

# POLIGAMIA EN MARRUECOS Y PENSIÓN DE VIUDEDAD EN ESPAÑA. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ATENUADO

## POLIGAMY IN MOROCCO AND PENSION IN SPAIN. THE SPANISH SUPREME COURT AND THE PUBLIC POLICY EXCEPTION

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ  
*Abogada del Ilustre colegio de Abogados de Murcia*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
*Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia*

Recibido:04.05.2018/Aceptado:23.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4396>

**Resumen:** El presente trabajo expone y analiza los criterios de solución empleados por el Tribunal Supremo para dar respuesta a la cuestión de saber si dos mujeres, viudas de un sujeto legalmente casado con ambas en Marruecos, pueden ser beneficiarias de la pensión de viudedad generada por dicho sujeto. El Tribunal Supremo acoge e implementa la tesis del orden público internacional atenuado. Lo hace al margen de todo convenio internacional y de todo precepto legal porque entiende que el orden público atenuado protege los fundamentos jurídicos de la sociedad española y permite, al mismo tiempo, que un matrimonio legalmente celebrado en Marruecos, surta ciertos efectos legales en España. En particular, admite que ambas esposas puedan ser consideradas beneficiarias, a partes iguales, de la pensión de viudedad española.

**Palabras clave:** orden público internacional, pensión de viudedad, poligamia, Derecho internacional privado

**Abstract:** This paper deals with the criteria used by the Supreme Court of Spain in order to answer the question of whether two women, widows of the same husband, both legally married in Morocco, can be regarded as beneficiaries of the widow's pension generated by their husband. The Supreme Court of Spain implements a mitigated public policy effect even though no international convention applies to the case. Once guaranteed that the legal foundations of Spanish society are safe, the Spanish Supreme Court activates an attenuated public policy to allow some legal effects of a marriage legally celebrated in Morocco. Among them, the court admits that both wives can be considered beneficiaries, in equal parts, of the Spanish widow's pension.

**Keywords:** public policy, widow's pension, polygamy, private international law.

**Sumario:** I. Las dunas de El Aaiún. II. Dos esposas supervivientes. III. Una solución justa: el orden público internacional atenuado. 1. Los tribunales españoles y la pensión de viudedad de las esposas en casos de poligamia. 2. El art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979. 3. La estructura interna del orden público atenuado. Efectos nucleares y efectos periféricos de los matrimonios válidamente celebrados en otros países. A) Matrimonio celebrado en país extranjero y reconocimiento conflictual en España. B) Regla general (norma de conflicto) y excepción (orden público internacional). C) Efecto atenuado del orden público internacional. 4. Sorpresa, sorpresa. La jurisprudencia creativa del Tribunal supremo y el orden público internacional atenuado. A) Inaplicabilidad del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979. B) La jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo.

## I. Las dunas de El Aaiún

1. Cae la tarde tras las dunas eternas de El Aaiún. Ésta es la historia de una de las más recientes batallas coloniales libradas ante los tribunales españoles. Y es también la historia de la victoria de las viudas de la poligamia del que fuera el “Sáhara español”. Por primera vez, el Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de fecha 24 enero 2018, ha admitido el derecho de una segunda viuda a cobrar la pensión de su cónyuge polígamo y a repartírsela a partes iguales con la primera esposa<sup>1</sup>.

2. Es preciso regresar al pasado. Es preciso volver a los años 50 del siglo XX, pues el presente se explica siempre desde el pasado. Y ésta es la historia: un ciudadano marroquí sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial española del Sáhara español durante una década. Tras la finalización de sus servicios, generó un derecho a pensión de retiro con cargo al erario público español, pensión que percibió hasta su fallecimiento, que se produjo el 23 enero 2013. A continuación, su segunda esposa solicitó una pensión de viudedad. Ésta le fue denegada por el Ministerio de Defensa español, ya que dicha pensión le había sido ya reconocida y la estaba ya percibiendo su primera esposa.

## II. Dos esposas supérstites

3. La cuestión central que plantea este caso radica en saber si se debe admitir o no la condición de “beneficiaria” de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado español a las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante percceptor de una pensión con cargo al erario español.

4. En efecto, por un lado, sabido es que en Derecho marroquí, la *Mudawana*, -nombre que recibe el Código de Familia de dicho país-, permite la poligamia<sup>2</sup>. Aunque dicho código contempla la poligamia del varón (= en realidad, sólo la poliginia) con recelo y se han recogido diversas restricciones que dificultan dicha poligamia, lo cierto es que, como exponen M.C. FOLETS / M. LOUKILI, la poligamia no ha desaparecido<sup>3</sup>. El varón, en efecto, puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas. Todos esos matrimonios son considerados como tales y son perfectamente válidos en el Derecho marroquí.

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]. Esta resolución ha sido profusamente comentada en medios digitales, tanto en la prensa de corte generalista como en la prensa digital jurídica. *Vid.* Por ejemplo, *Diario Expansión* de 31 enero 2018 (<http://www.expansion.com/juridico/2018/01/30/5a70b63b468aebf9298b45dc.html>), diario 20 minutos 30 enero 2018 (<https://www.20minutos.es/noticia/3248053/0/supremo-viudas-soldado-poligamo-pension/>); diario *El Economista* de 30 enero 2018 (<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8903900/01/18/El-TS-divide-la-pension-de-un-marroqui-poligamo-entre-sus-dos-viudas.html>), *Europa Press* de 30 enero 2018 (<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-tribunal-supremo-reconoce-derecho-pension-viudedad-dos-esposas-marroqui-poligamo-20180130141725.html>), *Diario jurídico “La Ley”* de 31 enero 2018 (<http://diariolaley.laley.es/home/NE0001519040/20180131/Pension-de-viudedad-y-bigamia-Es-posible>), *Derecho news* de 30 enero 2018 (<http://www.derechonews.com/el-supremo-reconoce-el-derecho-a-pension-de-viudedad-de-dos-esposas-de-un-marroqui-poligamo/>) y *Cadena Ser* de 30 enero 2018 ([http://cadenaser.com/ser/2018/01/30/tribunales/1517313390\\_301738.html](http://cadenaser.com/ser/2018/01/30/tribunales/1517313390_301738.html)). *Vid.* también la nota de prensa del Poder Judicial en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-dos-viudas-de-un-soldado-marroqui-poligamo-que-servio-al-ejercito-espanol-en-el-Sahara-compartir-la-pension-de-viudedad>. *Vid.* También el interesante comentario a esta sentencia en comparación con la STS, Sala de lo Social, de 25 enero 2018, que no reconoce la existencia de un matrimonio celebrado en España con arreglo al rito gitano, y debido a EDUARDO ROJO, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/pension-de-viudedad-dos-dias-dos-salas.html>. Del mismo modo, sugestivo resulta el análisis de R. NAVARRO VALLS (6 febrero 2018) publicado en [http://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1173900](http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1173900). No todos los comentarios publicados sobre esta sentencia han sido positivos. *Vid.*, por ejemplo, el muy crítico texto contenido en <https://eladiofernandez.wordpress.com/2018/04/06/el-tribunal-supremo-convierte-en-negocio-la-poligamia-de-marroquies-todas-las-mujeres-de-poligamos-cobraran-pension/>.

