

IDENTIDAD ISLÁMICA Y ORDEN PÚBLICO: LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

ISLAMIC IDENTITY AND PUBLIC ORDER: THE EFFECTS OF POLYGAMIC MARRIAGE IN THE SPANISH SOCIAL SECURITY SYSTEM

M.^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN

Profesora Contratada Doctora

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0001-5245-3878

Recibido: 09.01.2019 / Aceptado: 18.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4619>

Resumen: En este estudio realizamos un análisis general sobre la relación entre la identidad islámica y el orden público español, y un análisis específico sobre el posible efecto que la concertación de un matrimonio poligámico pueda tener en el derecho a prestaciones de Seguridad Social en España, tomando como punto de partida que su admisión forma parte de la identidad islámica pero es contraria a principios constitucionales esenciales como el derecho a la no discriminación. Y ello teniendo en cuenta el conjunto de prestaciones que abarca el Sistema español y con particular atención al criterio de los Tribunales en relación a las pensiones más controvertidas, cuáles son las de viudedad y orfandad.

Palabras clave: identidad islámica, poligamia, orden público, Sistema Español de Seguridad Social.

Abstract: In this study we realized a general analysis on the relationship between Islamic identity and Spanish public order, and a specific analysis on the possible effect that the conclusion of a polygamous marriage may have on the right to Social Security benefits in Spain, taking as starting point that its admission is part of the Islamic identity but is contrary to essential constitutional principles such as the right to non-discrimination. And this taking into account the benefits covered by the Spanish system and with particular attention to the criteria of the Courts in relation to the most controversial pensions, which are those of widowhood and orphanage.

Keywords: islamic identity, polygamy, public order, Spanish social security system.

Sumario: I. La identidad islámica y su relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. II. Poligamia: concepto y relación con la identidad islámica. III. El fenómeno de la inmigración y su impacto en la repercusión de la poligamia en España y la Unión Europea. IV. El conflicto entre el orden público y las manifestaciones de la identidad islámica. V. La poligamia como situación generadora de efectos para el ordenamiento jurídico español. VI. Efectos del matrimonio poligámico en el derecho a prestaciones de Seguridad Social: 1. El matrimonio como institución generadora de prestaciones sociales. 2. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención depende del cumplimiento del requisito de la residencia. 3. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención no se vincula al requisito de la residencia. A) El derecho a la pensión de viudedad. a) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de subsistencia de todos los matrimonios. b) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de divorcio respecto de una de las esposas. B) El derecho a las pensiones de orfandad. VII. Reflexiones finales.

I. La identidad islámica y su relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa

1. Siendo el tema general de nuestro estudio el impacto que las características propias de la identidad islámica puedan tener en la configuración del orden público europeo y del estado español, sin lugar a dudas una de sus instituciones más cuestionadas y cuestionables es la aceptación y regulación del matrimonio polígamico, y por ello nos centramos particularmente en este aspecto. En este sentido, la previsible existencia de matrimonios polígamicos entre sujetos que profesan la religión islámica, y que pueden residir, incluso ser nacionales, de países que forman parte de la Unión Europea, puede suponer, ya no sólo un choque cultural y en cuanto a costumbres religiosas que tales países puedan tener, sino una evidente conculcación de los postulados que conforman lo que, en términos generales, viene denominándose como “orden público” en el marco de la configuración de su ordenamiento jurídico.

2. Si atendemos al contenido que pueda tener lo que venimos denominando, en términos muy generales, como “identidad islámica”, no podemos afirmar que sea ésta la única cuestión que puede plantear conflictos de tal naturaleza. Otros aspectos han sido y van a seguir siendo objeto de controversia por cuanto suponen contravenir los principios básicos que vienen presidiendo las normas reguladoras de las relaciones jurídico-laborales, o por ser necesario para su ejercicio que tales normas deban modalizarse y ser más flexibles o cambiar su sentido. Tal es el caso, por citar algún ejemplo, de la regularización del uso del denominado “velo islámico”, o de los efectos que puedan tener instituciones desconocidas en Europa como la “Kafala”.

3. Para un correcto entendimiento de la problemática que pueda derivarse de la práctica de los cultos propios que forman parte de la identidad islámica, debemos tener en cuenta que el Islam es una religión monoteísta pero, además de una religión, es considerado como una civilización y una comunidad con proyección de universalidad, la denominada *umma* o comunidad de creyentes del Islam que profesan tal religión¹. Esta comunidad se caracteriza con la realización de una variedad de prácticas y ritos culturales, que pueden diferenciarse entre las denominadas prácticas directas e indirectas², las cuales presentan singularidades que pueden afectar al normal desarrollo de las prestaciones de servicios asalariadas. Su regulación se contempla en la *Sharía*, que configura el derecho islámico originario³, considerado como un derecho de origen divino pues sus fuentes son el *Corán*, libro sagrado que recoge las revelaciones de Alá al profeta Mahoma⁴, y la *Sunna*, que recoge los hechos y dichos del profeta tal y como han sido transmitidos por sus discípulos. Como puede observarse, la identidad islámica se caracteriza porque, a diferencia de lo que sucede en los países que conforman la Unión Europea, todos alejados de este sistema político-social, en ella no es posible diferenciar entre las leyes civiles y las leyes divinas, su sistema normativo está totalmente vinculado a las revelaciones del profeta y, así, sus normas de conducta son de obligado cumplimiento y no provienen de la soberanía popular⁵.

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i DER2016-74971-P “Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral”.

A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, enero-abril 2009, p.125.

² Diferenciación que tomamos de J. LACOMBA, “*El Islam inmigrado. Transformaciones y adaptaciones de las prácticas culturales y religiosas*”, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2001, p. 179, y G. L.BARRIOS BAUDOR Y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 1, 2006, pp.15 y ss.

³ Como derecho complementario o derivado se considera la *Kiyás*, o razonamiento jurídico derivado de la analogía, y la *urf-amal*, o jurisprudencia, entre otros.

⁴ Aunque, en sí mismo, el Corán no es un auténtico código jurídico. Así, según E. PASCUAL LLANOS, en “El hiyab”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 20, 2015, p.167, las suras y las aleyas que lo componen no tienen una lógica sistemática, no contiene instituciones básicas del Derecho islámico y el número de versículos es muy inferior al que debería tener un auténtico código.

⁵ Sobre las cuestiones relacionadas con la configuración del derecho islámico, vid. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.126.

4. Teniendo en cuenta la regulación anteriormente citada, las prácticas directas constituyen los cinco pilares básicos en los que se fundamenta la identidad islámica, cuales son: la profesión de fe o creencia en Alá, la oración ritual cinco veces al día, el ayuno obligatorio del Ramadán, la peregrinación a los lugares santos (la Meca) y la limosna legal o impuesto coránico a los necesitados. Su ejercicio obviamente puede tener cierta incidencia en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo pero, probablemente, en el estado español no son las que están planteando mayores problemas en cuanto al surgimiento de conflictos entre empresarios y trabajadores que tengan reflejo en concretas resoluciones judiciales. Es en el ejercicio de las consideradas como prácticas indirectas en las que se está manifestando el surgimiento de los conflictos con los postulados del ordenamiento jurídico-laboral.

5. Las prácticas indirectas, propias de la identidad islámica, las constituyen las festividades propias del calendario musulmán⁶ y las prácticas que forman parte de su vida social. Y es en relación a estas últimas en las que encontramos los puntos fundamentales de conflicto, que, sobre todo, están siendo relevantes en los aspectos atinentes a las exigencias del Islam en cuanto a la vestimenta de los integrantes de la comunidad (derivado de la obligatoriedad del uso del denominado “velo islámico” o *Hiyab*) y a las normas que regulan su estado civil, más en concreto en lo referente a la aceptación del matrimonio polígamico. Sobre la posible prohibición de uso del velo islámico en el contexto del desarrollo de actividades profesionales existe, actualmente, un intenso debate jurídico, tanto a nivel de tribunales estatales como en el seno del propio Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, sobre el cual no existe un criterio uniforme y que pone de manifiesto la complejidad que puede llegar a suponer la conciliación de los derechos y principios fundamentales que conforman los ordenamientos jurídicos europeos con el ejercicio de la libertad religiosa que se propugna.

6. En tal sentido, como punto de partida ineludible debemos tener en cuenta que, en España, desde la instauración del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto en el art. 16.1 de la Constitución española, existe un pleno reconocimiento del derecho al ejercicio de las prácticas propias de todas las confesiones religiosas en el contexto establecido por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa. Y, en virtud de dicha norma, las creencias religiosas no pueden constituir un motivo de desigualdad o discriminación⁸, estando incluido en el derecho a la libertad religiosa la profesión de las creencias libremente elegidas y el practicar los actos de culto, recibir asistencia religiosa de su confesión, conmemorar sus festividades y celebrar sus ritos matrimoniales⁹. Como limitación fundamental de este derecho, la Ley Orgánica 7/1980 establece que “*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*”. Precisamente, es en este contexto de la protección del orden público mencionado, y al cual nos referiremos posteriormente, en el cual se debate si el ejercicio de determinadas prácticas indirectas relacionadas con la identidad islámica, como es el caso del matrimonio polígamico, debería ser prohibido o, si ya lo está, estar carente de cualquier efecto jurídico.

⁶ Siguiendo a G. L. BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit., p. 17, las más significativas son el primer día del año nuevo islámico (*Al Hiyra*, 1º del Muharram), el décimo día del Muharram (*Achura*), el día del nacimiento del profeta (*Idu-Al-Maulid*), la fecha de viaje nocturno y la ascensión del profeta (*Al IsraWa Al-Mi'Ray*), el día de la culminación del ayuno del Ramadán (*Idu Al-fitr*) y la celebración del sacrificio del profeta Abraham (*Idu Al-Adha*).

⁷ Por todas, STEDH 26 noviembre 2015, caso Ebrahimian contra Francia y STJUE 14 marzo 2017, Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, y 14 marzo 2017, Caso Samira Achbita y Centrumvoorgelijkheid van kansen en voorracismebestrijding contra G4S Secure Sol. Hay que destacar que las dos sentencias del Superior de Justicia de la Unión Europea, habiendo sido dictadas en la misma fecha, llegan a conclusiones distintas en cuanto a si es contrario o no al principio de no discriminación el despido de una trabajadora por usar el velo islámico. A nivel interno, STSJ 22 junio 2017, rec. 179/2017.

⁸ Art. 1.1.

⁹ Art. 2.1 a) y b).

7. En cualquier caso, y en base a lo previsto en la Ley Orgánica 7/1980 en relación a la posibilidad establecida de que el Estado pueda celebrar Acuerdos o Convenios de cooperación con las comunidades religiosas inscritas en el Registro Público de Entidades Religiosas¹⁰, que por su ámbito y número de creyentes tengan particular arraigo en España¹¹, está vigente en España el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España¹², en el cual se sientan las bases fundamentales para que puedan ejercerse los actos y ritos fundamentales que se derivan de la *Sharía* en el territorio español¹³. Cuestión distinta es que nos podamos plantear si el contenido de dicho Acuerdo es lo suficientemente amplio o si tiene un limitado alcance, que impide que los mismos se puedan desenvolver con totales garantías¹⁴. A su contenido sobre la validez del matrimonio musulmán en el territorio español haremos referencia en posteriores epígrafes.

8. En el ámbito de la Unión Europea está igualmente consolidado el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa como uno de sus pilares fundamentales, tal y como se deduce de su integración en el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*”. Así mismo, el art. 17 del Tratado Fundamental de la Unión Europea determina que “*La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas*”.

9. La postura de la Unión Europea en materia de libertad religiosa parece, pues, que es poco intervencionista¹⁵, en el sentido de respetar la libertad religiosa pero no interferir en la concreta configuración de la misma por los Estados miembros, en virtud del estatuto que a cada comunidad religiosa se quiera conferir. Aun así, el contenido de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, como derecho derivado que es obliga a todos los Estados miembros a evitar cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, en relación a disposiciones, criterios o prácticas que puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción¹⁶.

10. Tal y como interpreta el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea el concepto de “religión” protegida, éste incorpora tanto el denominado “fórum internum”, es decir, el propio hecho de tener convicciones, como el “fórum externo”, es decir, la manifestación pública de la fe religiosa¹⁷. Como limitación, se establece que la disposición, criterio o práctica que produzca la desventaja se justifique, objetivamente, con una “*finalidad legítima*”¹⁸. Tal finalidad puede tener su directa relación con la limitación establecida por la Ley Orgánica 7/1980 en España, en el sentido de que el ejercicio del

¹⁰ En España están inscritas varias federaciones, comunidades y entidades religiosas de naturaleza islámica, siendo algunas de las más significativas, por ser de ámbito estatal, la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (inscrita con fecha de 5 de octubre de 1989, número 016061) y la Comisión Islámica de España (inscrita con fecha de 19 de febrero de 1992, número 016109).

¹¹ Art. 7.1.

¹² Aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

¹³ Sobre el particular, por todos M. L. JORDÁN VILLACAMPA, “Reflexiones en torno a la justicia islámica y el acuerdo de cooperación del estado español con la comisión islámica de España”, en AA.VV. *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, 1994.

¹⁴ Por ejemplo, para G. L. BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR en “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit., p. 38, el contenido del Acuerdo se considera manifiestamente limitado en cuanto a las posibilidades que ofrece para que se adapten las normas jurídico-laborales españolas a la práctica de los cinco pilares básicos del Islam.

¹⁵ En este sentido, A. M. RODRÍGUEZ ARAUJO, *Iglesia y organizaciones no confesionales en la Unión Europea: el art. 17 del TFUE*, Eunsa, Madrid, 2012, p.226.

¹⁶ Art. 2.2 b).

¹⁷ STJUE 14 marzo 2017, Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contra Micro-pole SA

¹⁸ Art. 2.2 b) i).

derecho a la libertad religiosa no puede ir en contra del orden público, y será legítimo restringir cualquier práctica religiosa que produzca tal efecto. En sentido similar, el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales¹⁹ reconoce en su art. 9 el derecho a la libertad de conciencia y de religión de toda persona, que incluye “*la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*”, pero que puede ser objeto de restricción si ello es necesario para la protección “*del orden, de la salud y de la moral pública*”. Si extrapolamos esta conclusión al caso concreto de las prácticas propias del islamismo, tales prácticas sólo podrán restringirse cuando ello responda a una finalidad legítima, cual es el mantenimiento del orden público en el Estado de que se trate.

II. Poligamia: concepto y relación con la identidad islámica

11. Para el análisis de la cuestión que planteamos, cuales son los efectos que el matrimonio poligámico, avalado por el derecho islámico configurado en los términos ya expuestos, puede tener en el derecho a prestaciones sociales de los cónyuges en el Sistema español de Seguridad Social, parece necesario que, con carácter previo, concretemos el significado que incorpora el término “poligamia” frente a otros similares. Así mismo, se impone delimitar cuales son las presupuestas que, conforme a los postulados del Islam como confesión religiosa reconocida a nivel internacional, van a determinar la admisión del matrimonio poligámico en su contexto.

