Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante

Effectiveness of polygamous relationships in the social order: the right to a widow's pension of several spouses of the deceased

MERCEDES SOTO MOYA

Profesora de Derecho Internacional Privado,

Universidad de Granada

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2016.001

Bitácora Millennium, Nº 3 (enero-junio 2016)

Zaragoza, junio 2016

Editorial tirant lo blanch

Abstract

El presente trabajo analiza la eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social, en concreto, por lo que respecta al derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante. A pesar de la existencia de una tendencia jurisprudencial aperturista, no hay un criterio único, por lo que las soluciones oscilan desde la no concesión de la pensión hasta su concesión pero con diferentes repartos.

This paper analyzes effectiveness of polygamous relationships in the social order, in particular, as regards the right to a widow's pension of several spouses of the deceased. Despite the existence of an opening trend, there is not a sole criterion, so the jurisprudential solutions ranging from not granting the pension until his concession but with different deals.

Palabras clave: matrimonio poligámico, pensión de viudedad, orden público

Key words: *polygamous marriage, widowhood pension, public order*

Sumario

I. Poligamia y excepción de orden público internacional

II. Entrada y residencia legal en España de matrimonios poligámicos

III. La aperturista tendencia jurisprudencial de los Tribunales del orden social

IV. Denegación de la nacionalidad española en los supuestos de poligamia

V. Conclusiones

I. Poligamia y excepción de orden público internacional

La reciente Sentencia del TSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015, sobre concesión de la pensión de viudedad a varios cónyuges coetáneos del causante, plantea de nuevo un tema controvertido: el reconocimiento de ciertos efectos a los matrimonios poligámicos[1]. *A priori* puede parecer que es una materia privativa de ciertos ordenamientos jurídicos, que en nada afecta a nuestro país o a la UE[2]. Sin embargo, pronunciamientos judiciales como el mencionado ponen de manifiesto una realidad muy diferente. La pregunta surge inevitablemente: ¿cómo es posible que estando la bigamia tipificada como delito (art. 217 Código Penal) se le reconozcan determinados efectos en nuestro país?

Es obvio, que ni en España, ni en ningún Estado miembro de la UE es posible contraer un matrimonio poligámico ni tampoco inscribir el ya celebrado. En este sentido, tal como confirma la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN), en la práctica española no existen fisuras. Por un lado, se niega toda posibilidad de que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado[3]. Por

Fecha de recepción del original: 14 de diciembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de enero de 2016.

[1] TSJ Andalucía (Málaga) Sala de lo Social, sec. 1ª, de 18 de junio de 2015, resuelve el caso de un nacional marroquí casado con dos mujeres. En el momento de su fallecimiento la primera ya había muerto, y, tanto el causante como la segunda esposa habían adquirido la nacionalidad española. El cónyuge superviviente reclama la pensión de viudedad alegando que negársela supondría un claro trato discriminatorio y una desprotección económica, social y jurídica de la familia.

[2] Los diversos Códigos musulmanes regulan esta posibilidad aunque restringiéndola en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en Marruecos la poligamia, desde la reforma del Código de Familia Marroquí en el año 2004, ha adquirido un carácter cualificado y excepcional, y está sometida a control judicial (arts. 40-46). Aún así, la erradicación total del matrimonio poligámico todavía no se ha producido y en el año 2013 se celebraron en Marruecos 787, según los datos consultados en El País el 13 de mayo de 2015 (http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/13/actualidad/1431536861_167741.html, página consultada el 4 de diciembre de 2015).*Vid* DIAGO DIAGO, P., "La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado", *REDI*, núm. LVI, 2004, pp. 1078-1083; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "La réception du nouveau Code la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe", *Riv.dir.int.pr.proc*., núm. 3, 2004, pp. 877-900; ZEKRI, H., "El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes", *REDI*, 2004, núm. 1, vol. LVI, págs. 201-313. El único país musulmán en el que está prohibida la poligamia es Túnez. Así lo establece el art. 18.1 de Código del Estatuto personal.