<sup>2</sup> El texto de la *Moudawwana* marroquí puede consultarse aquí (<http://www.icafi.com/docs/estrangeria/documents/fmarr.pdf>). *Vid.* en particular, arts. 40-46.

<sup>3</sup> M.C. FOLETS / M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, *RCDIP*, 2006-3, pp. 521-555. También M.L. LABACA ZABALA, “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *noticias jurídicas* (versión on line).

5. Frente a ello, sabido es también que el Derecho español es hostil a la poligamia en varios sentidos.

En primer lugar, el Derecho español no admite la poligamia. Y no sólo no está admitida en las leyes civiles. Constituye un delito prohibido y castigado por el art. 217 del Código Penal español. El ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contrario al art. 14 CE 1978. El Derecho de Familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la mujer (*vid.* SAN CA 5 abril 2011 [sujeto polígamo pakistaní]<sup>4</sup>). En esta línea, la DGRN entiende que “... un matrimonio poligámico [...] atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer” (RDGRN [27<sup>a</sup>] 23 enero 2015 [matrimonio de senegalés], RDGRN [28<sup>a</sup>] 23 enero 2015 [matrimonio de ciudadano de Gambia], RDGRN [2<sup>a</sup>] 6 febrero 2015 [matrimonio poligámico de ciudadana de Gambia], RDGRN [33<sup>a</sup>] 6 febrero 2015 [matrimonio poligámico en Senegal], entre otras muchas)<sup>5</sup>.

En segundo lugar, el Derecho español no admite la celebración de un matrimonio poligámico ante autoridades españolas, puesto que la aplicación de la Ley extranjera (Ley nacional del contrayente, art. 9.1 CC) que permite en teoría la celebración de dichos matrimonios resulta frontalmente contraria al orden público internacional español.

En tercer lugar, tampoco se admite la validez en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir en España el efecto constitutivo de estos matrimonios produce, también, resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

La pluralidad de modelos familiares existente en España tiene, es evidente, sus límites. Es cierto que se observa en la actualidad una poderosa apertura a la libertad individual en la creación y configuración de la familia en los países occidentales, apunta H. MUIR WATT<sup>6</sup>. Sin embargo, como ilustran de modo transparente los trabajos de C. CAMPLIGLIO, ciertos modelos de familia no tienen cabida, como tales, en Derecho español porque no se ajustan a las claves valorativas superiores que marca la Constitución Española y que recogen los convenios internacionales sobre derechos humanos firmados por España<sup>7</sup>. Esos modelos de familia no ajustados a los ejes constitucionales pueden ser perfectamente válidos y legales en otros países. Ello suscita una «tensión estructural» que, indica A. BAINHAM, se revela de modo particular intenso en los casos de Derecho internacional privado, que son los casos que «conectan» los diferentes modelos de familia existentes en el mundo<sup>8</sup>. En efecto, como subraya E. JAYME, mientras un matrimonio poligámico de raíz islámica no se hace valer en España, los modelos de familia diferentes no interactúan<sup>9</sup>. Sin embargo, cuando los particulares invocan en España los efectos jurídicos de un matrimonio poligámico (= un modelo de familia «no occidental») se produce una contradicción valorativa, escribe A. BUCHER, entre diferentes y opuestos «modelos de familia matrimonial»<sup>10</sup>. El temido fantasma del conflicto de civilizaciones, en la expresión que hicieron célebre de P. MERCIER y J. DÉPREZ, resurge, ahora, ante los tribunales españoles<sup>11</sup>. Como ha destacado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ese conflicto de

<sup>4</sup> SAN CA 5 abril 2011 [JUR 2011\134086].

<sup>5</sup> *Id.* RDGRN [27<sup>a</sup>] 23 enero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015]; RDGRN [33<sup>a</sup>] 6 febrero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015]; RDGRN [2<sup>a</sup>] 6 febrero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015].

<sup>6</sup> H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé)”, en A. L. CALVO CARAVACA/ J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 11-22.

<sup>7</sup> C. CAMPLIGLIO, “Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar”, *CDT*, 2012, pp. 5-21; C. CAMPLIGLIO, “Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato”, *RDI*, 2011, pp. 1029-1064; C. CAMPLIGLIO, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, *RDIPP*, 2008, pp. 43-76; C. CAMPLIGLIO, “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *RDIPP*, 1990, pp. 853-908. También D. COHEN, “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit international privé français”, *RCDIP*, 1989, pp. 451-483.

<sup>8</sup> A. BAINHAM, “Family Law in a Pluralistic Society: A View From England and Wales”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 295-307.

<sup>9</sup> E. JAYME, “Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1993, pp. 295-304.

<sup>10</sup> A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186, esp. pp. 22-29. Similares consideraciones en A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

<sup>11</sup> P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et repudiation*, Ginebra, 1972; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *RCADI*, 1988, vol.211, pp. 9-372, esp. pp. 33-39.

civilizaciones es más amplio y también más profundo que un mero conflicto entre modelos de familia<sup>12</sup>. Se trata, precisa D. MAYER, de un auténtico «conflicto entre sociedades»<sup>13</sup>. En este caso, puede afirmarse, con M. CHARFI, que se trata de un enfrentamiento de valores entre una sociedad edificada sobre presupuestos religiosos concretos y una sociedad no confesional en el que el Derecho Privado no se construye sobre principios de ninguna concreta creencia religiosa<sup>14</sup>.

6. En suma, en el presente supuesto se trata de decidir si, con arreglo al Derecho español, dos esposas legalmente casadas con el sujeto cotizante tienen o no derecho a percibir la pensión de viudedad del Estado español. El artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, establece que es beneficiario de la pensión de viudedad la persona que sea “*cónyuge supérstite*”. Nótese que la norma hace una referencia literal a un beneficiario, uno solo, expresado en singular<sup>15</sup>.

7. El precepto antes citado, sin embargo, ha sido diseñado por el legislador para situaciones meramente internas. Es una norma jurídica concebida para ser aplicada a matrimonios monogámicos, que son los propios del Derecho español. Por ello, la regla resulta parcial e incompleta y, por ello, profundamente inadaptada para resolver una situación de Derecho internacional privado como la que resulta de un matrimonio en el que existen varias esposas de los soldados polígamos, ahora fallecidos, que sirvieron al Ejército español en los antiguos enclaves españoles del Sáhara Occidental.