12. En términos generales, el término “poligamia” o “matrimonio poligámico” hace referencia al régimen matrimonial en el cual una persona tiene varios cónyuges o, lo que es lo mismo, aquel que admite la pluralidad de cónyuges²⁰. Dentro de esta categoría genérica existen dos posibles modalidades de poligamia. Por una parte, la poligina, relativo al supuesto en el cual la pluralidad de cónyuges se refiere a la pluralidad de esposas. Por otra parte, la poliandria, relativo al supuesto en el cual la pluralidad de cónyuges se refiere a la pluralidad de maridos. Puesto que es mucho más frecuente la poligamia en su acepción relativa al varón que puede contraer varias esposas (poliginia), siendo muy poco frecuente la admisión de la poliandria, este término se utiliza comúnmente para definir a la unión del varón con varias esposas²¹ y, en tal sentido, lo utilizaremos en el presente estudio.

13. Podemos afirmar que, actualmente, son diversos los países en los cuales todavía la poligamia es admitida, por lo que es una realidad que los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea no pueden obviar si tomamos en cuenta la importancia que actualmente tienen los fenómenos migratorios y el auge de las sociedades multiculturales. Si atendemos al contenido de la Circular de 25 de febrero de 2008 emitida por la “Caisse nationale d’assurance vieillesse”, de Francia, cuyo objeto fue determinar la validez del matrimonio poligámico en relación al derecho a prestaciones por supervivencia, existen 47 países en los cuales está autorizada la poligamia²². Y, dentro de ellos, varios son países que pertenecen a la comunidad islámica en los cuales tal régimen matrimonial se admite con pocas excepciones²³.

¹⁹ Elaborado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950, BOE 10 de octubre de 1979.

²⁰ En este sentido, E. LÓPEZ TERRADA y A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, en AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección socio-laboral*, Laborum, 2018, p.297.

²¹ P. JUÁREZ PEREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, 2012, p.3. Así, la Circular 2008/14, de 25 de febrero de 2008 emitida por la “Caisse nationale d’assurance vieillesse” de Francia, denomina la poligamia como “la situación matrimonial... de un hombre con varias mujeres”.

²² Circular núm. 2008/14.

²³ De estos 47 países 26 tienen población mayoritariamente musulmana, cuales son: Afganistán, Algeria, Barheim, Bangladesh, Burkina Faso, Egipto, Emiratos Arabes, Indonesia, Irak, Irán, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Mali, Marruecos, Mauritania, Níger, Omán, Pakistán, Qatar, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria y Yemen. No todos son estados musulmanes, por ejemplo Senegal, Mali, Indonesia o Bangladesh son estados laicos, aunque la mayoría de su población practica la religión islámica. Como excepción, Túnez condena la poligamia con pena y multa (art. 18 Código del Estatuto Personal), basándose en una interpretación progresista de los textos sagrados. Sobre el particular, vid. M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, *Migraciones Internacionales*, núm. 2, julio-diciembre 2003, p. 155.

14. Mayoritariamente se afirma por la doctrina que el matrimonio islámico es un contrato privado que tiene una significación religiosa²⁴. El fundamento jurídico de la admisión del matrimonio poligámico como parte de la identidad islámica se encuentra, como no puede ser de otra forma conforme a lo explicado anteriormente sobre el origen del derecho islámico, en el Corán: “*Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal*”²⁵. Conforme a su contenido, en la primera parte de la Aleya se declara lícita la poligamia, limitada a su acepción como poliginia en los términos anteriormente comentados pero, en la segunda, se restringe a cuatro esposas con la condición de mantenerlas a todas en condiciones de igualdad²⁶. Los defensores del mantenimiento de la legalidad de la poligamia se apoyan en argumentos tales como²⁷: la imposibilidad de que una sola esposa pueda cumplir con los deberes conyugales; favorece que el hombre no repudie a la mujer enferma, anciana...; no impide la capacidad de procrear; el desarrollo integral de la mujer se realiza a través del matrimonio y esta institución se lo facilita.

15. Todos estos argumentos sin duda nos conducen hacia el establecimiento de una situación de manifiesta desigualdad de trato de la mujer, inserta dentro del fundamento mismo de la identidad islámica, máxime cuando, en ningún caso, se contempla la legalidad de la pluralidad de esposos. Sin embargo, en el derecho islámico más que un problema de igualdad lo que se refleja es una particular asignación de roles matrimoniales, ajenos hoy en día en la cultura y los ordenamientos jurídicos de los países europeos. Así, se considera al varón cabeza de familia y, como tal, obligado al sostenimiento económico y la protección de la mujer y de los hijos, posición que le otorga ciertas prerrogativas. La mujer, sin embargo, se circunscribe al rol de esposa y madre, limitando sus tareas mayoritarias al cuidado del hogar, y es objeto de diversos tratamientos desiguales en distintas instituciones como el matrimonio o el derecho sucesorio²⁸. En definitiva, la concepción islámica del matrimonio toma, como punto de partida, la situación de inferioridad de la mujer respecto del varón²⁹.

16. Actualmente la doctrina afirma que la legitimidad del matrimonio poligámico ha entrado en recesión³⁰, es posible que por cierta influencia de la presión del mundo occidental y por problemas derivados de la aplicación del derecho sucesorio³¹, sobre todo tomando como referente la publicación de la nueva *Mudawana* en Marruecos, que entró en vigor el 5 de febrero de 2004³². Con ella se sustituye a la an-

²⁴ Mencionado en el Corán, Sura XXIV, aleya 32: “*Y casad a los solteros de vosotros...*”. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p. 128. Según dicha autora, el matrimonio para la religión islámica es el estado perfecto, que constituye una especie de imperativo para asegurar la descendencia. En general sobre el matrimonio islámico vid. por todos, aa.vv (COORD. A. MOTILLA) *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Universidad de CÓRDOBA, 2003.

²⁵ Sura 4, versículo 3.

²⁶ Esta condición ha sido considerada, por parte de la doctrina, como una prescripción implícita de monogamia, al no ser posible que un hombre trate imparcialmente a todas las esposas. Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, op.cit, p. 4 y M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. p. 156. A mayor abundamiento, en la Sura 4, versículo 128, se afirma que “*No podréis tratar con igualdad a todas vuestras mujeres, aunque así las queráis, y por lo tanto, no os entreguéis del todo a aquella que amáis*”.

²⁷ M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. p. 156 y A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, *Actualidad Civil*, núms. 7-8. 2018, p. 8.

²⁸ M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. pp. 159 y ss, como es la regulación del repudio, la necesidad de prueba de causa de divorcio para la mujer o el hecho de que le marido heredado de la mujer fallecida el doble de lo que esta heredaría en caso de fallecer el marido (ejemplo, art. 155 Estatuto Personal de Argel).

²⁹ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, en AA.VV *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Universidad del País Vasco, 2001, p. 621.

³⁰ Por todos, P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, op.cit, p. 4, A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, op.cit. p.8 y M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 424, julio 2018, p. 69.

³¹ A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, op.cit. p. 8.

³² Se aprueba por Ley 70-03, del Código de Familia. Sobre su contenido, por todos M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN, *El derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el derecho español*, Grupo Difusión, 2010.

tigua *Mudawana* o Código del Estatuto Personal³³ y uno de sus objetivos más significativos ha sido el de modificar, de forma relevante, la situación jurídico-social de la mujer marroquí³⁴. Siendo así, parece que la legalidad de la poligamia debería haber desaparecido de su contenido pues, sin duda, es ésta una de las mayores manifestaciones de trato denigrante y discriminatorio de la mujer. Sin embargo, la posibilidad se mantiene, si bien contando con mayores limitaciones que pueden hacer decaer su incidencia en este país, entre las que destacan³⁵: el hombre que desee casarse con otra mujer debe presentar una solicitud de autorización ante el Tribunal, indicando los motivos excepcionales que la justifican y acompañándola con una declaración sobre su situación económica; sólo podrá celebrarse el matrimonio si la futura esposa ha sido avisada por el juez de que su futuro marido está casado con otra mujer y después de obtener su consentimiento; el juez no autorizará la poligamia si teme que con ella se pueda producir un trato injusto entre las esposas, en el sentido de que la manutención, alojamiento, convivencia..etc debe ser igual para todas.

17. Sea por la incidencia que pueda haber tenido esta regulación más restrictiva, por los problemas económicos que puede provocar o por el peso de las reformas educativas que provocan mayor rechazo en la población femenina de esas prácticas, parece que se aprecia un descenso en la incidencia de la poligamia en los países musulmanes³⁶.

18. En definitiva, la poligamia, entendida como la situación en la cual es admisible que el varón contraiga matrimonio con más de una mujer, sigue siendo legal en diversos países y, desde luego, sigue teniendo presencia en el mundo musulmán. Que sean más restrictivos los requisitos que la avalan en países como Marruecos, incluso el descenso de su incidencia, no significa que no pueda ser una situación que plantee conflictos jurídicos de singular relevancia en una sociedad europea presidida por los continuos flujos migratorios que proceden de países islámicos. Y ello principalmente por el choque que se produce con la noción de “orden público” que preside a los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea, en particular con el español.

III. El fenómeno de la inmigración y su impacto en la repercusión de la poligamia en España y la Unión Europea

19. Puesto que en los países de la Unión Europea en general, y en España en particular, no se contempla la legalidad de la poligamia en la regulación de su derecho matrimonial, obviamente su previsible incidencia sólo se puede plantear en el contexto de los movimientos migratorios que puedan producirse con los estados islámicos. En este sentido, si hemos manifestado la existencia de un descenso en la repercusión del matrimonio poligámico en el mundo musulmán, igualmente podemos afirmar que es particularmente relevante la incidencia de la inmigración desde países islámicos hacia Europa y la necesidad, por lo tanto, de establecer normas de convivencia entre las culturas occidentales y musulmanas que hagan viable el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

20. Se afirma, incluso, que el Islam está en plena expansión en Europa³⁷, y no es una afirmación alejada de la realidad si atendemos a los datos que nos ofrece el informe “Europe’s Growing Muslim Population”, del Instituto “PewResearch Center”³⁸. Según los resultados que arroja esta informe, en el

³³ Creada en 1957-1958.

³⁴ Tal y como afirma I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2012, p.1.

³⁵ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit., pp. 3 y ss.

³⁶ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit., p. 4, nota al pie 15, con referencia a datos hechos públicos por el Ministerio de Justicia Marroquí, en los cuales se indica que la tasa de poligamia ha manifestado una reducción del 3.57% en 2006, en comparación con 2005. También se manifiesta un descenso en los años siguientes, con un porcentaje en 2008 del 0.27% y 836 casos registrados.

³⁷ A. AINZ GALENDE, “Una aproximación al estudio de las mujeres niqabi en España”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 11, 2018, p. 155.

³⁸ Noviembre de 2017, www.pewresearch.org.

año 2016 el 4,9% de la población en Europa es musulmana³⁹, ofreciéndose tres escenarios de incremento de dicho porcentaje, hasta el año 2050, dependiendo de los niveles que se produzcan de inmigración: si el incremento es cero, se pasaría a un 7,4% de población musulmana⁴⁰; si el incremento se sitúa en la denominada zona “media”, se pasaría a un 11,2 %; si el incremento se sitúa en la denominada zona “alta”, se pasaría a un 14%⁴¹. Por otra parte, en dicho informe se determina que, desde mediados de 2010 hasta mediados de 2016, los cinco países con mayor nivel de inmigración han sido Siria, India, Marruecos, Pakistán y Bangladesh, por este orden, siendo el porcentaje de población musulmana en ellos del 91% en Siria, del 100% en Marruecos, del 96% en Pakistán y del 95% en Bangladesh⁴².

21. A resultas de estos datos se vislumbra una sociedad europea cada vez más caracterizada por su variedad social y religiosa, en la cual tienen que convivir y coexistir sujetos con creencias ideológicas y religiosas muy distintas⁴³. En concreto, tienen que conjugarse dos modelos familiares radicalmente opuestos⁴⁴, que pueden confluir en el aspecto que constituye el núcleo central de nuestro trabajo, cual es la solitud de prestaciones de Seguridad Social en un estado miembro de la Unión Europea. Así, el derecho europeo u occidental regula modelos de familia cuya finalidad es el pleno desarrollo de la libre personalidad de los ciudadanos y el estricto cumplimiento del principio de igualdad de trato. En un sentido muy diverso, la identidad islámica todavía opera sobre esquemas religiosos inflexibles y mantienen la religión, en base a la interpretación del Corán, como eje central de todos sus aspectos jurídicos, políticos, sociales o económicos. Y no cabe en ella, como factor principal vertebrador, el mantenimiento de derechos fundamentales puramente occidentales como es la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación.

22. Pero, por otra parte, estos flujos migratorios constantes obligan, sin duda, a un replanteamiento de cualquier postulado jurídico que impida el ejercicio del que es, también, otro derecho fundamental básico, cual es el derecho a la libertad religiosa. La obligada integración de las comunidades extranjeras en los países europeos es una necesidad de la cual no se duda hoy en día⁴⁵, pero las dificultades están siendo evidentes porque en ningún caso se quiere renunciar ni a su cultura, ni a los valores y principios que inspiran sus normas jurídicas. Y es que no podemos olvidar el punto de partida y origen fundamental de las diferencias existentes entre el islam y la cultura europea: los estados europeos son laicos, y basan el establecimiento de los derechos sociales en la consecución de la dignidad humana; la identidad islámica parte de que los derechos sociales tienen origen divino, no un fundamento en la propia persona y, como tales, no pueden ser cuestionados⁴⁶.

23. En el caso de España, en particular, si atendemos al contenido del informe citado se sitúa en el décimo puesto en cuanto a los Estados que recibe mayor número de inmigrantes, siendo el 39% de origen musulmán⁴⁷, lo que lleva a afirmar que ya es un Estado con un flujo de inmigración muy notable.

³⁹ La tasa más elevada de población musulmana se sitúa en Bulgaria, con un porcentaje del 11,1 % de su población total, seguido de Francia, con un porcentaje del 8,8 % de su población total (5.720.000), Suecia, con un porcentaje del 8,1% de su población total, Austria, con un porcentaje del 6,9% de su población total y Reino Unido, con un 6,3% de su población total. P.4.

⁴⁰ Teniendo en cuenta que son jóvenes y que tienen una mayor tasa de natalidad que en Europa. P. 5. En este escenario se sitúa a Francia como el país con una mayor tasa de población musulmana (12,7%), seguida de Bulgaria (12,5%) y Reino Unido (9,7%).

⁴¹ P. 4 y 5. En este escenario se sitúa a Suecia con el país con una mayor tasa de población musulmana (30,6%), seguido de Austria (19,9%) y Alemania (19,7%). P.16.

⁴² P.17.

⁴³ M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio polígamico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, op.cit., p. 68.