[3] RDGRN de 4 junio 2001, de 14 de mayo de 2013, de 14 de diciembre de 2000 y 4-7a de diciembre de 2002, entre otras.

otro lado, se rechaza la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio poligámico contraído por aquél que haya adquirido la nacionalidad española[4]. Así, tanto los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero por extranjeros que después adquieren la nacionalidad española, como los concluidos por españoles con extranjeros según la *lex loci*, son ineficaces para el ordenamiento jurídico español[5]. El principal argumento esgrimido por la DGRN es que "las uniones poligámicas atentan contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio"[6]. En palabras del Tribunal Supremo: "la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español"[7]. Y es que la excepción de orden público, consagrada en el artículo 12.3 Código Civil (Cc), se utiliza como límite a la aplicación del Derecho extranjero y no solo en España. En los ordenamientos jurídicos de la Europa occidental existe un núcleo común de principios que pueden considerarse integrantes del concepto de orden público internacional de modo inequívoco[8]. La no discriminación por razón de sexo o de raza, la igualdad de los cónyuges ante la ley, la propiedad privada o el derecho a la herencia forman parte del concepto en todos los Estados europeos, y algo similar podría decirse del principio de la monogamia

[4] RDGRN de 10 de mayo de 2012, de 14 mayo 2001, de 4 diciembre 2003, de 22 octubre 2004, de 10 diciembre 2004, de 24 octubre 2005, de 26 octubre 2006.

[5] Hay ocasiones, no obstante, en que estos matrimonios no serían nulos, sino sólo "potencialmente poligámicos", esto es, celebrados conforme a una ley que admita la poligamia, siempre y cuando se trate del primer vínculo conyugal de ambos contrayentes. Las RDGRN de 25 de noviembre de 1998 y de 30 de octubre del mismo año declaran que "si el matrimonio se ha celebrado por dos guineanos libres para contraer matrimonio, no hay motivos de orden público para rechazar una forma matrimonial válida para ese Derecho, por más que, sin disolución del vínculo, los contrayentes puedan celebrar después matrimonio con otra persona distinta" Para un estudio de estos matrimonios *vid*. entre otros, DROZ, G., *Regards sur le droit international privé comparé, Rec. des. C.,* t. 229, 1991, pp. 148-150; "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)", *La multiculturalidad: especial referencia al islam,* Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 143-221, pp. 214-220. En Gran Bretaña, la Ley de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995 (*Private International (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, ha procedido a aceptar la validez de los matrimonios celebrados fuera del Reino Unido que, aún contraídos conforme a una ley que permita la poligamia, resulten ser monógamos en la práctica. *Vid*. un comentario en OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.,"Ley británica de DIPr de 8 de noviembre de 1995", *REDI*, 1996-2, pp. 340-342.

[6] Véanse las Resoluciones de la DGRN de 14 de mayo de 2013 y de 10 de mayo de 2012.

[7] STS de 14 de julio de 2009 (*Tol 1577605*).

[8] *Ad exemplum,* KARYDIS, G., "L´ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable", *Rev. trim. dr. eur.,* 2002, pp. 1-26 ;DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *RDP,* 1998, pp. 541-558, p. 551.

matrimonial[9]. Las razones fundamentales para que los Estados miembros puedan oponer la excepción de orden público a la celebración o inscripción de matrimonios poligámicos son, en primer lugar, que se vulneraría uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (el carácter monogámico del matrimonio)[10]. Y, en segundo lugar, que se conculcaría un principio fundamental internacionalmente reconocido: la igualdad entre hombres y mujeres [11]. Las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del menor, etc[12]. La poligamia es una institución que atenta contra estos valores fundamentales porque permite que el marido contraiga matrimonio con varias mujeres, posibilidad que está vedada a la mujer. Por tanto, cuando intervenga una autoridad española, afecte a un nacional español o se pretenda su inscripción en un