### III. Una solución justa: el orden público internacional atenuado

#### 1. Los tribunales españoles y la pensión de viudedad de las esposas en casos de poligamia

8. La legislación española reguladora de la Seguridad Social concede, en ciertas condiciones, una pensión de viudedad al cónyuge supérstite. Se plantea ahora la cuestión de decidir si, en el caso de que el fallecido cotizante dejara varias esposas con las que está legalmente casado con arreglo a su Ley nacional, disponen todas estas esposas de un derecho a esta pensión de viudedad. Como exponen A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, varios datos previos deben subrayarse al respecto<sup>16</sup>.

1º) La legislación reguladora del derecho a la pensión de viudedad a pagar por la Administración Española es siempre la legislación española de Seguridad Social, normativa de Derecho Público español (art. 8 CC).

<sup>12</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, en *Anales de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.21, 2003, pp. 109-143.

<sup>13</sup> D. MAYER, “Evolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469.

<sup>14</sup> M. CHARFI, “L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *RCADI*, 1987, vol.203, pp. 321-454. También H. AL DABBAGH, “Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque”, *RCDIP*, vol. 98, n° 1, 2009, pp. 29-40.

<sup>15</sup> Con arreglo a este precepto, en efecto, el soldado saharauí se encontraba acogido al régimen de Clases Pasivas del Estado, regulado en el Real Decreto Legislativo 670/1977, de 30 de abril (texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado). El art. 38 del mismo hace referencia a un beneficiario singular de la pensión de viudedad: “1. *Tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos*” [subrayado añadido]. Es aplicable también a este caso la Orden de la Presidencia de Gobierno de 1 de marzo de 1977 por la que se dictan normas para el retiro del personal saharauí de la Policía Territorial de Sahara (BOE núm. 56, de 7 marzo 1977 / <https://www.boe.es/boe/dias/1977/03/07/pdfs/A05304-05304.pdf>). Con arreglo a su Disposición Primera, “[l]os suboficiales y personas de tropa saharauí pertenecientes a la Policía Territorial de Sahara en 31 de enero de 1976, que contaran en dicha fecha con más de veinte años de servicios con abonos, tendrán derecho a percibir la pensión de retiro que con arreglo a los años de servicio les corresponda”. Por otro lado, según su Disposición Segunda, “[l]o establecido en el número anterior será de aplicación a los suboficiales y personal de tropa saharauí que hayan pasado a prestar sus servicios a las Fuerzas Armadas marroquíes o a las Fuerzas Armadas Mauritanas”.

<sup>16</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), 17ª edición, Comares, Granada, 2017, pp. 123-212, esp. pp. 148-159.

- 2º) En ocasiones, puede resultar aplicable un convenio internacional de Seguridad Social en vigor entre España y otro Estado. En dicho supuesto, dicho convenio internacional se aplica con preferencia sobre la legislación española de Seguridad Social de producción interna. Algunos de dichos convenios internacionales prevén expresamente que el sujeto cotizante fallecido estuviera legalmente unido en matrimonio con varias esposas según su Ley nacional e indican que, en tal caso, “*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*” (art. 23 del Convenio hispano-marroquí de 8 noviembre 1979, al que más abajo se hace referencia). Pues bien, en dicho supuesto, existe una sola pensión de viudedad y no “varias pensiones”, pensión única que deberá repartirse en igual proporción entre las esposas supervivientes. El legislador español admite, en el citado convenio bilateral, que el matrimonio poligámico legalmente celebrado en el extranjero puede surtir efectos jurídicos en lo relativo a determinación de la persona o personas beneficiarias de la pensión de viudedad.
- 3º) En el caso de que ningún convenio internacional de Seguridad Social que contenga una previsión resulte aplicable, dicha legislación debe ser interpretada para adaptarla al caso de múltiples mujeres potenciales receptoras de la pensión de viudedad. Se han mantenido varias tesis al respecto, muy bien expuestas por P. JUÁREZ PÉREZ<sup>17</sup>.

9. Una primera tesis sostiene que la pensión de viudedad sólo corresponde, y por entero, a la primera esposa del varón polígamo (STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [poligamia y matrimonio en Senegal]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [matrimonio celebrado en Gambia], STSJ Cataluña núm. 5255/2003, Social, 30 julio 2003 [esposas gambianas], aunque con interesantísimo voto particular contrario; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [segundo matrimonio contraído en Méjico]). Para estas resoluciones judiciales, el segundo matrimonio es nulo para en Derecho español y no produce ningún efecto jurídico<sup>18</sup>. Alguna jurisprudencia francesa se ha apuntado a esta tesis (Sent. Cass. Francia 5 noviembre 2015 [bigamia y pensión de viudedad])<sup>19</sup>. Estas sentencias entienden, en suma, que los únicos casos en los que la segunda esposa tiene derecho a su pensión son los contemplados en convenios internacionales vigentes para España y que, por tanto, a falta de tales convenios, el segundo matrimonio no produce efecto legal alguno y la segunda esposa no es tal y no tiene derecho a pensión. Sin embargo, esta tesis resulta excesiva e injusta, ya que ignora totalmente un segundo matrimonio perfectamente válido en el extranjero, de modo que deja sin ninguna cobertura social a una de las esposas del cotizante. Lo que sí parece entender esta jurisprudencia es que no es exigible que el matrimonio en cuestión aparezca inscrito en el Registro Civil, siempre que se pueda probar su existencia por los medios admitidos en Derecho.

10. Una segunda postura, sostiene que debe repartirse la pensión de viudedad española entre las esposas del fallecido en proporción al tiempo que permanecieron casadas con fallecido (STSJ Madrid núm. 456/2002, Social, 29 julio 2002)<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* ([www.reei.org](http://www.reei.org)), 2012. También M. FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002; M.F. DE NO VÁZQUEZ, “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 22, 2004, pp. 1899-1910; Y. SÁNCHEZ URÁN, “Derecho a la prestación social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 63, 2006, pp. 249-296; L. PERICÁS SALAZAR, “El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 9, 2007, pp. 129-135; A.L. DE VAL TENA, “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la «extensión» del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 13 al 19 enero 2003, pp. 47-58; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, nº 33, 8 al 14 septiembre 2003, pp. 581-601; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *Aranzadi Social*, V, 2005, p. 1168; R. SASTRE IBARRECHE, “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 15, 2007, pp. 61-62.

<sup>18</sup> STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [ECLI:ES:TSJCAT:2017:9230]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [AS 2016/879]; STSJ Cataluña, Social, 30 julio 2003 [AS 2003/3049]; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [AS 2005/2454].