⁴⁴ En relación a esta cuestión, M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio polígamico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, op.cit., p. 68 y Z. COMBALIA SOLIS, “Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 6, 2001, p.15.

⁴⁵ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, op.cit., p. 619.

⁴⁶ A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.132 y M. LEMA TOME, “Matrimonio polígamico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. p. 158.

⁴⁷ P. 20. Los cinco primeros serían Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y Suecia, en este orden.

Como consecuencia, su base social, al igual que a nivel europeo, se va progresivamente caracterizando por su naturaleza multireligiosa y multicultural que apoya su naturaleza de estado aconfesional⁴⁸. En este contexto, el conflicto anteriormente planteado para los países europeos va a tener idéntico reflejo, es decir, el previsible choque de los valores y creencias que forman parte de la identidad islámica con los derechos fundamentales establecidos por el ordenamiento jurídico español.

24. Estos datos los corrobora la información actualizada aportada por el Instituto Nacional de Estadística, sobre la población inscrita en España⁴⁹, en la cual se indica que, de las personas inscritas, el 10,1% del total son extranjeros⁵⁰. En relación a la incidencia que tiene la inmigración en la llegada de miembros de comunidades islámicas al territorio español, podemos calificarla de elevada puesto que éstos proceden mayoritariamente de Marruecos⁵¹ y, en menor medida, de Pakistán⁵². También es significativo el dato de la edad media de los nacionales de tales países que se encuentran en territorio español⁵³: en el caso de Marruecos, es de 30 años en hombres y 31 años en mujeres; en el caso de Pakistán, es de 31 años en hombres y 36 años en mujeres. Se trata, por lo tanto, de una población joven que, o bien utiliza al territorio español como puerta de salida hacia Europa a la búsqueda de insertarse en el mercado de trabajo, o bien se asientan en el territorio e incrementan la necesidad de integración de las costumbres islámicas.

25. Por último, en lo que se refiere a la concreta incidencia actual de la población musulmana en la sociedad española, el “Estudio demográfico de la población musulmana” que realiza, anualmente, la Unión de Comunidades Islámicas de España⁵⁴, determina que la población musulmana la constituyen, fundamentalmente, los españoles y los marroquíes, pero que en algunos municipios la superan los pakistaníes, los senegaleses y los argelinos⁵⁵. Así, destacan cuatro zonas geográficas de origen: el Magreb Árabe, Africa occidental, Oriente Próximo y Oriente Medio. En cuanto a su implantación geográfica, su asentamiento es mayoritario en la mitad sureste del país⁵⁶, afirmándose que el grado de formación de esta población es muy bajo⁵⁷.

26. No es extraño que se produzca esta situación, simplemente teniendo en cuenta la ubicación del territorio español como puerta de Africa hacia Europa y las posibilidades que ofrece en cuanto a mejora de la sanidad y calidad de vida de los nacionales de estados africanos⁵⁸. Tal y como ponen de manifiesto algunos autores, también han influido en esta realidad otros factores como las buenas relaciones diplomáticas entre los países árabes y España, el despertar económico del país a partir de los años 80, los antiguos lazos del Protectorado y un cierto conocimiento de la lengua española⁵⁹. Del arraigo de la comunidad Islámica en España es ejemplo la propia concertación del Acuerdo de Cooperación del Es-

⁴⁸ Art. 16.3 Constitución Española: “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la iglesia católica y las demás confesiones*”.

⁴⁹ Nota de Prensa del Instituto Nacional de Estadística, de abril de 2018, con el avance de la estadística del padrón continuo, a 1 de enero de 2018.

⁵⁰ P.1.

⁵¹ 769.050 nacionales marroquíes, siendo la tercera entre las que más destaca el aumento de extranjeros en España. P. 7.

⁵² 82.738 nacionales pakistaníes, que representan el 1,8% de los extranjeros en España. P.8.

⁵³ P. 14.

⁵⁴ A través del Observatorio Andalusi, explotación estadística del censo de ciudadanos musulmanes en España, referido a fecha de 31 de diciembre de 2017 (www.observatorio.hispanomusulman.es).

⁵⁵ P.2. Los Pakistaníes superan en Barcelona, Badalona, Valencia y Logroño. Los senegaleses en Salou, Guissona, A Coruña o Vigo. Los argelinos en Alicante y Ejea de los Caballeros.

⁵⁶ P.2. Por autonomía, destacan en Andalucía, Cataluña, Madrid y Valencia, seguidas de Murcia. En porcentaje, lógicamente destacan Ceuta y Melilla. Por Provincia, destacan en Barcelona y Madrid, y en porcentaje en Ceuta y Melilla.

⁵⁷ G. L.BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit. p.9.

⁵⁸ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, op.cit., p. 619.

⁵⁹ G. L.BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit. pp.7 y ss.

tado con la Comisión Islámica de España⁶⁰, el cual supone un instrumento que ejemplifica el intento de integrar las costumbres islámicas en la sociedad española⁶¹. Es más, en España sólo se han concertado con otras tres confesiones religiosas: la judía, la evangélica y la iglesia católica⁶².

27. Junto a éste que se denomina “Islam inmigrado” coexiste, en España, el denominado “Islam autóctono”, es decir, el compuesto por musulmanes con nacionalidad española. La gran mayoría de ellos residen, lógicamente, en Ceuta y Melilla⁶³, al ser las dos provincias que se encuentran dentro del propio territorio magrebí. Sin embargo, puesto que la obtención de la nacionalidad española no es posible en caso de poligamia⁶⁴, no es en este colectivo en el cual se pueden plantear los problemas que analizamos en este estudio.

28. Como conclusión a todo lo expuesto, sin lugar a dudas el fenómeno migratorio es una realidad en expansión, máxime cuando nos referimos a ciudadanos que proceden de comunidades islámicas, tanto en lo que se refiere a la Unión Europea, en general, como a España, en particular. Las perspectivas de que no sea un fenómeno de carácter transitorio o en situación en recesión, y que afecte, en el caso de España, a un núcleo de población joven que puede desarrollar toda su vida familiar dentro del territorio nacional, obligan a que los Estados cada vez tengan que preocuparse, con mayor intensidad, de los problemas jurídicos que plantea el ejercicio de las prácticas propias de su identidad en su relación con la protección de los derechos fundamentales, pero sin obviar la necesidad de facilitar su integración. Y, sin lugar a dudas, un campo abonado para el conflicto es la entrada en países europeos de miembros de comunidades islámicas que han adoptado la poligamia como régimen matrimonial, pues su naturaleza de situación contraria al principio de igualdad y no discriminación de la mujer va a obligar a frenar todos sus posibles efectos. Al conflicto que pueda suponer con el mantenimiento del denominado “orden público” destinamos las páginas que siguen.

IV. El conflicto entre el orden público y las manifestaciones de la identidad islámica

29. En relación a esta cuestión, básica para entender el contenido de las resoluciones judiciales que se vienen pronunciando sobre la materia que analizamos, debemos determinar, en primer lugar, el alcance concreto que tiene el término “orden público” en el derecho internacional y español como posible limitador de las manifestaciones de creencias religiosas y, en segundo lugar, las normas jurídicas concretas que se oponen a la admisión del matrimonio polígamico y su fundamento en la protección de derechos fundamentales.

30. Por lo que se refiere al concepto de “orden público”, como tal mencionado pero no determinado en el Código Civil español⁶⁵, éste se ha definido como el conjunto de convicciones básicas de la socie-

⁶⁰ Dado que el art. 7 Ley Orgánica 7/19801, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, determina que se pueden celebrar estos acuerdos cuando la comunidad religiosa haya alcanzado “notorio arraigo” en España, la Exposición de Motivos de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo pone de manifiesto que la religión islámica ha tenido una “relevante importancia en la formación de la identidad española”.

⁶¹ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, op.cit., p. 628.

⁶² Por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, Ley 24/1992, de 10 de noviembre y Acuerdos de 3 de enero de 1979, respectivamente.

⁶³ G. L. BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit., p. 10.

⁶⁴ Por incumplimiento del requisito exigido en el art. 22.4 Código Civil de “Suficiente grado de integración en la sociedad española”. Por todas las sentencias que rechazan la obtención de la nacionalidad, en estos casos, SAN 11 septiembre 2011, rec. 190/2016. Sobre el particular, por todos y comentando dicha sentencia, M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, marzo 2018.

⁶⁵ Por ejemplo, art. 1.3 “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público”, art. 6.2 “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público” y art. 1255 “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

dad, que se fundamenta en su propia organización y en su propio ordenamiento jurídico⁶⁶, o también como el conjunto de valores fundamentales y creencias básicas e irrenunciables de una sociedad sobre los que se apoya su ordenamiento jurídico⁶⁷. Quizás esta segunda acepción nos parece más acertada por cuanto presupone que el orden público es un factor que inspira e incide en la configuración de las normas jurídicas, y porque refleja su diferencia con los principios generales del derecho al tener eficacia en la protección de los valores esenciales de la sociedad⁶⁸. De esta forma, las normas recogen principios y valores socialmente reconocidos y aceptados, que deben también presidir el contenido de las resoluciones judiciales.

31. La noción de orden público, así entendida, lógicamente está presidida por su carácter variable en función del tiempo, país o régimen político en que se analice⁶⁹ y, como concepto de carácter universal, es aplicable al que pueda existir en cada país concreto, pero también podríamos entender que puede existir un orden público que inspire el contenido de las normas emanadas desde las instituciones comunitarias.

32. Si acudimos a la doctrina del Tribunal Supremo, en la sentencia considerada como el punto de arranque para la configuración conceptual del “orden público”⁷⁰, lo define como “el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”. Posteriormente, el contenido de sus resoluciones evoluciona hacia una conexión del alcance del orden público con los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española, afirmando que este término debe ser interpretado de acuerdo a su contenido y, más explícitamente, que los derechos fundamentales que ésta reconoce son de orden público⁷¹. En clara sintonía con esta doctrina, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que “*el respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público*”⁷².

33. Pero este concepto debemos diferenciarlo de otros con los que guarda una gran relación, y que van a tener una significativa incidencia en la resolución de los conflictos jurídicos relacionados con los problemas de orden público vinculados a las manifestaciones religiosas, en general, y a las propias de la identidad islámica, en particular, en un país determinado. Nos referimos a las nociones de “orden público internacional”, recogido en el art. 12.3 Código Civil, y “orden público internacional atenuado”, este último de configuración doctrinal y jurisprudencial.

34. El denominado “orden público internacional” tiene su reconocimiento en el citado precepto, en virtud del cual “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”. Por lo tanto, con él se impide la aplicación de una ley extranjera competente, como puede suceder en caso de matrimonio al aplicarse la ley personal común de los contrayentes al tiempo de contraerlo y no la del lugar de residencia habitual, si vulnera los valores esenciales y derechos constitucionales del ordenamiento jurídico del foro.

35. El concepto de “orden público atenuado”, o el hecho de otorgar efectos jurídicos “periféricos” a leyes extranjeras que, de suyo, atentan contra el orden público establecido, se sustenta en el hecho

⁶⁶ J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, “Poligamia, libertad religiosa y discriminación de la mujer”, en AA.VV. *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comunitario*, Universidad del País Vasco, 2001, p. 752.

⁶⁷ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op.cit., p. 6 y J. SOUTO PRIETO, “La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, EN AA.VV. *Derecho social y Administración Pública*, Xunta de Galicia, 2013, p. 141.

⁶⁸ En este sentido, A. ACEDO PENCO, “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14-15, 1996-1997, p.341.

⁶⁹ R. MORAT DES MONS, *La cause inmorale (étude de jurisprudence)*, París, 1956.

⁷⁰ STS 5 de abril de 1966. En el mismo sentido, A. ACEDO PENCO, “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, op.cit., p. 382.

⁷¹ STS 2 de noviembre de 1990 y 9 de julio de 1992.

⁷² STC 19/1985, de 5 de marzo.

de que tales efectos no producen un daño sustancial a la sociedad, no perjudican a ningún particular y contribuyen a la instauración de la justicia formal. Por ello, no sólo en España, sino también en diversos países de la Unión Europea, los Tribunales entienden que el concepto de orden público no es rígido, sino que puede flexibilizarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y cuando se producen los presupuestos anteriormente mencionados. Y esto ha sucedido en países con Francia, Bélgica o Italia para el reconocimiento de derechos a los cónyuges en caso de matrimonio poligámico⁷³.

36. En particular, las cuestiones relacionadas con el régimen jurídico matrimonial son consideradas de orden público y, como tales, no sujetas a la disponibilidad de las partes. Pero también debe tenerse en cuenta que la aplicación del art. 39 Constitución Española puede propiciar la atenuación de la estricta aplicación del ordenamiento jurídico, en aras al mantenimiento de la protección social, económica y jurídica de la familia, y la protección integral de los hijos⁷⁴. Y en este contexto es en el que se plantea el posible reconocimiento de “efectos periféricos” a los matrimonios celebrados en régimen de poligamia, a pesar de que, como a continuación exponemos, ésta se encuentre absolutamente proscrita.

37. La consideración de la poligamia como contraria al orden público tiene su fundamento en que puede afirmarse su enfrentamiento a la moralidad pública, la dignidad de la mujer y sobre todo, el principio de igualdad de trato y no discriminación que la Constitución Española consagra en su art. 14⁷⁵. Evidentemente esto es así desde el momento que únicamente es el varón el que tiene la posibilidad de tener varias esposas, y no al contrario. Es más, en aras a lo establecido por el Tribunal Supremo, no sólo presupone la desigualdad así como la sumisión de la mujer al hombre, es que “repugna” al orden público español⁷⁶. Además, ya hemos comentado anteriormente que la poligamia tiene su origen en la diferente consideración social que se otorga, en la comunidad islámica, al hombre frente a la mujer. Pero, más allá de la propia desigualdad que implica, la poligamia es una situación que denigra el propio status y la visión social y humana de la mujer, y que va en contra de todas las conquistas sociales que se han venido produciendo en todos los países europeos desde mediados del siglo XX.

38. En relación a si el prohibirla puede ir en contra del derecho a la libertad religiosa, también constitucionalmente reconocido, ello carece de todo sentido puesto que tal derecho protege, de forma absoluta, la libertad para que cada individuo tenga las creencias que quiera, pero puede ser limitada la libertad para practicarla y manifestarla si tales prácticas conculcan el orden público⁷⁷, como sucede en el caso de la poligamia. En tal sentido se entiende el contenido del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo art. 9 se afirma que la libertad de “manifestar” la religión se puede restringir en aras a la protección del orden y la moral públicos.

39. En el ámbito del derecho internacional, esta repulsa de la poligamia se manifiesta en muy diversos sentidos que ponen de relieve su consideración de situación contraria al orden público, y que a continuación exponemos de forma breve.

⁷³ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op.cit., p. 9, con cita de las sentencias de la *Cour de cassation* de 6 de julio de 1988, asunto Baaziz, de 28 de enero de 1958 y de 30 de enero de 1980, y de la *Cour de appel* de Lieja, de 23 de abril de 1970, en las que se determina el derecho a percepción de pensiones, el derecho de alimentos, el derecho a percepción de indemnizaciones en caso de fallecimiento accidental del cónyuge o los derechos sucesorios.