[9] *Vid.* en este sentido, ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A. y BONOMI, A., *Le droit musulman de la famille et des succesions à l´épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude e droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l´immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse),* Zurich, Schulthess Polygraohischer, 1999, p. 101. Algunos autores, con los que no estamos de acuerdo, han afirmado que la situación no es tan desconocida en los ordenamientos jurídicos occidentales, en tanto en cuanto, si bien es cierto que no tiene lugar como una situación de Derecho, sí tiene cabida como una situación de hecho, al admitir las uniones posteriores sin que esté disuelto el primer matrimonio. *Vid*. en este sentido, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., "La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", *Migraciones,* nº 8, 2006, pp. 9-84, p. 14; ESPINAR VICENTE, J.M., ("Sobre la urgente necesidad de reformar la institución jurídica del matrimonio", *AC,* núm. 19, de 5-11 de mayo de 2003, pp. 477-493, p. 484; *id. El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 26-27) afirma que el orden público resulta necesariamente relativo para aquellos sistemas que admiten la "poligamia sucesiva", y contemplan un régimen de relaciones patrimoniales que afecta a las relaciones de un sujeto con su cónyuge y otros eventuales ex cónyuges. Es lo que un sector doctrinal ha denominado "poligamia de facto".

[10] *Vid* CANEDO ARRILLAGA, M.P., "La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado", *Mundialización y Familia,* Colex, 2001, pp. 121-142, p. 137. Tal como afirma DIAZ AZNARTE, M. T.,:"se entiende que el bien jurídico protegido es el interés público en asegurar un determinado modelo de relaciones familiares, basado en el matrimonio monogámico",("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, 2011, pp 763-770, p. 765).

[11] A modo de ejemplo, el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, el art. 16 del Convenio de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[12] DIAGO DIAGO, M.P., "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado", *Revista AequAlitas*, nº 6, junio 2001, pp. 6-13, p. 6.

Registro español, el orden público podrá utilizarse para preservar la igualdad entre los cónyuges, la libertad para contraer matrimonio, la ausencia del impedimento de ligamen, etc; y la inscripción no será posible.

II. Entrada y residencia legal en España de matrimonios poligámicos

Ahora bien, aunque, tal como acabamos de analizar no se consienta la celebración de un matrimonio poligámico en nuestro país, ni tampoco el reconocimiento del ya celebrado en otro que sí lo permita, la convivencia en España sí es posible[13]. En efecto, la normativa de extranjería establece que: "en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial" (art. 17 LOE)[14]. Lo que preceptúa es que sólo se puede reagrupar un cónyuge, aunque no se indica que tenga que ser necesariamente el primero. Será el varón el que elija a la esposa que quiere reagrupar, situación paradójica por cuanto se rechaza la poligamia por vulnerar la igualdad entre hombres y mujeres[15]; pero se consolida la situación discriminatoria frente a la mujer, al otorgar al varón la potestad, con efectos jurídicos, de elegir entre las esposas. Para determinar la validez de la unión a efectos de entrada en España se estará a la ley del Estado de celebración, ya que, de lo contrario, no hubiese sido necesario introducir este precepto en la LOE. Si se declarara aplicable la ley del Estado de acogida, al no admitirse en España la celebración de matrimonios poligámicos, sólo el primero sería válido y, por tanto, sólo el primero sería "cónyuge", y no cualquiera de ellos. Partiendo de consideraciones de tipo exclusivamente jurídico, no habría impedimentos para que un ciudadano extranjero solicitase la reagrupación de más de un cónyuge, siempre que los vínculos estuvieran válidamente constituidos en el extranjero. Cabría interpretar, por tanto, que la regulación de la legislación de extranjería se justifica en una elección basada estrictamente en una opción de

[13] También se puede dar esta posibilidad en el resto de países de la UE, porque la Directiva 2003/86, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar establece que "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 del otro cónyuge" (art. 4). Lo que ocurre es que la Directiva no obliga a los Estados a permitir la reagrupación de la primera esposa, será cada Estado miembro el que decida. Así, por ejemplo, en Gran Bretaña sólo se permite la reagrupación de la primera esposa (*vid*. PRAKASH, A.S., "Attitudes to Polygamy in English Law", *ICLQ*, núm. 52, 2003, pp. 369-400).

[14] LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, por la LO 2/2009 de 13 de diciembre y por la LO 10/2011, de 27 de julio.

[15] Nos centramos en la poligamia porque la poliandria se practica en muy pocos territorios, como en las etnias tradicionales del Tíbet, o entre los *inuit*, o entre la etnia matriarcal de los *mosuo*, que habitan las provincias chinas de Yunnan y Sichuan.

política migratoria. La citada opción encontraría su fundamento en el deseo de limitar el cauce de la reagrupación, evitando que ésta se convierta en una vía excesivamente abierta de entrada de extranjeros en territorio comunitario[16].