<sup>19</sup> Sent. Cour Cass. Francia 5 noviembre 2015 [*JDI Clunet*, 2016, p. 554].

<sup>20</sup> STSJ Madrid, Social, 456/2002, de 29 julio 2002 [AS 2002/3324].

**11.** Finalmente, una tercera tesis indica que la pensión de viudedad debe repartirse, a partes iguales, entre todas las esposas del varón cónyuge polígamo fallecido (STSJ Madrid 29 julio 2002 [esposas marroquíes]; Sent. Juzgado Social núm.3 La Coruña 13 julio 1998, confirmada por la STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [esposas senegalesas], STSJ Andalucía 30 enero 2003 [esposas marroquíes], que aplica el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social y concede la pensión al 50% a las dos esposas viudas; STSJ Andalucía 18 junio 2015 [polígamo marroquí])<sup>21</sup>.

Esta tercera tesis es preferible, por varios motivos: preserva la seguridad jurídica internacional y la igualdad ante la Ley, se adapta a las circunstancias del caso concreto, cubre las necesidades sociales de todas las mujeres que eran legalmente esposas del fallecido, no vulnera el orden público internacional “presupuestario” español, pues no perjudica a las arcas públicas del Estado español, ya que pensión a pagar es única y sólo resulta repartida entre las esposas (A. QUIÑONES ESCÁMEZ), y finalmente, es una solución que se alinea con la recogida en los convenios internacionales firmados por España que abordan el supuesto de múltiples viudas del cotizante<sup>22</sup>.

## 2. El art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979

**12.** La incidencia de la poligamia en los supuestos de pensiones de viudedad no ha pasado desapercibida para España y para la política jurídica española. En este sentido y para ofrecer soluciones justas, adaptadas a la realidad internacional, el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, “*resueltos a cooperar en el ámbito social*” y “*afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos*”, concluyeron un Convenio internacional bilateral sobre Seguridad Social de fecha 8 noviembre 1979, tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos. Dicho convenio internacional bilateral se integró en el ordenamiento jurídico español tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 octubre 1982 y entró en vigor el 1 octubre 1982<sup>23</sup>. El art. 96.1 *in primis* de la Constitución Española, siempre es interesante recordarlo, indica que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Este Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos es Derecho español. Sus normas son Derecho español y sus valores se hallan en perfecta sintonía con los criterios axiológicos que recoge la Constitución española de 27 diciembre 1978.

**13.** Pues bien, el art. 23 del convenio hispano-marroquí dispone que “[l]a 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”. Con otras palabras, puede afirmarse que el Derecho español admite, expresamente, ciertos efectos legales, en España, de los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países.

**14.** La segunda viuda del soldado marroquí polígamo es consciente de que se han logrado pequeñas victorias en juzgados españoles en casos similares e inicia los trámites para que le sea reconocida, por reparto equitativo, la pensión de viudedad. Conserva el DNI bilingüe que expidió España en su día a los saharauis que vivían en las colonias españolas y presenta solicitud ante la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa español, que deniega su petición. Posteriormente, el Ministerio de Defensa, en alzada y con audiencia a la primera esposa del soldado fallecido, desestima nuevamente la solicitud mediante resolución administrativa. Dicha resolución es

<sup>21</sup> STSJ Madrid Soc., 456/2002, 29 julio 2002 [AS 2002\3324]; STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [AS 2002\899]; S. Juzgado Social 3 La Coruña 13 julio 1998 [AS 2001\1493]; STSJ Andalucía 30 enero 2003 [JUR 2003\96144]; STSJ Andalucía 18 junio 2015 [AS 2015\1520].

<sup>22</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000; Id., “Limitaciones infundadas al jus nubendi: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 297-304.

<sup>23</sup> Texto consolidado del convenio en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-26519>.

recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Mediante sentencia de 18 octubre 2016 dictada por el referido tribunal, se desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por la interesada al quedar acreditada la situación proscribida de “bigamia” y porque el Real Decreto Legislativo 670/1987 no contempla la pensión de viudedad para casos de pluralidad de cónyuges supervivientes como el presente, puesto que el tenor literal del citado art. 38 se refiere al “cónyuge”, en singular.

**15.** Este convenio hispano-marroquí abre el camino a la Justicia. Es entonces cuando comienza la batalla ante el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). La batalla culmina en la sentencia de 24 enero 2018, por la que, finalmente, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad no sólo a la primera esposa del varón polígamo, sino también a la segunda o ulteriores esposas. El TS admite este derecho a la pensión de viudedad como un efecto legal en España del matrimonio que válidamente contrajo el causante conforme a su legislación personal nacional. El TS destaca, también, que el criterio del cálculo del importe de la pensión de las segundas o ulteriores esposas beneficiarias de la pensión es el criterio del reparto por iguales partes entre todas ellas, tal y como establece el art. 23 del citado Convenio hispano-marroquí. Ahora bien, como suele suceder, lo más interesante no es el destino final alcanzado, sino el viaje que ha sido preciso recorrer para llegar a ese destino.

### **3. La estructura interna del orden público atenuado. Efectos nucleares y efectos periféricos de los matrimonios válidamente celebrados en otros países**

#### **A) Matrimonio celebrado en país extranjero y reconocimiento conflictual en España**

**16.** Un matrimonio celebrado en el extranjero es válido en España si se ajusta a la Ley que regula su celebración en cuanto a la capacidad nupcial (art. 9.1 CC: Ley nacional de cada contrayente), consentimiento matrimonial (de nuevo art. 9.1 CC: Ley nacional de cada contrayente), y forma del matrimonio (arts. 49 y 50 CC). Un examen cuidadoso de estas reglas permite descubrir que el legislador español ha diseñado un sistema de “reconocimiento conflictual” en España del matrimonio celebrado en país extranjero. Es decir, un matrimonio celebrado en otro país es válido en España si respeta los requisitos legales establecidos por las Leyes a las que remiten las normas de conflicto españolas. Por tanto, aunque la validez en España de un matrimonio celebrado en el extranjero constituye una cuestión de “reconocimiento” de una situación jurídica creada en otro país, el legislador español regula su reconocimiento, indica P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, a través de las normas de conflicto españolas (*vid.* por analogía, art. 65 CC y art. 256 RRC)<sup>24</sup>. Eso significa que, en principio, -y se subraya, *en principio*-, si el segundo matrimonio (poligámico) del ciudadano marroquí se ha ajustado a la ley a la que remite el art. 9.1 y 49-50 CC, que es la Ley marroquí, deberá ser reconocido y tenido por válido en España.