⁷⁴ J. A. LEONES SALIDO, “Pensiones de viudedad y modelos familiares”, *Diario La Ley*, núm. 7453, 2010, p. 8.

⁷⁵ Son diversos los autores que hacen referencia a estas tres circunstancias como determinantes. Por todos, vid. J. A. LEONES SALIDO, “Pensiones de viudedad y modelos familiares”, op.cit., p.7, M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. pp. 163, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.132 y M.D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, op.cit., p. 71.

⁷⁶ Por todas, STS 19 de junio de 2008, rec. 6358/2002, en relación a la denegación de la nacionalidad española a contrayente de matrimonio poligámico, por falta de suficiente integración en la sociedad española.

⁷⁷ Por todos, M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. pp. 163.

40. En el ámbito del derecho comunitario, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se convierte, sin duda, en uno de los textos principales a tener en cuenta, al haber sido su contenido incorporado al Tratado de Lisboa⁷⁸. Aun cuando no contiene una referencia expresa a la poligamia, en ella se establece que la dignidad humana es inviolable, debiendo ser respetada y protegida, y que ello es incompatible con su admisión. En cualquier caso, también establece el respecto a la libertad individual en esta materia, pues garantiza el derecho a contraer matrimonio “*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”.

41. También es significativo el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo “sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea”⁷⁹, en la cual se insta, expresamente, a los Estados Miembros a que velen por que todos los actos violentos perpetrados contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzados, la poligamia, los denominados delitos de honor y la mutilación genital femenina, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias, y a que sensibilicen en mayor medida a las autoridades policiales y judiciales acerca de estos casos⁸⁰. Se pone, así, en un plano de igualdad a la poligamia con otros delitos particularmente graves, en cuanto a situaciones que merecen un particular rechazo, lo que manifiesta que, de existir un orden público a nivel comunitario, es sin duda contrario a esta situación. A mayor abundamiento, se insta a la Comisión a estudiar la posibilidad de prohibir los matrimonios polígamos, y se mira con preocupación que hayan obtenido reconocimiento en algunos Estados miembros⁸¹. Sobre el contenido de esta Resolución es también significativa la respuesta dada en el Parlamento Europeo a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella⁸², afirmándose, en relación a la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

42. Por último, en cuanto al posible ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en caso de matrimonios polígamicos, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, determina que “*En caso de matrimonio polígamico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge*”⁸³. Otro ejemplo más de que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario.

43. A nivel internacional, diversos Pactos y Declaraciones han reafirmado el necesario posicionamiento de hombres y mujeres en situación de igualdad jurídica. En tal sentido se manifiestan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵ y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁶.

44. En el ordenamiento jurídico español, las normas que juegan, fundamentalmente, en la manifestación de la poligamia como contraria al orden público, también tienen una diversa naturaleza. En relación, en primer lugar, a su origen constitucional, ya hemos comentado cómo la poligamia es una situación que atenta contra el art. 14 al consolidar una manifiesta situación de desigualdad de trato entre

⁷⁸ Art. 6.1, otorgándole el mismo valor que a los Tratados.

⁷⁹ 2006/2010 (INI).

⁸⁰ Epígrafe 35.

⁸¹ Epígrafe 36.

⁸² E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

⁸³ Art. 4.4.

⁸⁴ Art. 3: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*”.

⁸⁵ At. 23.4: “*Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos*”.

⁸⁶ Art. 16: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.

hombres y mujeres. También contribuyen al rechazo de esta práctica la aplicación del art. 9.2, en el que se insta a los poderes públicos a para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva, el art. 10.1 que establece, como fundamento, del orden político, la dignidad de la persona, y el art. 32.1, en el que se contiene el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

45. De forma más explícita, la normativa de rango menor prohíbe, claramente, la poligamia. Así, el Código Civil español establece que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial (art. 462^o)⁸⁷, siendo, en tal caso, el matrimonio considerado como nulo (art. 73 2^o). Por otra parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge en territorio español, aunque su Ley personal permita esta modalidad matrimonial (art. 17.1 a). Y, como máximo exponente de la repulsa que esta situación produce al ordenamiento jurídico español, se tipifica como delito en el Código Penal “*El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste el anterior*” (art. 217).

46. También se ha manifestado de forma contundente, en este sentido, la jurisprudencia de los tribunales españoles. Y no sólo para denegar la concesión de la nacionalidad a sujetos que estén casados en régimen de poligamia⁸⁸, sino también para denegar efectos al matrimonio celebrado conforme al rito islámico en España cuando no cumple con los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez⁸⁹.

V. La poligamia como situación generadora de efectos para el ordenamiento jurídico español

47. Una vez establecido que la poligamia está prohibida por la legislación europea y española y que es contraria al orden público, habrá que determinar en qué casos puede llegar a tener efectos en el ordenamiento jurídico español.

48. Dos son las situaciones que se pueden plantear en cuanto a la consolidación de una situación de poligamia: que pretenda formalizarse dentro del propio territorio español o que se haya formalizado en otro Estado al amparo de una legislación que lo permite (como sucede en los estados islámicos), queriendo los cónyuges que tenga efectos dentro del territorio español.

49. El primer caso es obvio que no puede llegar a producirse, puesto que la legislación española no lo permite, incluso determina que es un delito⁹⁰. Así pues, la determinación de posibles efectos, en este supuesto, no tiene sentido al ser una situación que, de forma legal y consentida, no se puede materializar.

50. El segundo caso determina la aplicación de otras normas, al ser un status jurídico consolidado fuera del territorio español pero que quiere tener efectos en él. El art. 50 Código Civil legitima que tal situación pueda suceder, puesto que “*Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos*”. Y dos son las situaciones que podrían plantearse, cada

⁸⁷ En el mismo sentido, el art. 252 del Reglamento de la Ley del Registro Civil determina que “*No podrá inscribirse matrimonio canónico o civil contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente*”.

⁸⁸ Reiteradamente afirma el Tribunal Supremo que la poligamia “repugna al orden público español”, por lo que constituye un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero. Por todas, STS 14 de diciembre de 2017, rec. 1178/2016.

⁸⁹ STC 1 de diciembre de 2014, núm. 194. Tales requisitos son los previstos en la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica. En el caso enjuiciado, no se cumplen al no quedar acreditado el requisito de la capacidad. No se considera una situación equiparable a la enjuiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de diciembre de 2009, en relación a la determinación de la validez del matrimonio por el rito gitano a efectos del percibo de pensión de viudedad, precisamente porque, en este caso, se estima que tal matrimonio no es contrario al orden público.

⁹⁰ Como señala A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.143, aunque el art. 9.2 Código Civil determine que es la ley personal común de los cónyuges la que rige los efectos del matrimonio, la aplicación de la cláusula de orden público del art. 12.3 impide que esto suceda en caso de matrimonio polígamico, que nunca podrá tener acceso a la inscripción registral.

una de ellas con efectos muy distintos. Por una parte, que los contrayentes del matrimonio poligámico, válidamente celebrado en el extranjero, quieran residir en territorio español y disfrutar de los derechos y libertades en él establecidos. Por otra parte, que los contrayentes del matrimonio poligámico no tengan intención de residir en territorio español, pero sí pretendan que éste surta en él efectos jurídicos en virtud del reconocimiento de algunos derechos que no incorporen el cumplimiento de requisitos de nacionalidad o residencia como puede ser el caso, en la materia que nos ocupa, del reconocimiento del derecho a ser beneficiario de pensiones de viudedad u orfandad.

51. En el primero de los supuestos contemplados, es decir, si los contrayentes de matrimonio poligámico quieren residir en territorio español a todos los efectos legales, ello no va a poder producirse por la vía del reagrupamiento familiar. Tal y como hemos apuntado anteriormente, esto no lo permite, ni la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ni el contenido de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Incluso en lo que se refiere a los hijos, la citada Directiva establece que la reagrupación puede estar limitada⁹¹. La regulación de la Ley Orgánica 4/2000 es comprensible en cuanto transpone lo establecido por la Directiva comunitaria pero, tal y como afirman algunos autores, ciertamente produce el paradójico efecto de permitir la reagrupación de la segunda o posteriores esposas las cuales, según el ordenamiento jurídico español, habrían celebrado un matrimonio nulo, y un más que cuestionable derecho del varón, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, a ser el único que decida cual pueda ser la esposa reagrupable⁹².

52. Lo que sí puede suceder es que tanto en varón como las esposas puedan tener entrada en territorio español si obtienen el permiso de trabajo cumpliendo los requisitos previstos en la legislación española⁹³, sin solicitar la inscripción legal de todos los diversos matrimonios, únicamente de uno de ellos. Es decir, que se produzca una situación no legalizada en la cual, a los efectos de las instituciones españolas, sólo exista un matrimonio reconocido y el otro cónyuge u otros cónyuges consigan sus propios derechos por la vía de la residencia legal. En tal caso, a éstos no les alcanzarían los posibles beneficios de la integración en una unidad familiar con el varón.

53. Tal y como afirma el propio Tribunal Supremo, es posible que se produzca la situación de residencia al no ser equiparable a la solicitud de la nacionalidad española, en tantas ocasiones rechazada por los Tribunales bajo el argumento de que la situación de poligamia manifiesta una absoluta falta de integración con los valores sociales y culturales españoles⁹⁴. Según su criterio, la residencia sólo se puede conceder o denegar cuando concurren las circunstancias legalmente establecidas, de tal forma que no es en sí una “concesión” sino la constatación del cumplimiento de requisitos legales. Sólo podría prohibirse la residencia si así lo hubiese previsto el legislador, lo cual no ha sucedido⁹⁵.

54. En el segundo de los escenarios contemplados, hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español, más en concreto el que establece derechos en materia de Seguridad Social, permite la

⁹¹ En el mismo art. 4.4: “No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante”. Sobre esta cuestión, hay autores que afirman que sólo será posible cuando el interés del menor deba prevalecer sobre otras circunstancias, como es el caso del fallecimiento de la madre biológica. AA.VV (Dir. M.I. RAMOS QUINTANA), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p.264. Sin embargo, otros como M. L. LABACA ZABALA, en “La poligamia en España. Reagrupamiento de la familia poligámica”, *VLex346010*, p.325, considera que los hijos deben estar protegidos sea cual sea su origen, “ex” art. 39 Constitución Española.

⁹² C. VAQUERO LÓPEZ, “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, marzo 2018, p. 446. Como la propia autora indica, hay autores para los cuales esta regulación implica la falta de perspectiva de género. Por todos, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, 2000, pp. 180-181.

⁹³ Como afirma R. LÓPEZ MOSTEIRO, “La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad social”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2001, p. 2.

⁹⁴ Por todas, sentencias de 19 de junio de 2008, rec. 6358/2002 y de 21 de diciembre de 1998.

⁹⁵ Todos estos argumentos en STS14 de diciembre de 2017, rec. 1178/2016. Es más, afirma que no hay discriminación en la denegación de la nacionalidad al no ser equiparable residir que adquirir la nacionalidad.

exportación de derechos en materia de prestaciones a familiares del sujeto causante no residentes en territorio español, cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia. Así, en el caso de pensiones de viudedad y orfandad, los beneficiarios pueden ser o no sujetos residentes en el territorio nacional, puesto que los requisitos exigidos por el art. 7 Ley General de Seguridad Social se aplican al trabajador, es decir, al causante de estas prestaciones⁹⁶.

55. El problema jurídico que, en tales casos, se plantea, es que, para poder formalizar la solicitud de la pensión, la entidad gestora requiere el Libro de familia, acta del Registro Civil o documento extranjero equivalente debidamente legalizado o sellado, en su caso, y traducido, que acredite el matrimonio con el causante fallecido y el estado civil actual o el parentesco con los hijos⁹⁷. La legalización de estos matrimonios exige que el encargado del Registro Civil compruebe que la certificación matrimonial expedida en el extranjero se ajusta a la legalidad española⁹⁸. Puesto que en el caso del matrimonio poligámico esto no es así, lo que impide su reconocimiento e inscripción, para que tales matrimonios puedan desplegar algún tipo de efecto es imprescindible que se admita el funcionamiento de la cláusula del orden público atenuado⁹⁹.

56. En definitiva, para que los contrayentes de matrimonio poligámico puedan plantearse la solicitud de prestaciones al Sistema español de Seguridad Social, o bien solicitan pensiones de viudedad u orfandad, que no incorporan el requisito de nacionalidad y residencia en territorio español para sus beneficiarios, con el obstáculo del reconocimiento de la validez del documento extranjero acreditativo de la existencia de matrimonio, o bien las reclaman pero como meros poseedores de permiso de residencia y trabajo y no como miembros de la unidad familiar. Obviamente puede darse una tercera opción, cual es la de la entrada en territorio español en situación irregular. Pero, en tal caso, los derechos de protección social van a quedar reducidos al de asistencia sanitaria al ser la única prestación, dentro de los niveles no contributivos y asistenciales, que da cobertura a los inmigrantes irregulares¹⁰⁰, sin que podamos establecer ninguna diferencia respecto a cualquier otro ciudadano en tal situación.

VI. Efectos del matrimonio poligámico en el derecho a prestaciones de Seguridad Social

57. Una vez puesto de manifiesto que la poligamia, como tal, es una situación prohibida por considerarse contraria al orden público, pero con una posible vertiente de conexión con el orden público internacional atenuado en aras a la aplicación del art. 39 Constitución Española, y que puede llegar a tener incidencia dentro del territorio español, debemos analizar en qué sentido el Sistema español de Seguridad Social reconoce prestaciones sociales vinculadas a la previa concertación de un matrimonio. Y ello en aras a determinar posteriormente si, en tales casos, la poligamia va a impedir que tal reconocimiento se produzca o, al contrario, bien no va a tener efectos al tener las esposas su derecho propio intacto, bien va a entrar en juego la aplicación del orden público internacional atenuado, o bien se van a aplicar normas de derecho internacional que reconocen efectos válidos al matrimonio poligámico.

1. El matrimonio como institución generadora de prestaciones sociales

58. El ordenamiento jurídico español contempla en sus normas reguladoras del Sistema de Se-

⁹⁶ Según su apartado 1, se integran en el nivel contributivo “*los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España*”, si ejercen una actividad profesional.

⁹⁷ Según lo requerido en el modelo oficial de solicitud, disponible en www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28498#5157.

⁹⁸ Art. 65 Código Civil.

⁹⁹ Sobre el particular, M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, *op.cit.*, p. 74.