No obstante, la norma de extranjería agota sus posibilidades cuando admite la convivencia del matrimonio polígamo en España. Y, quizás, en algún momento, pretendan el reconocimiento de determinados efectos de su unión, que ha sido válidamente constituida en el extranjero. No solo eso, este matrimonio ha tenido la posibilidad de entrar y residir legalmente en nuestro país. A estas uniones se les podrían reconocer efectos en el ámbito de los alimentos, sucesiones, responsabilidad civil, pensión de viudedad…etc[17]. En estos casos, la intervención de la excepción de orden público a la que hacíamos referencia *supra*, debería atenuarse, ya que la proximidad existente entre la relación contraria al orden público internacional y el ordenamiento del foro es menor[18]. Aquí, el reconocimiento del matrimonio opera únicamente como cuestión previa respecto a otra, y podría resultar suficiente que se constatase su existencia en un ordenamiento competente de acuerdo con nuestro sistema de DIPr para considerarlo eficaz[19]. Se trata de

[16] Para un comentario de el artículo 17 LOE véase, SOTO MOYA, M., "Reagrupación familiar", *Comentarios a la Ley de Extranjería y su Reglamento*, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp. 275-322; ABARCA JUNCO, A y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., "Art. 17. Familiares reagrupables", *Comentarios a la Ley de extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp.447-492; LAPIEDRA ALCAMÍ, R., "Derecho de los extranjeros a la reagrupación familiar", *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, coord. Isabel Reig Fabado, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 139-165; ARRESE IRIONDO, M.N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial Universidad País Vasco, Bilbao, 2011; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.,*La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

[17] Véanse a este respecto las consideraciones de FERNÁNDEZ ROZAS,J.C., "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 25, 2009, pp. 9-44, pp. 21-22.

[18] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO,M., "Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad", *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural,* Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-335. *Vid.* Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª) de 6 de abril de 2000 (*AEDIPR,* 2002, t. II, pp. 875-876), en la que el Tribunal afirma que el orden público "debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados".

[19] En este mismo sentido la Resolución de la novena comisión del Institut de Droit International, "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille", *Annuaire*, vol. 71, T. I, Sesión de Cracovia, 2005 (Rapporteur: P. Lagarde). La Resolución establece que los Estados no deben oponer el orden público al reconocimiento de la validez de uniones poligámicas celebradas en un Estado que admite la poligamia. No obstante, considera que esas uniones no tendrán que ser reconocidas si los dos esposos tenían su residencia habitual, en el momento de la celebración, en un Estado que no admite la poligamia, o si la primera esposa tiene la nacionalidad de un tal Estado o tiene allí su residencia habitual.

reconocer que éste cumple con las prescripciones legales del ordenamiento jurídico bajo el que tuvo lugar, lo que no significa necesariamente que reúna los requisitos necesarios para su reconocimiento en el foro[20].

III. La aperturista tendencia jurisprudencial de los Tribunales del orden social

Pues bien, precisamente este es uno de los argumentos esgrimidos por el TSJ de Andalucía en su Sentencia de 18 de junio de 2015 para conceder la pensión de viudedad a los diversos cónyuges (coetáneos) del causante[21]. En efecto, se señala en su Fundamento de Derecho segundo que: "una cosa es que para la legislación española sea nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o que se le niegue su acceso al Registro Civil con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial y otra, bien distinta, que a Dña. Paloma, de nacionalidad marroquí, casada en Marruecos por el rito musulmán, con