#### **B) Regla general (norma de conflicto) y excepción (orden público internacional)**

**17.** Ahora bien, pende sobre la validez en España de dicho matrimonio la espada de Damocles de la temida, compleja y magmática excepción del “orden público internacional”. El art. 12.3 CC impide la aplicación en España de una ley extranjera que “resulte” contraria al orden público internacional español. Como antes se ha indicado, no son válidos en España los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero aunque sean válidos con arreglo a la Ley extranjera a la que remiten los arts. 9.1 CC y 49 y 50 CC, puesto que la aplicación en España de un Derecho extranjero que admite la poligamia produce resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

**18.** Sin embargo, debe recordarse que el orden público internacional español es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Impide la aplicación de la Ley extranjera, que es la “solu-

<sup>24</sup> P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 69-71.

ción general” que el legislador español considera justa y que por ello se contiene en las normas de conflicto españolas, en este caso, en los arts. 9.1 y 49 *in fine* CC. Como tal excepción, el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo. El carácter restrictivo del orden público internacional significa que éste operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española, y sólo en la medida en que sea preciso para ello. A tal efecto, el orden público internacional sólo interviene en atención al caso concreto y una vez que ha quedado probado el contenido del Derecho extranjero y el efecto negativo que produciría su aplicación en España en el supuesto específico del que se trate. La solución general (= la norma de conflicto) se protege ante un uso pernicioso de la excepción (= el orden público internacional) mediante una aplicación estricta y restrictiva de dicha excepción. No debe ésta devorar la regla general. El orden público internacional sólo debe activarse para defender los valores esenciales del Derecho español y sólo en la medida necesaria para evitar una externalidad negativa que puede producir la norma de conflicto española<sup>25</sup>.

19. La doctrina, la jurisprudencia y también la legislación han diseñado distintas estrategias jurídicas para lograr que el orden público internacional opere de modo restrictivo. Las tres técnicas más extendidas son: (a) el orden público internacional “parcial”; (b) el orden público internacional “atenuado” y (c) el orden público internacional “de proximidad”. Pues bien, el art. 23 del convenio hispano-marroquí acoge un orden público internacional atenuado, como expresamente admite el TS. Como norma de aplicación preferente al estar incluida en un convenio internacional en vigor para España, este precepto se impone sobre una lectura puramente literal del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril.

### C) Efecto atenuado del orden público internacional

20. El conocido como “carácter atenuado” del orden público internacional español o “efecto atenuado” del mismo significa, como observa J. MESTRE, que éste no debe operar contra la aplicación de un Derecho extranjero cuando éste regula situaciones jurídicas ya creadas legalmente en otros países con arreglo a un Derecho extranjero en lo que respecta a ciertos efectos jurídicos «periféricos» que producen dichas situaciones jurídicas<sup>26</sup>. Este orden público internacional “atenuado”, que opera frente a las situaciones legales válidamente creadas en el extranjero fue diseñado en el siglo XIX por dos grandes teóricos del Derecho internacional privado, L. v. BAR y A. PILLET y que puede ya observarse en la célebre sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 28 febrero 1860, *Bulkley*<sup>27</sup>. Ya en el siglo XX, esta perspectiva fue relanzada por PH. FRANCESCAKIS y tuvo acogida en la no menos famosa sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 abril 1953, *Rivière*<sup>28</sup>.

21. Se trata de una construcción jurídica, explican F. NIBOYET y B. BOURDELOIS, que la doctrina ha proyectado con especial atención a los efectos legales, en Europa Occidental, de matrimonios poligámicos celebrados en países con legislaciones inspiradas en el Islam<sup>29</sup>. Muy conocida es la posición del Reino Unido. En dicho país se han promulgado leyes que admiten, de modo expreso, este orden público internacional atenuado en relación con los matrimonios poligámicos celebrados en otros países<sup>30</sup>. En definitiva,

<sup>25</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

<sup>26</sup> J. MESTRE, “Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel”, *RCDIP*, 1977, vol.LXVI, pp. 659-700.

<sup>27</sup> Sent. Cass Francia 28 febrero 1860, *Bulkley* [*Sirey*, 1860, p. 210]. Sobre el origen de esta construcción y sus basamentos teóricos y valorativos, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª edición, Ed.Comares, Granada, 2017, pp. 628-630.

<sup>28</sup> Sent. Cass. Francia de 17 abril 1953, *Rivière* [*RCDIP*, 1953, p. 412, nota H. BATIFFOL, *JDI Clunet*, 1953, p. 860, nota PLAISANT, *RabelsZ*, 1955, p. 520, nota PH. FRANCESCAKIS].

<sup>29</sup> B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943; F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Paris, L.G.D.J., 2008.

<sup>30</sup> I. SAUNDERS/ J. WALTER, “The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972”, *ICLQ*, 1972, pp. 781-789; B.A. WORTLEY, “Polygamy in private international law”. *REDI*, 1972, vol.XXV, (homenaje al profesor D. José de Yanguas Messía), pp. 441-450.

el orden público internacional atenuado arranca de la existencia de situaciones jurídicas que ya han sido creadas, que ya existen y que ya han producido legalmente sus efectos fundamentales en un país extranjero y en una “sociedad extranjera”, cuyo Derecho las admite. Ahora se trata de “exportar” tales situaciones jurídicas con destino a España. Pues bien, la situación jurídica resulta ahora “muy alejada en el tiempo y en el espacio” respecto del país cuyos tribunales conocen del asunto. El impacto, en la sociedad española, de la Ley extranjera aplicada al asunto, es débil. El perjuicio que puede producir dicha Ley extranjera en España, es también débil. Por ello, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a “ciertos efectos” derivados de la situación regulada por la Ley extranjera.

**22.** En relación con el presente caso, ello se traduce en que debe rechazarse el efecto constitutivo del matrimonio poligámico en España, cierto es, pero, al mismo tiempo, ese matrimonio válidamente celebrado en Marruecos puede considerarse válido en España a los solos efectos de que las dos esposas puedan cobrar una pensión de viudedad española.