¹⁰⁰ Conforme a lo previsto en el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que modifica el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en virtud del cual “*Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española*”.

guridad Social un conjunto de prestaciones sociales que entran dentro de las categorizadas como “prestaciones familiares” del Sistema, cuyo reconocimiento y necesidad está avalado por la propia Carta Social Europea al determinar que *las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares*¹⁰¹. No están agrupadas como tales dentro de la Ley General de Seguridad Social, mantienen una regulación dispersa dentro de ella y en el conjunto de normas jurídicas aplicables, pero todas comparten una finalidad común cual es la especial atención al hecho familiar como generador de situaciones de necesidad protegidas. Dentro de esta categoría se sitúan, fundamentalmente, las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia materna, cuidado de menores con enfermedad grave, el cómputo de periodo cotizado por nacimiento o cuidado de hijo, las prestaciones por muerte y supervivencia de familiares (viudedad, orfandad y prestaciones a favor de familiares), determinados subsidios por desempleo que atienden a la responsabilidad familiar y las prestaciones familiares no contributivas por hijo a cargo¹⁰².

59. Por otra parte, el derecho a la prestación por asistencia sanitaria también tiene un componente relacionado con la protección a la familia, por cuanto la condición de beneficiario puede depender del hecho de tener un determinado vínculo familiar¹⁰³. Sin embargo, a nuestros efectos tiene poca incidencia, como anteriormente indicamos, puesto que tal derecho se ha extendido a los inmigrantes en situación irregular y puede adquirirse, de forma autónoma, en caso de realización de una actividad profesional.

60. El concepto de familia, tan complejo de delimitar habida cuenta de la amplitud del término y de la evolución que va experimentando con el paso del tiempo, sin lugar a dudas tiene como uno de sus ejes fundamentales (aunque no único, en ningún caso) al hecho de la existencia de una unión matrimonial. Sin embargo, el concepto de familia, a los efectos del Sistema de Seguridad Social, es mucho más amplio que el relacionado con las relaciones de convivencia derivadas del hecho matrimonial, y se protege, no sólo a los cónyuges, sino también a los hijos y otros parientes incluidos en la unidad económica de convivencia. Es más, podríamos afirmar que el matrimonio, como tal, es la situación relacionada con las relaciones familiares con una menor incidencia en materia de prestaciones en cuanto a ser determinante de las mismas.

61. Así, la “familia”, como circunstancia determinante del derecho a prestaciones, se define como una agrupación de personas que están unidas, bien por matrimonio, bien por otros vínculos de parentesco, bien por situaciones legalmente reconocidas de convivencia en un mismo domicilio (caso de las parejas de hecho), en la que se constituye una relación de solidaridad para la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus miembros con cargo a los recursos familiares y el cuidado de los que no tienen capacidad para mantener una existencia autónoma¹⁰⁴. Para el Sistema de Seguridad Social, precisamente lo relevante de esta institución es la situación de convivencia de todos los sujetos bajo el mismo techo y la dependencia económica entre todos ellos¹⁰⁵, más que el hecho matrimonial en sí como factor

¹⁰¹ Art. 16.

¹⁰² En relación a la regulación básica de todas ellas, debe atenderse al contenido de los arts. 177 a 192, 236 a 237, 274 y 351 a 362. Por todos los autores que las tratan conjuntamente, dentro de la categoría de “prestaciones familiares”, vid. C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003 y E. BLAZQUEZ AGUDO, *Las prestaciones familiares en el Sistema de la Seguridad Social*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

¹⁰³ Según lo previsto en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, del Sistema Nacional de Salud, art. 3.1, tienen la condición de beneficiarios, entre otros, los cónyuges, parejas de hecho o ex cónyuges del beneficiario y sus descendientes. Sobre el particular, J. A. MALDONADO MOLINA, “Familiares y protección sanitaria”, en AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, 2018, pp. 101 y ss.

¹⁰⁴ Partimos del concepto de C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 352. La misma autora, en p. 39, establece que las prestaciones sociales parten de un concepto de familia como “agrupación de personas unidas entre sí por matrimonio o parentesco que viven juntas y comparten un mismo patrimonio”.

¹⁰⁵ Siguiendo a E. BLAZQUEZ AGUDO, *Las prestaciones familiares en el Sistema de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 42 y ss., la noción estricta de familia sería “un conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco, lazos conyugales o similares, que conviven bajo el mismo techo, se interrelacionan económicamente, donde los miembros se reparten las tareas necesarias para la supervivencia de acuerdo con su capacidad y se protegen entre sí de acuerdo a sus necesidades”. En su opinión, los elementos básicos son: parentesco o relación similar, convivencia, unidad económica e interdependencia.

determinante de su existencia. Precisamente esta importante función social que cumple la familia, en cuanto sustentadora de las principales necesidades vitales de los miembros que la componen, va a ser el fundamento principal de su protección social¹⁰⁶ y, por supuesto, constitucional¹⁰⁷. Y si atendemos al contenido del bloque de prestaciones consideradas como “familiares” en el Sistema español de Seguridad Social, probablemente la circunstancia más relevante y más protegida va a ser el hecho de la maternidad y el tener hijos a cargo, siendo una obligación constitucional el protegerlos independientemente de su filiación o si son habidos fuera o dentro del matrimonio¹⁰⁸.

62. La poligamia es un hecho que tiene relación con la construcción de un modelo de familia y, por lo tanto, aun cuando no esté legalizada en caso de producirse va a tener un impacto directo en el bloque de prestaciones enunciadas. Y para determinar los términos en que dicho impacto puede producirse nos parece que hay un hecho diferenciador muy significativo, cual es la situación o no de residencia de la mujer solicitante dentro del territorio español, habida cuenta de que la ilegalidad de la poligamia va a impedir que el matrimonio sea el hecho determinante para la concesión de una prestación cuando ésta se hace depender del hecho de que el solicitante se encuentre en territorio español. Su impacto va a ser más cuestionable, sin embargo, cuando el solicitante siga viviendo al amparo del Estado que legaliza la situación de poligamia.

63. Por otra parte, otro factor determinante en la incidencia de la poligamia en el derecho a prestaciones va a ser, lógicamente, si el hecho matrimonial es determinante para su concesión o son otras relaciones familiares distintas las protegidas. Así, encontrándose la solicitante legalmente en territorio español, lógicamente sus posibilidades de acceso a prestaciones familiares desvinculadas de la existencia de unión matrimonial van a viables, pero no lo serán las que dependan de tal circunstancia de forma directa o indirecta. Y en este segundo supuesto se encuentra, de forma exclusiva, la pensión de viudedad pues, con anteriormente hemos afirmado, el matrimonio no tiene una gran relevancia como requisito determinante de prestaciones sociales. A mayor abundamiento, ni siquiera para esta prestación el hecho matrimonial es determinante, por cuanto también se reconoce cuando se cumplen los condicionantes legalmente establecidos para las parejas de hecho¹⁰⁹.

64. Como conclusión a lo expuesto, siendo la poligamia una situación que puede limitar el derecho a prestaciones si están relacionadas con la exigencia de vínculo matrimonial, su impacto se va a reducir, en principio, a la pensión de viudedad. Como a continuación determinaremos, las prestaciones relacionadas con el nacimiento de hijo no están, en ningún caso, vinculadas a la existencia de ser hijos nacidos en el seno del matrimonio y, por lo tanto, quedan al alcance de cualquier mujer en situación de residencia legal. Cuestión distinta son los problemas derivados del cumplimiento o no en España de tal requisito por la solicitante, y de los problemas que pueda acarrear la inexistencia de matrimonio en la acreditación de la carencia de rentas exigida por algunas prestaciones familiares.

2. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención depende del cumplimiento del requisito de la residencia

65. La obtención de los permisos de residencia y trabajo no está vinculada a la acreditación del estado civil del solicitante, por lo que es perfectamente viable que se pueda conceder a sujetos casados fuera del territorio español en régimen de poligamia. Una vez concedidos dichos permisos, podrán acce-

¹⁰⁶ R. AGUILERA IZQUIERDO, “Protección social de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Foro Nueva Época*, núm. 9, 2009, p. 65, determina que su función va a ser triple: conseguir una compensación de cargas y redistribución de la renta, influir en los comportamientos demográficos para eliminar las trabas a la maternidad y permitir la conciliación de la vida familiar y laboral.

¹⁰⁷ Según su art. 39.1 “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

¹⁰⁸ Art. 39. 2 y 3 “*Los poderes públicos aseguran, a si mismo, la protección integral de los hijos...con independencia de su filiación*” “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio*”.

¹⁰⁹ Art. 221. Ley General de Seguridad Social.

der a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social español en igualdad de condiciones que los trabajadores con nacionalidad española¹¹⁰. Dentro de ellas, el impacto diferencial que pueda tener el hecho de tener tal régimen matrimonial puede estar en la acreditación del requisito de la carencia de rentas en cuanto tiene en cuenta los ingresos de toda la unidad familiar, sin que en estos casos pueda formar parte de la misma el marido o, en caso contrario, todas las esposas.

66. Así pues, prestaciones como la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia materna y cuidado de menores con enfermedad grave, así como el cómputo del periodo cotizado por nacimiento o cuidado de hijo, van a ser reconocidas en territorio español una vez se acredite la filiación con el menor y si se cumplen los requisitos de alta y cotización.

67. Pero otras como las prestaciones no contributivas o los subsidios por desempleo vinculados a la existencia de responsabilidades familiares, exigen que se acredite la existencia de una situación de necesidad de económica, que se traduce en la exigencia al solicitante de no superar un límite de ingresos anuales en el seno de la unidad económica familiar. En caso de existir un matrimonio que no puede ser reconocido dentro de las fronteras españolas, la solicitante únicamente podrá integrar, como miembro de la unidad familiar, a sus parientes por consanguinidad hasta el segundo grado¹¹¹.

68. En conclusión, estando la solicitante en situación legal en territorio español no va a tener efectos la poligamia en su derecho a estas prestaciones, con la salvedad de que su unidad económica familiar, a efectos de acreditar carencia de rentas, no integrará a ningún cónyuge.

3. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención no se vincula al requisito de la residencia

69. Los beneficiarios de pensiones de viudedad y orfandad no tienen que cumplir con los requisitos relativos a nacionalidad y residencia que, en términos generales, exige el art. 7 Ley General de Seguridad Social, al no ser los trabajadores que generan el derecho a pensión y seguir siendo familiares de éstos independientemente de su lugar de origen y residencia. Particularmente en relación al derecho a la pensión de viudedad se ha generado una jurisprudencia muy significativa que analizaremos a continuación, pues incluso hay un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo cuyo contenido puede ser objeto de un análisis crítico.

A) El derecho a la pensión de viudedad

70. En relación al derecho a la pensión de viudedad de los contrayentes de un matrimonio polígamico podemos diferenciar entre los efectos que dicho matrimonio puede producir en el varón, en lo relativo a su posible condición de beneficiario respecto de sus esposas, y en las esposas, en lo relativo a su posible condición de múltiples beneficiarias respecto del varón.

71. Los efectos que pueda tener la situación de poligamia sobre los derechos a pensión de viudedad del varón en el Sistema español de Seguridad Social se limitan a la imposibilidad de percibir dos pensiones desde el momento en que tal situación no puede ser legalizada. Por lo tanto, sólo podría percibir una pensión de viudedad en caso de que se haya legalizado en España uno de los matrimonios, situación posible en tanto la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social permite la reagrupación de uno de los cónyuges.

¹¹⁰ Art. 14 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “*Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”.

¹¹¹ Según el art. 363.4 Ley General de Seguridad Social, a efectos de pensiones no contributivas, se tiene en cuenta la convivencia con personas unidad por matrimonio o lazos de parentesco consanguíneo hasta segundo grado.

72. Sin embargo, en lo referente a los derechos a pensión de viudedad que puedan tener diversas viudas de un mismo causante la norma jurídica no establece ningún criterio, lo cual es lógico teniendo en cuenta que es una situación constitutiva de delito. Por ello, la Ley General de Seguridad Social hace alusión, en singular, a que tiene derecho a pensión “*el cónyuge superviviente*”¹¹². Podríamos afirmar, por lo tanto, que la legislación española no contempla la posibilidad de poder abonar distintas pensiones a diversos beneficiarios, con la única excepción del reparto de la pensión previsto para los casos de separación, nulidad o divorcio que no suponen la existencia de varios cónyuges¹¹³. Esta situación únicamente se ve alterada por el confuso art. 23 que introduce el Convenio Hispano-Marroquí sobre Seguridad Social¹¹⁴, en virtud del cual “*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 dichas prestación*”. De forma similar, el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez determina, en su art. 24 denominado “pensión de viudedad compartida”, que “*En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales*”.

73. En este estado de cosas, los Tribunales son los que están modificando/interpretando el sentido de estos preceptos con la incorporación del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a diversas esposas en situaciones de matrimonio polígamico. Y tanto en caso de que, a la fecha del fallecimiento, subsistan todos los matrimonios, como en caso de que, habiendo existido una situación de poligamia, posteriormente se haya producido el divorcio de alguna de las esposas conforme a la legislación islámica. A continuación analizamos los argumentos en los que este reconocimiento se apoya, que no están exentos de posible crítica y difícil encaje para todas las situaciones de poligamia derivadas de la aplicación del derecho islámico.

a) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de subsistencia de todos los matrimonios

74. El principal referente jurídico que, actualmente, posee el Sistema español de Seguridad Social para determinar si hay derecho a pensión de viudedad para las diversas viudas sobrevivientes a un causante casado en régimen polígamico, se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018, dictada en Unificación de Doctrina por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Para efectuar un análisis de la misma aludiremos, en primer lugar, al sentido de las diversas resoluciones que, previamente, se han venido pronunciando sobre esta cuestión, posteriormente al supuesto de hecho que en ella se contempla y a los argumentos esgrimidos por el Tribunal para reconocer el derecho y, por último, a los problemas jurídicos principales que quedan planteados en virtud de su contenido.

a.1. Los antecedentes judiciales de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018

75. Ya se ha afirmado en diversas ocasiones, y el propio Tribunal Supremo lo indica en su sentencia, que antes de la misma los Tribunales Superiores de Justicia mantenían tres criterios diferentes en la resolución de la problemática analizada¹¹⁵: unas establecieron que sólo una de las cónyuges podía percibir la pensión, otras que todas eran beneficiarias en proporción al tiempo de convivencia, y otras que todas eran beneficiarias a partes iguales, con independencia de la fecha del matrimonio. Lógicamente, en cada caso los argumentos esgrimidos son diferentes, pero hay dos cuestiones que, entendemos,

¹¹² Art. 219.1.

¹¹³ Art. 220.

¹¹⁴ Firmado en Madrid a 8 de noviembre de 1979 y ratificado el 5 de julio de 1982.

¹¹⁵ Diversos autores han aludido a la triple corriente jurisprudencial, por todos M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Poligamia en Marruecos y Pensión de Viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, 2018, pp. 722 y ss. y M. GUTIERREZ PÉREZ, “La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018, pp.4 y ss.

tienen un carácter fundamental en las diferentes argumentaciones: la determinación del alcance del concepto de “orden público” y la interpretación del polémico art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social cuando establece que “*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*”. Por otra parte, y con independencia de lo previsto por las normas jurídicas que inciden en esta cuestión, también influye en el criterio a adoptar las graves consecuencias económicas y sociales que tiene para la mujer el hecho de no poder ser pensionista de viudedad, máxime cuando sus condiciones económicas y personales se presume que no van a ser las más adecuadas en países sometidos a la legislación islámica.