[20] Más posibilidades tiene de intervenir el orden público cuanto mayor es la vinculación de la relación jurídica con el foro (*Inlandsbeziehung*). Esta teoría fue expuesta en el siglo XX por KAHN, F., *Abhandlugen zum internationalen Privatrecht*, vol. I, 2ª ed, Munich, 1928. Según esta teoría, también denominada "orden público de proximidad", el orden público internacional sólo opera contra la aplicación de la ley extranjera si existe un vínculo con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Esta técnica comenzó a ser utilizada en Francia, a principios de la década de los sesenta, en relación con los matrimonios poligámicos regularmente celebrados en el extranjero. Una exposición de la jurisprudencia francesa sobre esta cuestión en CADET, F., *L´ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne,* Paris, L´Harmattan, 2005, p. 275-331. A estas uniones se le han reconocido efectos en el ámbito de los alimentos (Chemouni de la Cour de Cassation, de 28 de enero de 1958 (*Rev.crit.dr.int.pr. (*1958) p. 110) y de 19 de febrero de 1963 (*Rev.crit.dr.int.pr* (1963) p. 559), sucesiones (La sentencia de la Cour de Cassation de 3 de enero de 1980, en el asunto *Bendeddouche* (*Rev. crit. dr. int. pr*., 1980, p. 331). En el mismo sentido ha actuado la jurisprudencia inglesa, que ha reconocido ciertos efectos a los matrimonios poligámicos válidamente constituidos en el extranjero de acuerdo con la ley personal y la del lugar de celebración, en el ámbito de la legitimidad de los hijos (La sentencia de la Family División de 21 de octubre de 1971 en el caso *Hashmi v. Hashmi* (Clunet, 1980, p. 125), consideró legítimos los hijos nacidos de un matrimonio celebrado en Inglaterra entre un musulmán domiciliado en Pakistán y casado allí con una mujer, y una mujer domiciliada en Inglaterra, matrimonio nulo según la ley inglesa por impedimento de bigamia, pero válido según la ley pakistaní), así como respecto a los derechos sucesorios de éstos y de la viuda (Para un análisis de la jurisprudencia británica, véase PEARL, D. y MENSKI, W., *Muslim Family Law,* Sweet & Maxwell, Londres, 1998, pp. 273-279).

[21] Esta línea jurisprudencial no es, sin embargo, unívoca, y también hay pronunciamientos en contra de tal concesión. *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana núm. 1821/2005, Sala de lo social, sección 1ª de 6 de junio de 2005; STSJ de Cataluña, núm. 5255/2003, Sala de lo social, sección única, de 30 de julio de 2003. El argumento esgrimido es que la poligamia choca frontalmente con lo dictado en el artículo 12.3 Cc..... "A efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo...". *Quod nullum est, nullum effectum producit*. Y como consecuencia de todo esto otorgan la totalidad de la pensión a la primera esposa, dejando a la segunda sin nada, esgrimiendo que la poligamia atenta contra el principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

D. Martin, de nacionalidad marroquí de origen, no se le reconozca la condición de cónyuge legítima a la muerte de su esposo y, en consecuencia, la de beneficiaria de la pensión de viudedad (artículo 174 Ley General de la Seguridad Social)[22]". Esta aperturista tendencia de los tribunales del orden social comenzó con un pronunciamiento de 13 de julio de 1998[23]. En él, se admitieron ciertos efectos de un matrimonio poligámico en aras del establecimiento de la pensión de viudedad generada por el fallecimiento en accidente de tráfico de un ciudadano senegalés[24].

Una vez que el Tribunal se muestra favorable a la concesión de la pensión, el problema se plantea en la determinación de su porcentaje y cuantía. Existen distintos posicionamientos al respecto[25]. Una de las soluciones más habituales es el reparto de la pensión reconocida al cónyuge superviviente al 50% entre las dos

[22] *Real Decreto* Legislativo *8/2015*, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que entrará en vigor el 2 de enero de 2016. El artículo correspondiente a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente es el 219.

[23] Sentencia del Juzgado de lo social de La Coruña de 13 de julio de 1998, (Sentencia confirmada por la STSJ de Galicia, Sala de los social, núm. 899/2202, de 2 de abril de 2002). En el fundamento jurídico segundo de esta sentencia se afirma: "se discute la posibilidad de concesión de viudedad dada la existencia de dos viudas, legales según la legislación senegalesa, pero unidas en un matrimonio prohibido por la legislación española (....). En relación con la prestación de viudedad, el art. 174 LGSS la reconoce al cónyuge superviviente, lo que exige la existencia previa de un matrimonio legalmente celebrado, situación ya aclarada en el sentido de denegarse esta prestación a las parejas de hecho, precisamente por falta de matrimonio". El órgano jurisdiccional no exige que el matrimonio se haya celebrado al amparo de la legislación española, sino que, siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal en base a su propia legislación. Ello sucede en el supuesto de autos, en el que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio es perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros.*Vid.* comentario de VAL TENA, A. L., "Matrimonio polígamo y pensión de viudedad", *Revista AequAelitas,* núm. 10-11, 2002, pp. 68-70.