**23.** Admitir en España un efecto jurídico meramente “periférico” derivado de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española, como explica la doctrina<sup>31</sup>. Por tanto, dichos efectos jurídicos pueden y deben admitirse en España por no considerarse contrarios al orden público internacional español. Que las dos esposas marroquíes del soldado marroquí cobren la pensión de viudedad con cargo al erario público español a partes iguales, no daña la estructura jurídica fundamental del Derecho español. Es más, se trata de un resultado justo. Justo es que un matrimonio (poligámico) válidamente celebrado en un país no se evapore totalmente, como explica L.D. WARDLE, y quede reducido a la nada cuando la cuestión de su validez surja en otro país donde tales matrimonios no son válidos<sup>32</sup>. Justo es que la segunda esposa, que confía en la validez de su matrimonio porque válidamente se ha celebrado éste en Marruecos, no se vea totalmente defraudada al cruzar la frontera con destino a España y siga siendo considerada como “cónyuge supérstite” a pesar de que su matrimonio no pueda ser inscrito en España ni produzca efectos constitutivos. Es la previsibilidad de soluciones jurídicas, la seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos, elementos todos ellos cardinales del Derecho internacional privado. La continuidad del estado jurídico de las personas por encima de las fronteras, escriben A. DIONISI-PEYRUSSE y P. FOURNIER, es uno de los objetivos intrínsecos del Derecho internacional privado contemporáneo<sup>33</sup>. Como expone G. VAN BUEREN, ello explica el actual auge de la técnica del reconocimiento mutuo de situaciones legales creadas en otros países<sup>34</sup>. Por otro lado, la innegable tendencia a la aplicación de la Ley del foro a la formación del matrimonio comporta, como advierte G.P. ROMANO, la necesidad de activar mecanismos legales específicos para posibilitar los efectos jurídicos de tales matrimonios en otros países<sup>35</sup>. Entre tales mecanismos el orden público internacional atenuado ocupa una posición destacada.

<sup>31</sup> *Vid.* en relación con aspectos diversos tales como la reagrupación familiar, la percepción de pensiones de viudedad por la segunda esposa y la adquisición de la nacionalidad española, *inter alia*, J. REHMAN, “The Sharia, Islamic Family Laws and international Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, pp. 108 y ss.; N.M<sup>a</sup>. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *CDT*, 2009-II, pp. 274-283; J.L. IRIARTE ANGEL, «El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas», en C. ESPLUGUES MOTA / G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-641; P. JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* ([www.reei.org](http://www.reei.org)), 2012; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “La pensión de viudedad en la sociedad multicultural”, *Revista del poder judicial*, 2007, núm. 85, pp. 343-380; F. DI PIETRO, «La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia», *CDT*, 2015, pp. 56-70.

<sup>32</sup> L.D. WARDLE, “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 75-88.

<sup>33</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, «La conforme à l’article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales creées à l’étranger au nom de l’ordre public international», en *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, pp. 157-177; P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts (Lost in Transplantation)*, *Cultural Diversity and Law*, Ashgate, Surrey, 2010.

<sup>34</sup> G. VAN BUEREN, “Crossing the Frontier – The International Protection of Family Life in the 21<sup>st</sup> Century”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 811-830.

<sup>35</sup> G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520.

**24.** En este sentido, el orden público internacional atenuado representa la solución más recta, ecuaníme, equitativa y menos dañina. En efecto, aplicar en su integridad en España la Ley marroquí que admite el matrimonio poligámico produciría un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española. Este resultado es intolerable, pues daña intereses generales, daña a toda la sociedad. Por otro lado, descartar completamente la aplicación del Derecho marroquí designado por la norma de conflicto, y aplicar, en su lugar, el Derecho sustantivo español, conduce a resultados negativos. En efecto, se abraza el detestable “legeforismo”, se destruye la seguridad jurídica y se arruinan las expectativas legales de las partes, que confiaron en que sus conductas quedaban sujetas a la Ley designada por la norma de conflicto española. Pues bien: como ambas soluciones son negativas, el legislador española ha escogido “la solución menos perversa” (*the lesser of two evils - ex malis eligere minima*). Es el orden público internacional atenuado. El orden público sólo interviene en la medida necesaria para proteger a la sociedad española.

**25.** Ejemplos de orden público internacional atenuado se encuentran en la jurisprudencia española. Así, en una época en la que el divorcio era inexistente en España y radicalmente contrario al orden público internacional español, el TS admitió que una sentencia de divorcio cubana, si bien no podía reconocerse en España, podía surtir efectos en lo relativo a la separación de bienes que se recogía en la sentencia cubana de divorcio. Dice así el TS: “... *la litis sólo afecta, pues, al terreno patrimonial y en contemplación al mismo han de resolverse, si bien teniendo presente que así como la cuestión de la validez del divorcio vincular ofrece ante la diversidad de legislaciones un matiz delicado que puede dificultar su reconocimiento en el aspecto internacional, por razones de índole moral y religiosa afectantes al orden público, éstas no rezan con la simple separación personal que no presente obstáculo legal alguno para ser reconocida, como efecto admisible de la sentencia de divorcio vincular proferida en el extranjero*” (STS 13 marzo 1969)<sup>36</sup>. Otro ejemplo, ahora extraído de la doctrina de la DGRN, puede resultar también útil: un español contrajo matrimonio en Alemania Occidental con una alemana divorciada de anterior matrimonio canónico. Ambos tuvieron una hija cuya filiación era, en Alemania, una “filiación matrimonial”. La DGRN no podía, en la época de los hechos, inscribir en el Registro Civil español el matrimonio en cuestión, pero admitió la inscripción de la hija de ambos sujetos como hija de ambos<sup>37</sup>. Es decir, se admitió que el matrimonio, inexistente y no inscribible en España, podía producir el efecto colateral de servir para acreditar, en España, la filiación de la hija común.

**26.** Puede afirmarse que, mediante el orden público internacional atenuado, sólo los efectos jurídicos producidos por la situación legalmente creada en el extranjero (= el matrimonio poligámico en este caso) y que vulneran la organización moral y económica de la sociedad española, quedan eliminados. Y como ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero no se producen “en España” y no afectan a la sociedad española, sino que se producen en otro Estado y afectan a una sociedad extranjera, la intervención del orden público internacional “español”, no es necesaria. Puede subrayarse, del mismo modo, que aunque el art. 12.3 CC no alude a la tesis del orden público internacional español “atenuado”, ello se explica por la factura antigua del precepto, que data de 1974. Sin embargo, el art. 23 LAI 2007, mucho más moderno, admite de modo explícito la tesis del orden público internacional “atenuado” en materia de adopción internacional<sup>38</sup>. Dicho precepto indica que para poder activar la excepción de “orden público internacional español” es preciso “tener en cuenta los vínculos sustanciales del supuesto con España”. Por otro lado, debe indicarse que, en general, además de los ejemplos antes citados, la jurisprudencia española se ha mostrado muy receptiva con dicha

<sup>36</sup> STS 13 marzo 1969, *CLJC*, 1969, núm. 167.

<sup>37</sup> RDGRN 23 abril 1970, BOE de 3 julio 1970 y *Anuario DGRN*, 1970, pp. 242-250. Este caso así como el anterior aparecen muy bien analizados en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / J.C. CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 894-826. *Vid.* también M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979 el supuesto de matrimonio con divorciado”, *RFDUCM*, 1979, pp. 195-211;

<sup>38</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007).

teoría. En particular, en lo relativo a los matrimonios poligámicos, el mismo TS había destacado, al menos indiciariamente, que los efectos nucleares de tales matrimonios no se admiten en España, pero sí se podrían admitir los efectos jurídicos que tales matrimonios, legalmente celebrados en país extranjero, pueden producir, en España, en relación con otros aspectos, como filiación, alimentos, sucesiones, pensiones de viudedad a pagar por la seguridad social española, etc. (STS 21 diciembre 1963, STS 13 marzo 1969, STS 12 junio 1969)<sup>39</sup>.