76. El grupo de sentencias que venían denegando el derecho a pensión de viudedad a más de un cónyuge mantienen unas argumentaciones que, generalmente, son comunes a todas ellas¹¹⁶. Como circunstancia determinante se parte de que los matrimonios posteriores al primero son nulos al ser contrarios al orden público español, de lo cual es demostrativo que, por una parte, la legislación española no permita reagrupar a más de un cónyuge y, por otra parte, que las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado impiden la inscripción en el Registro Civil de tales matrimonios¹¹⁷. Se utiliza, también, como argumento el contenido del Acuerdo de cooperación entre el Gobierno español y la Comisión Islámica de España, por cuanto se entiende que dicho acuerdo no permite la aplicación del derecho musulmán si es contrario a la Constitución Española, y que en él se diferencia, claramente, entre la conciencia del creyente en la fe musulmana y la condición de ciudadano del Estado, que obliga al cumplimiento de requisitos civiles. La doctrina más inflexible de estas resoluciones incluso llega a denegar el derecho al no considerar válido el matrimonio en el que se optó en su concertación por la posibilidad de poligamia, sin que ésta nunca llegara a ejercerse¹¹⁸.

77. En relación a las resoluciones que son favorables al reconocimiento de pensión de viudedad a todas las posibles beneficiarias, con un reparto proporcional de la pensión en función del tiempo de convivencia¹¹⁹, fundamentalmente centran sus consideraciones en dos argumentos jurídicos. En primer lugar, consideran que los vínculos matrimoniales contraídos son válidos conforme a lo previsto en el art. 49.2 Código Civil, que entienden es la vía aplicable para el reconocimiento del matrimonio celebrado entre extranjeros y ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, según su Ley personal¹²⁰. En segundo lugar, y para salvar la excepción prevista en el art. 12.3 Código Civil de conformidad con el orden público, se argumenta a favor de la aplicación de matizaciones o flexibilizaciones en el mismo (orden público atenuado) aun cuando éste implique la aplicación necesaria de normas de derecho interno cualquiera que sean los elementos extranjeros concurrentes¹²¹.

78. Sobre el criterio de reparto de la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia, lo que alegan los Tribunales es que es necesario hacer una aplicación analógica del antiguo art. 174.2 Ley General de Seguridad Social¹²², al no haber previsión al respecto. No se incorpora ninguna alusión, por lo tanto, al criterio que prevé el art. 23 del Convenio hispano-marroquí, lo cual es lógico teniendo en cuenta que los supuestos enjuiciados no se refieren a ciudadanas marroquíes.

¹¹⁶ STSJ Cataluña, 30 de junio de 2003, rec.2864/2002 (para una nacional de Gambia), 27 de febrero de 2018, rec. 6942/2017 (para una nacional de Gambia), 27 de septiembre de 2017, rec. 4088/2017 (para una nacional de Senegal), y 25 de abril de 2016, rec. 768/2016 (para una nacional de Gambia); Comunidad Valenciana, 6 de junio de 2005, rec. 1558/2005 (para una nacional de Méjico).

¹¹⁷ Por todas, Resoluciones de 14 de mayo de 2001, 3 de diciembre de 1996 y 8 de marzo de 1995.

¹¹⁸ STSJ Cataluña, 27 de septiembre de 2017, rec. 4088/2017 (para una nacional de Senegal).

¹¹⁹ STSJ Galicia, 2 de abril de 2002, rec. 4795/1998 (para una nacional de Senegal), y Voto Particular de la STSJ Cataluña, 30 de junio de 2003, rec. 2864/2002 (para una nacional de Gambia).

¹²⁰ Consideran que no hay en la normativa española un tratamiento expreso de tales matrimonios y que, por lo tanto, esta laguna legal hay que cubrirla integrando analógicamente este precepto.

¹²¹ Con cita de la STS 22 de noviembre de 2017, en la que se afirma que este concepto admite “inflexiones”.

¹²² Actual 220.

79. Por último, el grupo de resoluciones que también son favorables al reconocimiento de pensión de viudedad a todas las posibles beneficiarias, pero con un criterio de reparto basado en la igualdad entre todas las beneficiarias y no en proporción al tiempo de convivencia¹²³, apreciamos que incorporan una argumentación más débil por cuanto, haciendo referencia a la validez de los matrimonios contraídos de conformidad con el art. 49.2 Código Civil, nada establecen sobre su posible conculcación del orden público español. Además se aprecian varias incongruencias jurídicas pues, cuando se refieren a ciudadanas de países no marroquíes, no indican cual es el argumento jurídico sobre el cual se sustenta el criterio del reparto de la pensión por igual entre todas las beneficiarias, lo aplican sin más. Por otra parte, también se opta por este criterio en aplicación directa del contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, lo cual es lógico pues las resoluciones que aluden a él corresponden a ciudadanas marroquíes, pero no se hace referencia a los problemas jurídicos que éste plantea.

80. Esta situación era evidente que demandaba el pronunciamiento del Tribunal Supremo en Casación de Doctrina ante la ausencia de una modificación normativa que aclare, definitivamente, si las viudas tienen o no derecho a pensión y, en caso afirmativo, el criterio aplicable para su reparto entre ellas. Sobre todo porque, vistas las fechas de las resoluciones analizadas, no se ha producido una evolución cronológica desde la asimilación de alguno de los tres criterios hacia otro, sino que, en fechas recientes, han concurrido tanto sentencias denegatorias como favorables a la concesión del derecho. El estado de la cuestión, por lo tanto, estaba en el terreno de la mayor inseguridad jurídica para las potenciales beneficiarias.

a.2 El supuesto de hecho resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018

81. El Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017¹²⁴ admite a trámite el Recurso de Casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2016, desestimatoria del derecho a pensión de viudedad de una ciudadana del Sáhara casada en régimen de bigamia, que recurre la denegación en base a una posible vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley. Como sentencia de contraste se aporta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la misma Sala, de 21 de julio de 2016, en la que se reconoce la pensión a la primera esposa viuda del causante.

82. La situación de hecho enjuiciada es peculiar, y no directamente asimilable a las que venían siendo resueltas en resoluciones judiciales anteriores de los Tribunales Superiores de Justicia, por cuanto la pensión reconocida lo es en virtud de la Ley de Clases Pasivas del Estado¹²⁵, cuyo art. 38 establece que tendrá derecho a pensión de viudedad “*quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos*”. Es decir, en la misma línea que el art. 219.1 Ley General de Seguridad Social, el posible beneficiario de esta pensión se enuncia en modo singular cuando no se refiere a los supuestos en los que se han producido situaciones de crisis matrimonial (separación, divorcio o nulidad). En concreto, el sujeto causante de la pensión era un súbdito marroquí que sirvió como soldado en el Sáhara hasta el 31 de diciembre de 1959, y que generó derecho a pensión de retiro hasta la fecha de su fallecimiento, con cargo al erario público español y conforme a lo previsto en la citada norma. Y lo primero que debemos tener en consideración, aun cuando posteriormente volveremos a hacer alusión a esta cuestión, es que el Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, que sería directamente aplicable a este supuesto dada su fecha de ratificación, no incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos¹²⁶. Ello quiere decir “a priori” que sólo debería tenerse en cuenta,

¹²³ Juzgado de Lo Social de La Coruña, 13 de julio de 1998 (para una nacional de Senegal) y STSJ Andalucía, de 30 de enero de 2003, rec. 934/2002 (para una nacional de Marruecos), y 18 de junio de 2015, rec. 591/2015 (para una nacional de Marruecos).

¹²⁴ Rec. 98/2017.

¹²⁵ Cuyo Texto Refundido se aprueba por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

¹²⁶ En su art. 2.1 A) 2) extiende su ámbito a Agrario, Mar, Minería del Carbón, Trabajadores Ferroviarios, Empleado de Hogar, Autónomos, Representantes de comercio, Estudiantes, Artistas, Escritores de Libros y Toreros.

como normativa directamente aplicable para dilucidar el reconocimiento del derecho a pensión, el contenido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

83. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2016, argumenta la denegación del derecho a la pensión de viudedad en base a tres consideraciones principales. En primer lugar, que la situación de bigamia está prohibida por el Código Penal. En segundo lugar, que la Ley de Clases Pasivas, en su art. 38, sólo contempla situaciones de monogamia en el reconocimiento del derecho a pensión, al enunciar en singular a sus posibles beneficiarios. Por último, recoge la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la denegación de la nacionalidad española en caso de poligamia, en la cual se expresa la oposición de la poligamia con el orden público español, y determina que ésta supone una situación de desigualdad entre mujeres y hombres así como la sumisión de aquéllas a éstos. No se hace alusión, por lo tanto, a los precedentes existentes en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en las que sí se encontraron argumentos a favor de la concesión de la pensión. Y tampoco al contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, lógico teniendo en cuenta que, como hemos comentado anteriormente, éste no resulta aplicable al supuesto de hecho enjuiciado.

84. Curiosamente, sin embargo, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017 indica que, en el escrito que se interpone para solicitar el Recurso de Amparo ante el Tribunal Supremo, el principal argumento jurídico al que se alude es la vulneración del art. 96 Constitución Española por no haber sido aplicado, en la sentencia denegatoria, el art. 23 del Convenio hispano-marroquí. Así pues, en el Auto se indica que existe interés casacional para precisar las siguientes tres cuestiones:

- Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado.
- Si el art. 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos resulta aplicable a efectos de extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas casadas en situación de poligamia.
- En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión.

a.3. Los argumentos esgrimidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 para reconocer el derecho a la pensión de viudedad y su seguimiento por sentencias posteriores

85. El Tribunal Supremo determina que la viuda casada en situación de bigamia tiene derecho a pensión de viudedad y que su cuantía tiene que repartirse, a partes iguales, entre las dos beneficiarias de la pensión, en línea con uno de los tres criterios jurisprudenciales ya existentes y que han sido anteriormente analizados. Para responder a las tres cuestiones que se plantean en el Auto de 21 de marzo de 2017 el Tribunal argumenta en base al concepto de “orden público” aplicable y a la eficacia del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, convirtiéndose ambos argumentos en los dos principales factores a tener en cuenta. A nuestro juicio, y por las razones que posteriormente vamos a explicar, es la eficacia del citado art. 23 la que preside la mayor parte de su razonamiento.

86. Sobre el concepto de “orden público” como posible limitador del reconocimiento del derecho a pensión de viudedad a viudas casadas en régimen de poligamia, el Tribunal hace una determinación literal del mismo como “conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico”. Y, en conexión con la propia doctrina del Tribunal analizada en apartados anteriores conforme a la cual dichos principios derivan de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española, afirma que el art. 12.3 Código Civil, al recoger la excepción de orden público, lo hace atendiendo al sistema de valores constitucionales y recogidos en los Tratados Internacionales.

87. Pero, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que el art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social contemple la posibilidad de reconocer derecho a pensión en caso de coexistir

varias viudas ya implica que tal posibilidad no es contraria al orden público. Por lo tanto, considera que no es aplicable la excepción del art. 12.3 Código Civil dada la situación de tal Convenio en nuestro ordenamiento jurídico. Es muy destacable, por lo tanto, como el contenido de este Convenio incluso es determinante para valorar el alcance de lo que debe ser considerado como “orden público” dentro del territorio español.

88. Por otra parte, entiende el Tribunal Supremo que la doctrina por él establecida en relación a este concepto para denegar el reconocimiento de la nacionalidad española en casos de poligamia no es aplicable al supuesto planteado por atender a situaciones de hecho totalmente diferentes¹²⁷.

89. Sobre la eficacia del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social en el supuesto de hecho concreto que se plantea, el Tribunal Supremo entiende, como presupuesto de partida, que su remisión genérica “*conforme a la legislación marroquí*” implica la admisión de la posible existencia de múltiples beneficiarias de pensión de viudedad, por aplicación de la normativa del país en el cual se celebraron válidamente los matrimonios conforme a la Ley personal del causante. Así, afirma que la propia razón del precepto es la de dar cobertura limitada a todas ellas.

90. En segundo lugar, y ya atendiendo al que, a nuestro juicio, es el problema fundamental en relación a la eficacia del art. 23 del Convenio en este supuesto de hecho, cual la exclusión del mismo de los trabajadores integrados en Regímenes Especiales de Funcionarios en el Sistema español de Seguridad Social, su criterio es que no hay que hacer una aplicación directa de tal norma. Su virtualidad se determina en los siguientes términos que, por su relevancia, indicamos de forma literal: “lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España”. Así pues, afirma que, por vía interpretativa y aun cuando no sea un precepto directamente aplicable al caso enjuiciado, se puede ampliar la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad a la segunda y sucesivas esposas en caso de matrimonio poligámico válido conforme a la ley personal.

91. La última cuestión que es tratada por el Tribunal Supremo, y sobre la cual también se argumenta en base al contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí, se refiere al criterio a seguir para repartir la cuantía de la pensión de viudedad entre las distintas beneficiarias. Ya hemos analizado que las resoluciones judiciales precedentes oscilaban entre el reparto proporcional al tiempo de convivencia o igualitario. A juicio del Tribunal, y basándose en el criterio que está previsto en el citado precepto, el reparto debe hacerse por partes iguales entre todas las beneficiarias, habida cuenta de que no consta ninguna ruptura del vínculo matrimonial antes del fallecimiento del causante.

92. Esta doctrina ha sido seguida, en los mismos términos y para supuestos de hecho sustancialmente iguales, en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 8 de marzo de 2018¹²⁸ y de 15 de marzo de 2018¹²⁹. Y también por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 24 de mayo de 2018¹³⁰, en caso de matrimonio marroquí en el que es aplicable, no la Ley de Clases Pasivas, sino la Ley General de Seguridad Social.

93. Pero la “vis expansiva” de este criterio se pone singularmente de manifiesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13 de marzo de 2018¹³¹. Y ello porque el Tribunal reproduce su contenido y argumentaciones, pero para un supuesto de hecho en el cual el contenido

¹²⁷ Sobre el particular, E. LA SPINA, “Más allá del (ir)refutable nexos poligamia-desintegración social en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014.

¹²⁸ Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. 781/2016.

¹²⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. 885/2015.

¹³⁰ Sala de lo Social, rec. 1811/2017.