[24] En el mismo sentido la sentencias del TSJ de Madrid de 29 de julio de 2003, TSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2003, TSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003, del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005 o la STSJ de Canarias de 30 de octubre de 2013.

[25] Lo que, por ahora, nunca se ha concedido es la pensión íntegra a cada una de las viudas. *Ad exemplum*, TSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 2 abril 2002, FD 4º: "No cabe, sin embargo, la pretensión de las demandantes de que les sea reconocida a cada una viudedad "in integrum". La pensión múltiple autónoma e íntegra, no sería aceptable por contraponerse al principio de unidad de la pensión de viudedad y a la fijación con carácter general de topes máximos de la cuantía de las prestaciones para contener el gasto del sistema. *Vid*. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "Poligamia y pensión de viudedad: las soluciones jurisprudenciales a la luz de la reforma del art. 174 de la LGSS", *La reforma de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 73-87.

viudas del causante[26]. Otra es la distribución del importe de la prestación entre los distintos cónyuges proporcionalmente, en función del tiempo transcurrido para cada unión[27]. Estas dos soluciones que, *a priori,* podrían resultar igualmente válidas, no lo son en todos los casos. Cuando el causante sea de nacionalidad marroquí resultaría de aplicación el Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, firmado el 8 de noviembre de 1979 [28] . El artículo 23 del citado Convenio dispone que "la pensión de viudedad, será repartida por partes iguales entre quienes resulten, conforme a la legislación marroquí, ser beneficiarias de la prestación. Parece que la norma no admitiría interpretación posible". De hecho, existe un Criterio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social en los supuestos de prestaciones por muerte y supervivencia en el que se afirma que: "la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por parte iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a lo dispuesto en el art. 9 del Código civil, esposas legítimas, siempre que el marroquí esté o haya estado sujeto a la legislación de la Seguridad Social española"[29]. No obstante, hay asuntos en los que, a pesar de ser el causante un trabajador marroquí, no se ha procedido a un reparto del 50%, realizando una aplicación parcial del Convenio en aras de la "justicia material" del caso y se ha procedido al reparto proporcional de la pensión según el tiempo de convivencia, aplicando el artículo 174.2 LGSS[30]. Realmente no puede pensarse en una interpretación "forzada", teniendo en cuenta que el artículo 23 del Tratado debe ponerse en relación con el resto del texto bilateral. Así, compartimos la opinión de I. García Rodríguez, cuando advierte que en el artículo 22 cuando establece que las normas sobre la pensión de jubilación "se aplicarán por analogía a las prestaciones por supervivencia que hayan de concederse según las disposiciones del presente Convenio", se está considerando la aplicación de la ley de seguridad social de la entidad gestora que reconoce la prestación sin necesidad de computar el tiempo cotizado o asegurado en el sistema de seguridad social del

[26] Solución aplicada en las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 2 abril 2002, de Andalucía, Málaga, núm. 159/2003 (Sala de lo Social), de 30 enero de 2003.

[27] Para un análisis de la jurisprudencia relativa a los diferentes repartos de la pensión de viudedad véase, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., "Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual", *Aranzadi Social*, nº 5, 2005, pp. 1161-1190.

[28] BOE Núm. 159, de 5 de julio de 1982.

[29] Criterio refundido III/4/25, antiguo núm. 370, Vol. abril-mayo 1988.

[30] En ocasiones se ha considerado, que la expresión "conforme a la legislación marroquí" sólo aludiría a la situación de poligamia del causante, siendo aplicable en cuanto a la determinación de la cuantía la regla del art. 174.2. LGSS (STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002). (A partir del 2 de enero de 2016 el artículo 219).

otro Estado contratante[31]. Siguiendo esta línea doctrinal, sería factible el reparto proporcional en todos los casos, aún cuando fuese de aplicación el Convenio hispano-marroquí.