27. El orden público internacional atenuado constituye, en realidad, un “mecanismo modal” del mismo orden público internacional en el sentido expuesto por M. HOOK. Se trata de una cláusula que fija los límites operativos del orden público internacional. Su finalidad radica en que dicha excepción intervenga sólo como tal y pueda, en definitiva, cumplir con la misión correctora que el legislador le ha asignado de modo expreso de una forma que no exceda su propio objetivo<sup>40</sup>.

#### 4. Sorpresa, sorpresa. El Tribunal supremo y el orden público internacional atenuado

##### A) Inaplicabilidad del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979

28. Tras la lectura de los breves párrafos anteriores, podría pensarse que esta STS CA 24 enero 2018 no es, en absoluto, ni novedosa ni importante ni tampoco realmente innovadora. En efecto, podría afirmarse que el TS se limitó a aplicar un precepto legal de lectura clarísima recogido en el tan citado Convenio hispano-marroquí de Seguridad social, precepto que permite a la segunda esposa que estuvo, según el Derecho marroquí, legalmente casada con un cotizante marroquí, solicitar una pensión de viudedad al Estado español. Bien, pues no es así. En realidad, y como muy bien puso de relieve el voto particular a la decisión del TS, debido a los magistrados Sres. D. Jose Luis Requero y D. Jorge Rodríguez Zapata, en línea con lo apuntado por la Abogacía del Estado, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979, no era aplicable al caso objeto de la STS CA de 24 enero 2018. Sorpresa, sorpresa.

29. En efecto, en este caso, el sujeto marroquí cotizante estaba cubierto por el “régimen español de clases pasivas”. Frente a ello, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 noviembre 1979 sólo es aplicable, en lo que se refiere al sistema español (*vid.* art. 2 del convenio) a las prestaciones que ofrece el “Régimen General de la Seguridad Social” española y también a las que ofrecen ciertos “Regímenes Especiales de seguridad social” españoles, y en concreto, los regímenes agrario, del mar, de la minería del carbón, de trabajadores ferroviarios, de empleados del hogar, de Trabajadores independientes o Autónomos, de representantes de comercio, de estudiantes, de artistas, de escritores de libros y de toreros. En definitiva, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979, no cubre las prestaciones que ofrece el llamado “Régimen especial de las Clases Pasivas”, que era, precisamente, el régimen aplicable al sujeto marroquí fallecido, que prestó servicios al Estado español como policía territorial en el entonces Sahara español. El supuesto analizado queda fuera del ámbito material del Convenio bilateral hispano-marroquí de Seguridad Social de 8 noviembre 1979. El art. 23 del mismo, que recoge de modo expreso un orden público internacional atenuado, es inaplicable a este caso.

30. Puede ser conveniente recordar que existen dos grupos de pensionistas entre los empleados públicos españoles: aquéllos cubiertos por el “régimen de las Clases Pasivas” y los incluidos en el “sistema de la Seguridad Social”. El “Régimen de Clases Pasivas” es el sistema de jubilación de los funcionarios del Estado que estuvo vigente hasta el 31 diciembre 2010. A partir de esta fecha, los nuevos funcionarios quedan incluidos en el “Régimen General de la Seguridad Social” a efectos, únicamente,

<sup>39</sup> STS 21 diciembre 1963 [R.5360]; STS 13 marzo 1969 [R.1276]; STS 12 julio 1969 [JC, p. 249].

<sup>40</sup> M. HOOK, “The concept of modal choice of law rules”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 185-211.

de su jubilación. La protección social (asistencia sanitaria y todos los demás programas) propia del “Régimen de Clases Pasivas” se lleva a cabo a través del llamado “mutualismo administrativo”, MUFACE, MUGEJU e ISFAS. Pues bien, este régimen queda sujeto, en sus rasgos esenciales y más importantes, a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de Clases Pasivas del Estado, texto que ha sido modificado por disposiciones posteriores. El ciudadano marroquí, en realidad, no estaba cubierto por el sistema “sistema general” de la Seguridad social española ni tampoco por ninguno de los regímenes especiales a los que hace referencia el art. 2 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 noviembre 1979.

31. Por tanto, si el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979 no es aplicable a este caso, la decisión adoptada por el TS en su STS CA 24 enero 2018 adquiere una nueva dimensión mucho más relevante.

## B) La jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo

32. El Tribunal Supremo no se ha limitado a aplicar un precepto legal contenido en un convenio internacional bilateral firmado por España, en vigor para España y parte del Derecho español y cuya letra es clarísima. En realidad, en esta STS CA 24 enero 2018, el Tribunal Supremo ha extraído, mediante *analogía juris*, un principio clave contenido en el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979 y lo ha aplicado a un caso excluido del ámbito material de dicho artículo. Este precepto acoge la tesis del “orden público internacional atenuado” con arreglo a la cual el matrimonio poligámico no surte efectos en España ni puede ser reconocido como matrimonio en España ni inscrito en el Registro Civil, pero algunos de sus efectos periféricos, sí que pueden ser hechos valer en España. Con ello se garantiza el respeto a los derechos adquiridos, a la seguridad jurídica y a las expectativas de los particulares. El Tribunal supremo, con extrema valentía y profundo sentido de la Justicia de Derecho internacional privado, afirma que, incluso en los casos no cubiertos por el citado Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, es justo, es equitativo, es ecuánime y es ajustado a Derecho recurrir al orden público internacional atenuado. Eso es lo que hace el Tribunal Supremo en esta sentencia. A la segunda esposa del ciudadano marroquí que trabajó como empleado público para el Estado español, sujeto al “régimen de clases pasivas” y excluido del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 1979, le debe ser concedida la mitad de la pensión de viudedad, aunque no existe precepto legal español concreto que así lo establezca de modo expreso. Y debe ser así porque el orden público internacional “atenuado” conduce a un resultado justo. Con otras palabras: el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo, por lo que debe acogerse un efecto atenuado del mismo siempre que sea posible, exista o no exista un precepto legal que así lo indique de modo expreso.

33. El Voto Particular que se incluye en la STS CA de 24 enero 2018 insiste en que el art. 23 del tantas veces citado Convenio hispano-marroquí debe aplicarse de manera restrictiva, esto es, para beneficiar exclusivamente a los beneficiarios legalmente previstos en el precepto, a las múltiples esposas en relación con prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social”, y no en relación a otros regímenes no cubiertos por el Convenio hispano-marroquí, como el “régimen de clases pasivas”.