¹³¹ Sala de lo Social, rec. 368/2018.

del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social no es directamente aplicable al tratarse de un matrimonio poligámico celebrado en Gambia. Con ello se pone de manifiesto que el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo es particularmente importante, puesto que se está utilizando como criterio unificador de las distintas posturas jurisprudenciales anteriormente esgrimidas en todas las situaciones de matrimonio poligámico, sea cual sea el país que las permite. Y paradójicamente en base al contenido de un Convenio bilateral que, ni en su caso era directamente aplicable, ni en otros casos lo va a ser pues la ley personal de los contrayentes corresponde a países que no son Marruecos, como sucede en esta sentencia. Esta situación, sin duda carente de toda lógica jurídica, conduce a demandar una solución que provenga del propio ordenamiento jurídico español y que evite tal impacto de un Convenio bilateral.

a.4 Los argumentos esgrimidos por el Voto Particular de la sentencia de 24 de enero de 2018 para no reconocer el derecho a la pensión de viudedad

94. Tan cuestionable resolución, quizás más desde el punto de vista jurídico que desde la justicia material que preside el fondo de la misma, no podía dejar de tener un Voto Particular, en este caso firmado por dos Magistrados¹³². En general el Voto Particular lo que demanda es una aplicación no expansiva del Convenio hispano-marroquí sino restrictiva y limitada a los nacionales marroquíes y las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, y ello habida cuenta de que el Convenio no ha sido denunciado.

95. Así, el fondo del contenido del Voto Particular lo que manifiesta es una clara repulsa hacia la poligamia y una abierta consideración de que ésta es contraria al orden público al ser una forma matrimonial que se asienta sobre la base constitutiva de delito. Se apoya abiertamente en las resoluciones judiciales precedentes que venían denegando el derecho a pensión a las segundas y sucesivas viudas, entendiendo que el orden público sólo admite una interpretación restrictiva.

96. Por otra parte, en el Voto Particular se hace referencia a una cuestión importante y que enlaza con lo comentado en apartados anteriores sobre la fuerte inmigración que se está produciendo desde países islámicos. Así, se afirma que actualmente millones de personas que viven legalmente en España son procedentes de países de religión musulmana, siendo muy distinta la situación social al tiempo de firmarse el Convenio. Y por ello, se establece que es necesario posibilitar su integración. Ahora bien, a juicio de los Magistrados firmantes esto tiene como límites nuestra cultura y sistema de valores, que tienen su reflejo en el orden público constitucional protector de la dignidad de la mujer. Como inciso, no podemos dejar de comentar que quizás olvidan los Magistrados que, precisamente en base a esta dignidad, preocupa la situación de las viudas que podrían quedar absolutamente desprotegidas.

97. Afirman los Magistrados firmantes que con este pronunciamiento “se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad”. Y ciertamente no es la poligamia una situación compatible con la defensa de los derechos de la mujer que caracteriza al orden público actual, pero tampoco lo es potenciar su desprotección económica, máxime cuando ésta queda en manos del varón.

98. Por último, queremos destacar la “premonición” que realizan los Magistrados, la cual efectivamente se ha cumplido a tenor del contenido de las posteriores resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, anteriormente comentadas. Así, manifiestan su preocupación por que “dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables”. Efectivamente es lo que está sucediendo al generalizarse el criterio en los términos efectuados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que puede considerarse quizás más inaceptable por lo ya indicado en cuanto a que se extiende a un país que no es Marruecos.

¹³² Lo formula José Luis Requero Ibañez, al que se adhiere Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

a.5. Valoración crítica del contenido de las resoluciones judiciales analizadas

99. La argumentación de las resoluciones judiciales que deniegan el derecho a pensión de todas las viudas por razones de orden público puede ser refutada, aun cuando, efectivamente, la poligamia ya hemos indicado en epígrafes anteriores que es contraria al orden público por discriminatoria. Y ello porque, a nuestro juicio, también lo es el hecho de que las mujeres no puedan percibir viudedad y, de esta forma, quedar en situación de desamparo. En el caso de la poligamia, además, con el agravante de que es el varón el que puede decidir, en caso de reagrupamiento familiar, a cual de las cónyuges le causaría este perjuicio, lo cual también supone un gravísimo atentado contra el principio de igualdad de trato y no discriminación constitucionalmente reconocido y que, por lo tanto, forma parte del orden público español conforme al concepto de éste que contempla la jurisprudencia y que ya ha sido analizada¹³³.

100. Este supuesto, además, no nos parece que sea equiparable a otras situaciones como la imposibilidad de obtener la nacionalidad española, puesto que, en tal caso, derechos esenciales para la subsistencia digna del sujeto siguen estando en vigor.

101. En cuanto a la normativa que impide la reagrupación de más de un cónyuge, si bien es cierto que pone de manifiesto la repulsión que la poligamia produce en nuestro sistema de principios y valores jurídicos, ésta no es determinante en la resolución del problema jurídico planteado por cuanto los beneficiarios de las pensiones de viudedad no están obligados a residir en territorio español.

102. Así pues, estando en juego dos situaciones que pueden ser contrarias al orden público español, parece razonable optar por la protección de aquella que puede implicar la vulneración de derechos fundamentales y de la propia dignidad de la mujer¹³⁴. Y con ello también se daría cumplimiento a lo previsto en el Acuerdo de cooperación, en tanto éste lo que persigue es que la aplicación del derecho musulmán no suponga la trasgresión de derechos fundamentales. La protección de todas las viudas, desde nuestra consideración, no es tanto un apoyo a la institución de la poligamia como una defensa del derecho a la no discriminación de la mujer desde otra perspectiva¹³⁵. Dicha protección, además, no supone alterar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social, puesto que el gasto que a éste supone no se ve alterado¹³⁶.

103. Cuestión distinta es valorar la eficacia que la sentencia del Tribunal Supremo otorga al art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social para reconocer el derecho a pensión a todas las viudas. En primer lugar, hay que puntualizar que, a nuestro juicio, puede ser aceptable su contenido en lo que a dicho reconocimiento se refiere, pues de él deriva una justicia material y el evitar una

¹³³ Sin embargo, hay autores que argumentan únicamente a favor de la protección frente a la no discriminación negando efectos a la poligamia, vid. C. PÉREZ VAQUERO, "Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2015, p. 6. Siguiendo nuestra postura, por todos M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, "Poligamia en Marruecos y Pensión de Viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", op.cit., p. 723, M. LEMA TOMÉ, "Matrimonio polígamico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España", op.cit., p. 168 y A. FERNÁNDEZ-CORONADO, "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales", op.cit., p. 146.

¹³⁴ J. SOUTO PRIETO, "La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español", op.cit. p. 150.

¹³⁵ Hay distintas posturas doctrinales acerca de si la admisión del derecho a pensión de viudedad en caso de poligamia supone una admisión o apoyo implícito a ésta. Así, para M. T. DÍAZ AZNARTE, "Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?", *Actas del I Congreso Internacional sobre migraciones en Andalucía*, 2001, p. 769, es inaceptable otorgar efectos en el siglo XXI a la poligamia. Otros autores, sin embargo, afirman que no supone otorgarle efectos, vid. M. D. ORTIZ VIDAL, "El matrimonio polígamico y su eficacia jurídica en España: el esparado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad", op.cit., p. 77, y C. PÉREZ VAQUERO, "Las pensiones de la poligamia", *Derecho y cambio social*, núm. 19, 2009, p. 1, que califica de "sorprendente" dar efectos a la poligamia.

¹³⁶ Lo que la doctrina denomina no alterar el "orden público presupuestario". M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, "Poligamia en Marruecos y Pensión de Viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", op.cit., p. 723. O, como afirma J. SOUTO PRIETO, "La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español", op.cit. p.150, no perjudica ni al INSS ni a los particulares.

desigualdad de trato injustificable ante una situación de matrimonios válidamente celebrados conforme a la ley personal, discriminatoria incluso si la valoramos desde la óptica del ejercicio de los derechos de reunificación familiar que sólo pueden ser ejercidos por el varón. No creemos, además, que vaya en contra del contenido de la Ley General de Seguridad Social puesto que ésta no prohíbe el reparto entre todas las viudas, simplemente no contempla esta situación al estar la poligamia prohibida en el derecho español. De alguna manera, el Convenio suple esta laguna legal.

104. Pero lo que sí nos plantea dudas en cuanto a su viabilidad jurídica es la eficacia “expansiva” de su contenido fuera de su propio ámbito territorial y material de aplicación, por vía “interpretativa”. Si a las situaciones de poligamia les resulta de aplicación el Convenio hispano-marroquí Sobre Seguridad Social, tanto por los países como por los Regímenes de Seguridad Social implicados, atendiendo al contenido del art. 96 Constitución Española éste es norma directamente aplicable y, por lo tanto, habrá que proceder al reconocimiento de la pensión, salvado el obstáculo del orden público. Pero cuando, o bien la ley personal no procede de Marruecos, o bien la pensión la reconoce un Régimen no incluido en el Convenio (como sucede en el caso planteado ante el Tribunal Supremo), la solución adoptada por el Tribunal Supremo, siendo bienintencionada para no producir una injusta situación entre viudas en función de su país de origen, no deja de incorporar una dudosa técnica jurídica¹³⁷. Y ello porque el recurso a la vía interpretativa debería estar fundamentado sobre un concreto precepto jurídico, integrado en el ordenamiento jurídico español, cuya interpretación se cuestiona. Y ello no es posible puesto que no existe tal precepto que ofrezca una redacción poco clara, siendo el art. 219.1 Ley General Seguridad Social perfectamente inteligible, aun cuando no aplicable a situaciones como la analizada.

105. Así pues, la sentencia del Tribunal Supremo lo que ha provocado es que sea ineludible la necesidad de dar una solución legislativa a esta cuestión, sin provocar diferencias de trato en función del país de origen de las beneficiarias y protegiendo, tanto su ley personal, como su derecho a la dignidad y la igualdad. Otra cuestión derivada, que parece no tener una solución legal, es la de la escasa cuantía que la pensión de viudedad va a alcanzar al realizarse el reparto, lo que, en opinión de algún sector doctrinal, puede chocar con el principio de suficiencia de las pensiones¹³⁸. Y no la tiene porque el principio de suficiencia afecta a la cuantía de la pensión calculada que, por imperativo de la Ley General de Seguridad Social, es única y no equiparable a la pensión de orfandad que contempla múltiples beneficiarios. No parece aceptable, en ningún caso, la aplicación de las reglas de la orfandad a la viudedad cuando la situación que lo provocaría está tipificada como delito.

106. Como breve apunte al tratamiento que esta cuestión recibe en países de nuestro entorno, algunos autores ya han apuntado que en Francia, Portugal, Alemania y Bélgica se ha seguido un criterio similar al que se propone el Tribunal Supremo, por lo que parece que cuenta con cierto respaldo dentro de la Unión Europea que podría haber servido como aval al propio Tribunal Supremo para llegar a sus conclusiones¹³⁹.

¹³⁷ E. LÓPEZ TERRADA y A. MARTÍNEZ POZUELO, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, op.cit., p. 309, se cuestionan, precisamente, si es posible ampliar la interpretación del Tribunal a súbditos no marroquíes.

¹³⁸ M. T. DÍAZ AZNARTE, “Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?”, op. cit., p. 769.

¹³⁹ C. PÉREZ VAQUERO, “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea”, op.cit., pp. 4 y ss indica que en Francia hay dos situaciones en las que la segunda viuda tiene derecho a pensión: marido extranjero que se casa válidamente con dos compatriotas de su misma nacionalidad en su país de origen, y marido extranjero que se casa en Francia con una compatriota de su misma nacionalidad y con otra en su país de origen. En Portugal existe un Convenio bilateral con el mismo criterio que en España, así como en Alemania y Bélgica. En este último, el autor señala la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2009 en el que se declara la constitucionalidad de su Convenio bilateral de Seguridad Social con Marruecos en lo referente al reparto de la pensión de viudedad en casos de poligamia, que también se establece con Argelia y Túnez (sobre el particular, también E. LÓPEZ TERRADA y A. MARTÍNEZ POZUELO, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, op.cit., p. 308). Como excepción, en Italia se ha establecido de forma taxativa la limitación del cobro de la pensión de viudedad a un único cónyuge, vid. su Convenio de Seguridad Social con Túnez, de 7 de diciembre de 1984, art. 24.

107. Por otra parte, lo que no compartimos es el criterio de reparto utilizado por el Convenio y que avala la doctrina del Tribunal Supremo. A nuestro juicio, sin duda habría que modificarlo o, en todo caso, restringir su aplicación a las situaciones en las que ésta tiene efecto y no en todo caso (que es lo que consigue el Tribunal Supremo con su doctrina). Y ello porque no se entiende la diferencia de trato respecto de la solución ofrecida por nuestro ordenamiento jurídico para las situaciones de crisis matrimonial en el art. 220 Ley General Seguridad Social. El reparto proporcional se justifica porque, en función del tiempo durante el cual se ha convivido, la necesidad de mantener unos beneficios económicos se incrementa a mayor duración de éste. Y ello es igual tanto si la unión matrimonial se ha roto como si continúa vigente.

108. En definitiva, para disolver el extraño panorama jurídico que se ha creado por el juego de criterios establecidos en la norma, los convenios internacionales y la doctrina del Tribunal Supremo, en España no queda otro camino, en aras a la seguridad jurídica de las potenciales beneficiarias de pensión de viudedad, que el de modificar el contenido del art. 219 Ley General Seguridad Social¹⁴⁰. Y particularmente abogamos por mantener el derecho de todas las viudas a la pensión pero en base a un criterio análogo al existente para las situaciones de crisis matrimonial¹⁴¹.

b) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de divorcio respecto de una de las esposas

109. Sin que, en estos casos, exista un pronunciamiento concreto del Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia vienen reconociendo el derecho a pensión de viudedad, tanto al cónyuge superviviente como al ex cónyuge con el cual se celebró un matrimonio en situación de poligamia, sin que existan sentencias contradictorias.

110. En estos supuestos ya no sólo se plantea el hecho mismo de la poligamia como situación contraria al orden público, también hay que considerar que el divorcio en el derecho islámico puede tener su origen en otra situación igualmente contraria a los principios y valores que rigen los ordenamientos jurídicos europeos cual es el denominado “repudio”¹⁴². En estos casos, la consideración de la mujer queda en un papel particularmente denigrante e indigno, pues la ruptura matrimonial se produce a instancias del marido sin que las esposas tengan las mismas facilidades para poder romper unilateralmente su matrimonio al estar a expensas de que el marido les ceda tal derecho¹⁴³. De esta forma, éste puede libremente despojar a la que ha sido su cónyuge de sus derechos en materia de prestaciones sociales. Si a ello se une una particular situación de exclusión social de la mujer, al no tener recursos o una profesión concreta, el divorcio, en estos casos, acarrea graves consecuencias jurídicas, económicas y sociales¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Diversos autores también han apuntado la necesidad de un tratamiento normativo, por todos M. LEMA TOMÉ, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit., p. 167.

¹⁴¹ En este sentido, O. MOLINA HERMOSILLA, “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 298, 2001, p. 4.

¹⁴² Art. 78 y ss. Código de Familia marroquí. Para un análisis de su régimen jurídico, por todos A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAQUI y M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*. Volumen I, FIIAPP, 2009, pp. 136 y ss.