IV. Denegación de la nacionalidad española en los supuestos de poligamia

Hasta el 15 de octubre de 2015, la denegación de la nacionalidad española por residencia en los supuestos de poligamia no se basaba en el orden público, sino en la "falta de integración en la sociedad española", requisito *sine qua non* para su adquisición por esta vía. La jurisprudencia justificaba la denegación: "por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico (...) no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monógama, y además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal – artículo 46.2. del Código Civil -, por lo que hay que concluir que tal decisión resulta correcta en cuanto interpreta de una manera razonable la norma en que se establece"[32].

A partir de la fecha antes mencionada, este requisito parece que se subsana con la superación de dos pruebas diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes. En primer lugar, los solicitantes nacionales de países o territorios en los que el español no sea idioma oficial deberán acreditar un dominio del español mediante la obtención de un diploma de español DELE nivel A2 o superior, en segundo lugar, deberán de superar el exámen CCSE (Conocimientos Constitucionales y Socioculturales de España)[33]. Por tanto, al polígamo no podrá denegársele la

[31] Para un análisis exhaustivo de esta interpretación véase GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "Nota a la STSJ de Madrid, núm. 456/2002, Sala de lo Social, sección 4ª, de 29 de julio de 2002", *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 450-462.

[32] *Vid*. por todas SAN, Sala de los Contencioso, de 16 de diciembre de 2014. Aún así hay supuestos, como el juzgado en la STJ de Andalucía de de 2015, en los que el marido polígamo consigue adquirir la nacionalidad española, seguramente por medio de fraude, engaño u ocultación de su situación de polígamo.

[33] Leyes 12/2015, de 24 de junio, para la concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (BOE núm 151, de 25 de junio de 2015) y 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015).

nacionalidad española por "falta de integración en la sociedad española", si acredita los dos requisitos mencionados. En nuestra opinión, la única manera de no conceder la nacionalidad española será que de la documentación aportada se derive la situación de poligamia, y se deniegue por orden público, recurso al que pueden acudir las autoridades siempre que tengan que aplicar una legislación extranjera que consideren contraria a aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro ordenamiento jurídico.

V. Conclusiones

1. No cabe duda que la poligamia es una de las instituciones del Derecho islámico que más directamente contrasta con los principios y valores de los ordenamientos europeos[34]. Razones como la presión del mundo occidental, la mejor posición y educación de la mujer, y el aumento de los conflictos familiares en materia sucesoria han contribuido a dicha visión. Por este motivo hay numerosos ámbitos en los que las autoridades españolas hacen uso de la excepción de orden público. Por ejemplo, como se ha analizado, para evitar la celebración de un matrimonio poligámico en nuestro país o la inscripción del ya contraído en otro que sí lo permita. También habrá de recurrirse a esta excepción para denegar la adquisición de la nacionalidad española por residencia en los supuestos de poligamia.

2. En cambio, si lo que se pretende es solo el reconocimiento de ciertos efectos a una unión válidamente constituida en el Estado de celebración, debería actuar la excepción de orden público atenuado. Esta tendencia jurisprudencial se va consolidando en España, sobre todo en el orden social que, tal como señala P. Juárez Pérez: "ostenta el mérito de haber emitido decisiones pioneras en la senda del reconocimiento de ciertos efectos legales a la poligamia, rompiendo con ellas el monolítico rechazo que hacia esta institución venían manifestando todos los órdenes jurisdiccionales"[35].

3. A pesar de esta tendencia aperturista, todavía no hay una línea jurisprudencial única, y, las soluciones oscilan, como se ha analizado, desde la no concesión de la pensión hasta su concesión pero con diferentes repartos. Creemos que después de casi dieciocho años desde que se falló por primera vez sobre el derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante, ya es momento de que se pronuncie el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, recurso de casación que

[34] MOTILLA, A y LORENZO, P., *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español,* Madrid, Colex, 2002, p. 142.

[35] JUÁREZ PÉREZ, P., "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?", *REEI*, núm. 23, 2012.

como se sabe, tiene encomendada en el orden social la función de impedir que las veintiuna Salas de lo Social de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia interpreten y apliquen la ley desigualmente. Hasta que ese momento llegue, abogamos por el reconocimiento y liquidación de las pensiones de viudedad en los supuestos en que el causante es un extranjero que hubiera celebrado varios matrimonios polígamos en su Estado de origen con un reparto proporcional en todos los casos, incluso cuando resulte de aplicación el Convenio hispano–marroquí sobre Seguridad Social.