34. No obstante, el Tribunal Supremo subraya que no aplicar a este supuesto, por analogía, el orden público internacional atenuado recogido en el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí, y no permitir, en consecuencia, que la segunda esposa pueda acceder a la mitad de la pensión de viudedad, produciría un resultado radicalmente injusto. Y tiene toda la razón el Tribunal Supremo.

En efecto, en primer lugar, una interpretación restrictiva del art. 23 mencionado supone, *a contrario sensu*, aplicar de modo expansivo el orden público internacional español, lo que no encaja bien con el art. 12.3 CC, que exige, siempre, una lectura restrictiva de dicho orden público. Sólo debe rechazarse la aplicación en España de la ley extranjera cuando “la aplicación” de la misma “resulte” contraria al orden público internacional español, no cuando “el contenido” de dicha Ley “sea” contrario al orden público.

En segundo lugar, admitir el derecho a la pensión en favor de varias esposas es justo, pues refuerza, como se ha indicado, las expectativas legítimas de las partes basadas en la Ley aplicada a la celebración del matrimonio, la seguridad jurídica en el escenario internacional y el respeto a los derechos adquiridos con arreglo a la Ley. La solución, por tanto, encaja con valores constitucionales de primer rango (art. 9.3 CE 1978) que, en Derecho internacional privado adquieren un relieve muy significativo.

En tercer lugar, la opinión mayoritaria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aunque parca y escueta, refuerza también el principio de igualdad entre los ciudadanos (art. 14 CE 1978 interpretado con arreglo al art. 10 CE 1978). En este sentido, visto que las dos mujeres casadas con el soldado marroquí son consideradas como “esposas” por la Ley marroquí, ambas deben ser tratadas por igual por parte del Derecho español de la Seguridad Social. El principio de igualdad, no se olvide, está recogido en la Constitución española y también en numerosas normas internacionales sobre derechos humanos suscritas por España. El orden público internacional puede y debe intervenir, siempre, para potenciar los derechos humanos. Por ello, un orden público internacional atenuado, subraya J. OSTER, debe siempre encajar con el principio de igualdad de todas las personas ante la Ley, que es realización del derecho humano a no ser discriminado legalmente<sup>41</sup>.

En cuarto término, admitir la pensión de viudedad para la segunda esposa no produce daño, en el caso concreto, al orden público internacional español. El erario público español paga la misma cantidad en concepto de pensión de viudedad ya exista una sola esposa superviviente o ya existan varias. Además, admitir el derecho de la segunda esposa a percibir la mitad de dicha pensión de viudedad no supone, en ningún caso, aceptar la validez del matrimonio en España, esto es, su “efecto constitutivo”. Tan sólo se acepta, en España, un efecto colateral o periférico de un matrimonio poligámico legalmente celebrado en Marruecos. Permitir dicho efecto legal periférico en España es justo, precisamente, para realizar los antes nombrados valores constitucionales de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley.

**35.** El Tribunal Supremo ha sabido leer la norma por encima de la letra de misma. Cierto es que el Convenio bilateral hispano-marroquí tantas veces citado no es de aplicación al caso en cuestión. Sin embargo, aplicar la solución que contiene su art. 23 a supuestos excluidos del ámbito material del convenio mediante una oportuna *analogia juris*, está plenamente justificado por dos poderosas razones.

En primer lugar, no existe razón de fondo, -aparte, únicamente, la propia literalidad del precepto convencional-, para que el mencionado art. 23 se aplique sólo a unos casos y queden excluidos otros, cuando se trate de sujetos que, en todo caso, han prestado sus servicios al Estado español y han cotizado a la Seguridad Social española o al Estado español. La no inclusión de los regímenes de Clases Pasivas en el ámbito material del convenio no tiene razón de ser, salvo que existiera una motivación política para ello o que sea en resultado de un olvido involuntario del legislador.

En segundo lugar, el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social transporta dos principios fuertes del ordenamiento jurídico español que son, al mismo tiempo, dos valores fundamentales del mismo: la igualdad y la seguridad jurídica. Por ello, aplicar la solución contenida en dicho precepto a supuestos excluidos del mismo no sólo no vulnera el art. 23 citado, sino que proporciona una solución constitucional a los supuestos de determinación de los beneficiarios de pensiones de viudedad españolas en casos de poligamia del sujeto cotizante.

Es claro, pues, que el Tribunal Supremo conoce al gran jurista romano Celso, que dejó escrito, hace ya casi mil años, que “*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”. Esto es, “*entender las leyes no consiste en retener sus palabras, sino en comprender su fuerza y su espíritu*” (Publius Juventius Celsus, en Digesto de Justiniano 1, 3, 17). Como en su momento sugirió con sagacidad P. JUÁREZ PÉREZ, la situación de inseguridad jurídica generada por una jurisprudencia española oscilante, contradictoria, confusa y variable, tenía que ser superada por el Tribunal Supremo. Pues bien, así ha sido<sup>42</sup>. El Tribunal Supremo, pues, ha sabido emplear la *analogia juris* para hacer Justicia, con mayúsculas, y para dotar de certeza legal y seguridad jurídica a la cuestión de la pensión de viudedad de las posibles varias esposas de un mismo viudo cotizante.

<sup>41</sup> J. OSTER, “Public policy and human rights”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 542-567.

<sup>42</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* ([www.reei.org](http://www.reei.org)), 2012, p. 41.

**36.** El Tribunal Supremo nos enseña que, en Derecho internacional privado, la Justicia se contiene en la solución recogida en las normas de conflicto españolas. Nos enseña también la excepción (= el orden público internacional) no debe devorar de modo completo la regla general (= la norma de conflicto). Nos indica que lo justo es que una persona legalmente casada en un país sea considerada como legalmente casada también en otro país y que sólo en casos excepcionales ello no debe ser así. Nos enseña el Tribunal Supremo, en suma, que el Derecho internacional privado está al servicio de las personas, que es una fascinante rama del Derecho cuyo máximo objetivo es procurar que los derechos de las personas, como el derecho de una mujer a cobrar una pensión de viudedad generada por los servicios que su marido prestó a España, no se vean perjudicados por la división del mundo en un conjunto de Estados soberanos que disponen de diferentes ordenamientos jurídicos con diferentes valores. El Tribunal Supremo recuerda que, en Derecho internacional privado, la Justicia sólo puede realizarse con atención al caso concreto. Se trata, en definitiva, de una sentencia decididamente valiente, decididamente justa. Es la victoria de las viudas de la poligamia del que fuera el Sáhara español.