esposas del varón polígamo, respecto del reconocimiento de la pensión de viudedad.

- Por otro lado, esta decisión iría unida al principio de igualdad, ya que todas las esposas serían reconocidas como tales y percibirían en igual proporción la prestación de viudedad. De esta manera, se evitaría todo tipo de discriminación.

- Además, con esta solución todas las esposas se verían favorecidas sin padecer perjuicio alguno. Así, ninguna quedaría desprotegida social y económicamente.

- Esta solución es la que el Estado español tuvo en cuenta a la hora de elaborar los convenios internacionales aplicables, ya que con esta decisión se daría una situación equitativa y justa a todas las esposas.

- Por último, no se vulneraría el derecho de las mujeres a percibir una pensión de viudedad tras la muerte de su marido.

Por lo tanto, creemos que la mejor solución al reconocimiento del derecho de la pensión de viudedad cuando estamos ante matrimonios poligámicos, es la de reconocer esta prestación a todas las esposas a partes iguales. Este reconocimiento se hace a través del “orden público internacional atenuado”, que reconoce ciertos límites a ese orden público internacional.

BIBLIOGRAFIA

AYALA CADÍÑANOS, Irene. “Excepción de orden público internacional y no discriminación por motivos de género”, en *Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho/ coord. por Jasone Astola Madariaga*, 2008.

DE NO VAZQUEZ, M^a Felisa. “Poligamia y pension de viudedad” en *Actualidad Laboral*, n^o16, septiembre 2004.

DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, 1^a ed, Bomarzo, Albacete, 2009.

DÍEZ AZNARTE, M^a Teresa. “Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?” en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía / coord. por Francisco Javier García Castaño, Nina Kressova*, 2011.

DIEZ-PICASO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol IV, Tomo I, 11^o ed. Tecnos, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “El derecho de familia de inspiración islámica a la luz del Derecho español”, en *Revista de Derecho de Familia* núm.61/2013 parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, Cizur Menor. 2013.

HUERTA ARROYO, Victor. *Poligamia y reagrupación familiar en España. Diecisiete historias de vida*. Tirant lo Blanch - Fundacion Ceimigra, Valencia, 2011, 1^a ed.

JUÁREZ PÉREZ, Pilar. “Jurisdicción española y poigamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012.

LABACA ZABALA, M^a. Lourdes. “El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*. n.º 18. mayo 2009.

LABACA ZABALA, M^a Lourdes. “La familia polígama y pensión de viudedad” en *Sentencias TSJ y AP y Otros Tribunales*, núm. 22/2004, parte Artículo, Aranzadi, SA,

Pamplona, 2005.

LABACA ZABALA. M^a Lourdes. “El matrimonio polígamo islámico y su transcendencia en el ordenamiento jurídico español” en *Noticias Jurídicas*, enero 2005.

LEMA TOMÉ, Margarita. “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”. En *Migraciones Internacionales*, vol.2, num. 2, julio-diciembre, 2003.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Derecho a la libertad de conciencia*, vol I, 2^a ed., Civitas, Madrid, 2002.

MARCO FRANCIA, María Pilar. “El delito de bigamia en el Código Penal español. Consideraciones penales y criminológicas”, en *Noticias Jurídicas*, 1/07/11.

MARTIN JIMENEZ, Rodrigo. “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 7119/2002, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan. “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 10/2005, Aranzadi, Cizur Menor, 2005

PÉREZ SOLFT, Iván. “¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas Costumbres?” en *Revista de Investigación Jurídica*, núm 4, 2012.

PÉREZ VAQUERO, Carlos. “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad en España y la Unión Europea” en *Revista Doctrinal Aranzadi* num. 1/2015, Aranzadi, SA, Pamplona, 2015.

VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina. “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, en *Revista Actualidad Laboral* nº 33, 2003.

LEGISLACIÓN

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las

Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313.

Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001. En vigor desde 1 de enero de 2002. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2001, núm. 309.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de octubre de 1979, núm. 243.

Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979. En vigor desde 1 de octubre de 1982. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de octubre de 1982, núm. 245.

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 2015, núm. 167.

Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de noviembre de 2012, núm. 272.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 1980, núm. 177.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2015, núm. 261.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (Sala segunda). Sentencia núm 199/2004 de 15 de noviembre de 2004. *Boletín Oficial del Estado*, núm 306 de 21 de diciembre de 2004.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª). Sentencia núm. 3054/2008 de 19 de junio de 2008.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 921/2010 de 1 marzo 2012.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 5329/2010, de 22 noviembre 2010.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª). Sentencia núm. 3068/2009 de 4 de junio de 2009.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1036/2015 de 18 de junio de 2015.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm. 342/2005 de 31 de mayo de 2005.

Tribunal Superior de Justicia de la Com. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1821/2005 de 6 de junio de 2005.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social). Sentencia núm. 159/2003 de 30 enero de 2003.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única). Sentencia núm 5255/2003 de 30 de julio de 2003.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm. 738/2003 de 26 diciembre de 2003.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 2547/2002 de 2 abril 2002.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm 10820/2002, de 29 de julio de 2002.

Juzgado de lo Social núm 6 de Barcelona. Sentencia de 10 de octubre de 2001.

Juzgado de lo Social de La Coruña (Comunidad Autónoma de Galicia). Sentencia de 13 julio 1998.

PAGINAS WEB

PEREZ VAQUERO, Carlos (2009). “Las pensiones de la poligamia”. Obtenida el 2 de febrero de 2016, de www.derechoycambiosocial.com/revista019/CARATULA.htm.

SOTO MOYA, Mercedes. “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante”, en *Revista Electronica Millennium Dipr*, revista nº3. Obtenida el 11 de febrero de 2015 de <http://www.millenniumdipr.com/bn-5-3-comienza-el-no-3-de-bitacora-millennium-dipr-matrimonio-poligamo>.