¹⁴³ Art. 89 Código de Familia. Antes de la aprobación de la nueva Mudawana la situación era todavía más denigrante para la mujer al no estarle permitida la resolución unilateral del matrimonio, pudiendo el marido disolver el matrimonio sin causa y sin apertura de procedimiento legal. Vid. M. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2014, pp. 11 y ss. Como explica M. D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, marzo 2018, pp. 146 y ss, el repudio es la forma más genuina en el derecho islámico de finalizar el matrimonio, siendo actualmente más garantista al estar supeditada su validez a la existencia de autorización judicial previa pero presentando una mera apariencia de igualdad.

¹⁴⁴ Como afirma, M. D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *ibidem*, p. 151, la indemnización prevista en el art. 84 del Código de Familia no permite a las ex esposas rehacer su vida si carecen de patrimonio propio.

111. Este es el principal argumento de los Tribunales Superiores de Justicia, en sus sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002¹⁴⁵, y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de abril de 2018¹⁴⁶, para reconocer el derecho a la pensión de viudedad, pues en los casos planteados el supuesto de hecho parte, precisamente, de esposas cuyos maridos se divorciaron bajo la figura del “repudio” marroquí. En la segunda de ellas, además, se da la circunstancia de que se indica, expresamente, que es una mujer sin profesión, solicitándose el divorcio retroactivo después de la consumación del matrimonio.

112. Pero, con carácter previo, habría que determinar (y en ello no entran las resoluciones citadas) si esta forma de divorcio tiene validez en el territorio español, es decir, si en él se considera que efectivamente el vínculo matrimonial se ha disuelto. A juicio de la doctrina¹⁴⁷, aun siendo el repudio en sí mismo atentatorio al principio de igualdad y no discriminación, hay tres circunstancias que juegan a favor de que sus efectos sean reconocidos por el orden público español. La primera de ellas es el hecho de que exista una intervención judicial en su tramitación, al depender su validez de la previa autorización judicial. La segunda de ellas es la obligatoria citación judicial a la esposa para garantizar sus derechos económicos. La tercera de ellas, a nuestro juicio la verdaderamente determinante, es el hecho de que sea la esposa la que tome la iniciativa de iniciar el procedimiento de reconocimiento del divorcio en España (*ex aequator*), pues pone de manifiesto su voluntad de que la ruptura matrimonial surta efectos¹⁴⁸. Negársela qué duda cabe la perjudica en todos los sentidos, de forma más grave en lo que se refiere a su dignidad personal.

113. La cuestión en la que se centran, fundamentalmente, las citadas sentencias, es en la determinación del reparto de la pensión que debe efectuarse entre las beneficiarias en estos casos, teniendo en cuenta que se unen dos circunstancias que hay que conjugar: el reparto igualitario que prevén los Convenios bilaterales de Seguridad Social de Marruecos y Túnez y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, y el reparto proporcional al tiempo de convivencia que prevé, en casos de crisis matrimonial, la Ley General de Seguridad Social¹⁴⁹. De hecho, en ambos casos la reclamación del derecho a pensión se argumenta sobre los arts. 22 y 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, cuyo art. 23 establece el derecho al reparto equitativo, y el art. 22 que el Estado contratante debe determinar el importe de la prestación según su legislación aplicable.

114. Ambas resoluciones judiciales optan por el criterio de aplicar, de forma conjunta, las previsiones normativas, de forma que el 50% inicialmente reconocido a cada esposa se minorará en proporción al tiempo de convivencia hasta la fecha de la ruptura matrimonial para aquella que esté divorciada a la fecha del fallecimiento. Según afirman los Tribunales, el art. 23 no implica una remisión en bloque al derecho islámico, debiendo interpretarse restrictivamente en lo que se refiere a posibles beneficiarias de la pensión, pero siendo aplicable la legislación española en lo relativo al modo de distribución de la pensión en los supuestos de crisis matrimonial. Se llega, con este criterio, a una solución de compromiso que intenta no vulnerar, ni lo previsto en el Convenio, ni lo establecido por el art. 220 Ley General de Seguridad Social.

115. Pero de fondo se está produciendo una incongruencia jurídica, que deriva de la propia complejidad que tiene el art. 23 del Convenio y que refuerza nuestra hipótesis de que es necesaria su modificación. Y es que la estricta aplicación de tal precepto obligaría a no reconocer ningún derecho a pensión a la esposa divorciada, puesto que así está previsto en la legislación marroquí a la que él mismo reenvía¹⁵⁰. Y estas resoluciones obvian esta cuestión, cogiendo de su contenido lo favorable a las esposas

¹⁴⁵ Rec. 3180/2002.

¹⁴⁶ Rec. 1147/2018.

¹⁴⁷ M. D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op.cit., pp. 153 y ss.

¹⁴⁸ En este sentido le reconoce efectos el Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998, exequatur núm. 1360/1997.

¹⁴⁹ Art. 220.

¹⁵⁰ Literalmente dice “entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias”.

pero no lo que las perjudica sin una argumentación jurídica consistente¹⁵¹. No queremos establecer que el resultado no sea justo, pues nos parece evidente que, si el divorcio tiene efectos legales en España, el ex cónyuge debe tener derecho a pensión. Pero es obvia la necesidad de no estar obligando a los Tribunales a modificar el sentido de las normas jurídicas aplicables para no crear perjuicios injustificados, por falta de una regulación legal coherente.

116. El propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid advierte en su resolución que es consciente de las dificultades que esta interpretación entraña, pero entiende que con ella se persigue la total desprotección del cónyuge divorciado. Probablemente es difícil establecer un criterio distinto si se parte de la validez del art. 23 del Convenio hispano-marroquí, como así se hace por el Tribunal Supremo para el reparto de pensión de viudedad en caso de beneficiarias con matrimonios subsistentes a la fecha del fallecimiento. Pero el problema que, sin duda, genera este criterio interpretativo, es la exigua cuantía que la pensión de viudedad va a alcanzar en estos casos, por lo que difícilmente va a darse cumplimiento a ese objetivo de evitar la desprotección total del cónyuge divorciado.

117. Por otra parte, nos cuestionamos cual será el criterio a tener en cuenta cuando no sea aplicable este Convenio por haberse contraído el matrimonio poligámico en un país diferente. Realmente, si se parte del presupuesto de dar validez al periodo durante el cual ha subsistido la situación de poligamia para generar derecho a pensión, es difícil encontrar otro criterio que sea justo para organizar el reparto de la pensión. Cuestión distinta es que se determine la invalidez de dicho periodo, en cuyo caso el derecho a pensión sería íntegro para la última esposa.

B) El derecho a las pensiones de orfandad

118. Cuando analizamos el derecho a pensiones de orfandad de todos los hijos que el causante pueda tener con todas las cónyuges supervivientes, si ha contraído matrimonio en régimen de poligamia, automáticamente emerge la aplicación de un principio reiteradamente aplicado por los Tribunales españoles cual es el del interés superior del menor. En esta misma línea, el Parlamento Europeo, en su respuesta a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella¹⁵², afirmó, en relación a la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

119. Pero, al margen de la aplicación de dicho principio, en relación a la pensión de orfandad la regulación contenida en la Ley General de Seguridad Social en relación a sus posibles beneficiarios puede ser aplicable a todos los hijos del sujeto causante. Así, el art. 224.1 Ley General de la Seguridad Social establece que “*Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación*”. Y el inciso de que sean beneficiarios “en régimen de igualdad” implica que es totalmente irrelevante para el Sistema de Seguridad Social español la naturaleza de la relación entre el causante y la progenitora de los menores. Es más, incluso en el caso de hijos provenientes de la concertación de un contrato de gestación subrogada fuera del territorio español, que son actualmente nulos en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵³, el Tribunal Supremo reconoce el derecho a prestaciones de Seguridad Social como la maternidad¹⁵⁴.

¹⁵¹ R. MARTÍN JIMÉNEZ, “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7119, 2002, p. 2.

¹⁵² E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

¹⁵³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 10: “*1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*”

¹⁵⁴ A pesar de la oposición del Tribunal Supremo a la inscripción registral de los menores. Resoluciones de 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015 y de 13 de marzo de 2018, rec. 2059/2016. Sobre esta cuestión, por todos I. ALZAGA RÚIZ, “Maternidad subrogada y prestaciones a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018.

120. A mayor abundamiento, de las pocas resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre esta cuestión es posible extraer la conclusión de que el derecho a pensión de orfandad de todos los hijos nacidos de un mismo causante, aun cuando hayan sido concebidos en régimen de poligamia, es incuestionable¹⁵⁵. Es más, el derecho a esta pensión los Tribunales lo hacen extensivo a su supuesto mucho más complejo por la dificultad para determinar la naturaleza de la filiación entre el causante y los menores, cual es el acogimiento de éstos siguiendo los postulados de la “Kafala” islámica, institución desconocida en el derecho de familia español¹⁵⁶.

121. Tampoco hay obstáculos a la extensión del derecho a la pensión de orfandad ni en el contenido del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social ni en el concertado con Túnez, pues únicamente incorporan matizaciones en relación a la pensión de viudedad, en los términos ya analizados. En otros países, como es el caso de Italia en el Convenio de Seguridad Social concertado con Túnez¹⁵⁷, cuando se ha querido limitar el número de menores con posible derecho a pensión se ha hecho de forma expresa. Así, este Convenio incluye una cuestionable limitación del derecho a cuatro menores¹⁵⁸.

VII. Reflexiones finales

122. La poligamia, como parte de las prácticas indirectas propias de la identidad islámica, puede ser limitada sin que se vea alterado el derecho a la libertad religiosa de la ciudadanía, y ello tiene respaldo en el derecho español internacional en defensa del orden público.

123. Siendo la poligamia una situación regulada por el derecho islámico, presupone una situación de desigualdad de trato para la mujer que tiene como punto de partida la particular asignación de roles matrimoniales que se derivan de la aplicación del derecho islámico.

124. La poligamia sigue teniendo presencia en el mundo musulmán, aun cuando su incidencia va en descenso. Sin embargo, el incremento de los movimientos migratorios entre los países islámicos y europeos provoca que se puedan plantear conflictos jurídicos derivados de su concurrencia, principalmente por el choque con el orden público sobre el que se apoyan los ordenamientos jurídicos no islámicos.

125. El concepto de orden público español tiene su fundamento en la defensa de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española. El concepto de orden público “atenuado” puede funcionar cuando la aplicación de una Ley extranjera no produce un daño sustancial a la sociedad y contribuye a restaurar la justicia material, aun cuando su contenido sea formalmente contrario al orden público. En este contexto, la poligamia es claramente contraria al orden público español por vulnerar, principalmente, el art. 14 Constitución Española, y también al orden público internacional. Sin embargo pueden plantearse situaciones, como es el derecho a la pensión de viudedad de las distintas cónyuges, en la cual la aplicación estricta de esta limitación conlleva que se produzca otra situación discriminatoria, cual es la desprotección y discriminación de las mujeres por la mera voluntad del cónyuge que decide a cuál de ellas va a reagrupar en territorio español. Por ello, no ya es que pueda entrar en juego el orden público “atenuado”, es que hay que defender la aplicación del art. 14 también desde esta perspectiva.

¹⁵⁵ El Juzgado de Lo Social de La Coruña, en su sentencia de 13 de julio de 1998, afirma expresamente que “acreditada la filiación de los solicitantes con el fallecido, reúnen los requisitos exigidos en el art. 175 LGSS”. Incluso puede deducirse que es el criterio seguido por el INSS. Así, el STSJ Cataluña, 25 de abril de 2016, indica en los antecedentes de hecho que, solicitada pensión de viudedad y orfandad por la demandante, la Resolución del INSS denegó únicamente la pensión de viudedad.

¹⁵⁶ No es directamente asimilable a la adopción, el acogimiento o la tutela, aun cuando tiene una finalidad similar: la educación y la protección de menores en situación de abandono. STSJ Madrid, 31 de enero de 2008, rec. 2423/2007. Vid. M. P. DIAGO DIAGO, “La kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2010, pp. 142 y ss.

¹⁵⁷ Ratificado por Ley 7-10-1986, n.735, firmado el 7 de diciembre de 1984.

¹⁵⁸ Art. 24.1: “*Le disposizioni del presente capitolo, relative al diritto alle prestazioni ai sensi della legislazione italiana a beneficio dei familiari residenti in Tunisia, comportano il versamento degli assegni familiari veri e propri, destinati alla moglie e ad un massimo di 4 figli, ad esclusione di qualsiasi maggiorazione*”.

126. La poligamia va a producir efectos en relación al derecho a prestaciones de Seguridad Social cuando, o bien se solicitan pensiones de viudedad y orfandad que no incorporan el requisito de nacionalidad y residencia en territorio español, o bien se reclaman como poseedores de permiso de residencia y trabajo, pero no integrados todos los cónyuges en la misma unidad familiar.

127. Los efectos de la poligamia en el derecho a prestaciones de Seguridad Social que exigen residencia en España son, en la actualidad, muy residuales. Así, las prestaciones relacionadas con el nacimiento de hijo no están vinculadas a la necesidad de que exista vínculo matrimonial, y están al alcance de cualquier mujer en situación de residencia legal. Únicamente quedaría más limitado el concepto de unidad familiar a los efectos de acreditación de la carencia de rentas.

128. Igualmente, la labor de los Tribunales ha determinado que la poligamia tampoco tenga efectos en relación al derecho a prestaciones que no exigen residencia en España, como son las pensiones de viudedad y orfandad. En este último caso, prácticamente es incuestionable que todos los hijos del causante puedan ser beneficiarios por igual, puesto que la propia Ley General de Seguridad Social lo admite, los Convenios bilaterales de Seguridad Social no lo impiden y prima, sobre todo, el interés superior de los menores.

129. En relación al derecho a la pensión de viudedad de todas las posibles cónyuges, la combinación entre la reciente doctrina permisiva del Tribunal Supremo y el contenido de los Convenios de Seguridad Social entre Marruecos, Túnez y España, aboca a un inevitable tratamiento normativo de esta cuestión. En primer lugar, para evitar que sea la cuestionable “vía interpretativa” del Tribunal Supremo la que permita percibir la pensión a nacionales de países que no sean Túnez o Marruecos, y sin distinción del Régimen de Seguridad Social que las conceda. Y ello en aras de la defensa de la igualdad de todas las contratantes, evitando que puedan verse discriminadas por el marido común, y al respeto a su Ley personal.

130. No resulta conforme al contenido de la Ley General de la Seguridad Social el contenido de los Convenios de Seguridad Social con Marruecos y Túnez, que deben ser modificados para, por una parte, establecer el criterio de reparto proporcional de la pensión de viudedad al igual que se hace en los casos de crisis matrimonial. Por otra parte, para que no exista un reenvío a la aplicación de la legislación marroquí en los casos en que se haya producido en divorcio de una de las cónyuges, pues ésta impide en tal caso el percibo de pensiones de viudedad.