

El matrimonio polígamo y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad

María Dolores Ortiz Vidal

*Doctora en Derecho. Profesora contratada en el área de Derecho Internacional Público.
Universidad de Murcia*

EXTRACTO

La constatación de una situación de poligamia en España no impide, por razones de orden público, que los tribunales sociales españoles reconozcan a favor de todas las esposas, que de acuerdo con su ley personal estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español, el derecho a una pensión de viudedad. El importe de la pensión de viudedad se distribuirá, por partes iguales, entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

Palabras clave: matrimonio polígamo; pensión de viudedad; orden público internacional.

Fecha de entrada: 18-03-2018 / Fecha de revisión: 02-05-2018 / Fecha de aceptación: 03-05-2018

Polygamous marriage and its legal effectiveness in Spain: the awaited Supreme Court Judgement of survivor's pension

María Dolores Ortiz Vidal

ABSTRACT

The existence of a polygamous marriage in Spain does not prevent, for reasons of public order, which the Spanish Social Courts recognize in favour of all the wives who, according to their personal Law, were simultaneously married to the percipient of a pension charged to the Spanish State, the right to a survivor's pension. The amount of the survivor's pension will be distributed, in equal parts, among widows who have been simultaneously married to the same deceased.

Keywords: polygamous marriage; survivor's pension; international public policy.

Sumario

1. Introducción. El matrimonio en el islam y en la sociedad occidental actual
 2. Poligamia y derecho internacional privado español
 - 2.1. La imposible celebración de un matrimonio poligámico en España: la activación de la cláusula de orden público internacional español
 - 2.2. El matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero: orden público internacional español «atenuado»
 3. Poligamia y derecho a la pensión de viudedad
 - 3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018: el derecho de dos viudas de un soldado marroquí polígamo, que sirvió al ejército español, a compartir la pensión de viudedad
 - 3.2. Criterio para ser beneficiario de la pensión de viudedad con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español: el concepto de «matrimonio legítimo»
 - 3.3. Criterio para ser beneficiario de la pensión de viudedad con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español: el concepto de «cónyuge legítimo»
 4. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Ortiz Vidal, M. D. (2018). El matrimonio polígamo y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad. *RTSS.CEF*, 424, 65-88.

1. INTRODUCCIÓN. EL MATRIMONIO EN EL ISLAM Y EN LA SOCIEDAD OCCIDENTAL ACTUAL

En la actualidad, la sociedad occidental y, en particular, la sociedad de la Unión Europea del siglo XXI se caracteriza por presentar una muy notable variedad étnica, social y religiosa. Esta situación tiene como resultado la convivencia, en Europa, entre sujetos de cultura occidental e inmigrantes procedentes de países cada vez más lejanos y cada vez más distintos desde el punto de vista cultural. En este sentido, la sociedad europea actual presenta un grado de diversificación muy elevado, en cuyo seno coexisten sujetos con rasgos culturales propios y creencias ideológicas y religiosas muy distintas (Esplugues, 2002).

En este contexto, las instituciones jurídicas islámicas, que pueden resultarnos sorprendentes en la sociedad occidental, son objeto de una exhaustiva regulación en derecho islámico y, desde este, dichas instituciones encuentran justificación, unas veces por causa de religión y otras veces por su estructura social (Diago, 2001, p. 7).

A ello hay que añadir que la realidad migratoria pone de manifiesto que entre Europa y el norte de África es donde se producen algunos de los flujos migratorios más significativos. Según los datos oficiales difundidos con fecha 30 de junio de 2017 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor es de 5.131.591. En particular, Marruecos mantiene la segunda posición en cuanto a residentes en España en Régimen General, cuyo número asciende a 760.702¹.

Por esta razón, como consecuencia del gran número de musulmanes nacionales de Estados islámicos en España y Europa, en la actualidad resulta posible encontrar fenómenos jurídicos ajenos a la cultura jurídica tradicional española y europea, como sucede con la institución jurídica de la poligamia.

De todo lo anterior puede desprenderse que la realidad indica que, en la sociedad actual, concurren diversos «modelos de familia» (Montoro y Elzo, 2007). En el derecho occidental, la finalidad de los modelos de familia más modernos es garantizar la mejor realización del derecho al desarrollo de la libre personalidad de los particulares. En la sociedad islámica, los emigrantes

¹ Las cifras indicadas en el texto del cuerpo del trabajo han sido extraídas de la web oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201706/Residentes_Principales_Resultados_30062017.pdf> (consultado el 18 de marzo 2018).

del Magreb proceden de Estados confesionales cuya sociedad opera sobre esquemas religiosos rígidos y excluyentes (Ortiz, 2014). Los creyentes en la fe del islam utilizan la religión para orientar cualquier aspecto de su vida: personal, político, económico o cultural (Combalía, 2001, p. 15). A ello hay que añadir que el derecho de familia y, en particular, el matrimonio, también se regula en las fuentes legislativas más modernas, tales como los códigos de familia, que se inspiran en los criterios tradicionales.

En concreto, el derecho musulmán establece que el varón musulmán que tenga medios económicos suficientes contraerá matrimonio con una mujer porque esta es la vía legítima para tener descendencia (Giménez, 2004). Ahora bien, el derecho matrimonial musulmán considera el matrimonio como un contrato válidamente celebrado entre un hombre y una mujer que se perfecciona con el acuerdo de las partes. En efecto, todas las escuelas jurídicas del islam coinciden en que el matrimonio tiene lugar mediante la celebración de un contrato. El matrimonio se contrae, normalmente, con el ofrecimiento de matrimonio (*ijāb*) hecho por la novia o, en su caso, por su representante (*nā'ib*) o tutor (*wakīl*) y la correspondiente aceptación (*qabūl*) realizada por el novio o, en su caso, por su representante. En el contrato de matrimonio los esposos pueden incluir, dentro del marco de libre disposición de las partes, las cláusulas que tengan por convenientes, siempre que respeten la *sharía* (Quiñones, 2000, p. 70).

En particular, el Código de Familia marroquí, contenido en el *Dahir* número 1-04-22 del 12 del mes de *Du al-Hiyya* del año 1424 (3 de febrero de 2004) por el que se promulga la Ley 70-03, relativa al Código de Familia de Marruecos *Al Mudawana*, permite la poligamia². Esta aceptación de la institución jurídica de la poligamia por parte del derecho marroquí es coherente con el Corán, que dispone:

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 (Corán 4, 3).

De lo anterior puede desprenderse que la primera parte de la aleya declara lícita la poligamia en el derecho islámico, eso sí, restringida a la modalidad de poliginia. La poliandria está prohibida en el islam. Ahora bien, la segunda parte de la aleya condiciona la posibilidad de que un hombre pueda contraer matrimonio con dos, tres o cuatro esposas a que este obre con justicia, tratándolas a todas de manera equitativa. En este sentido se ha pronunciado, asimismo, el Código de Familia marroquí, que admite la poligamia pero solo en casos excepcionales (Esteban, 2009).

En Marruecos se prohíbe la poligamia si el hecho de que el marido contraiga segundo o ulterior matrimonio ocasiona una injusticia entre las esposas, que deben ser tratadas de igual

² Boletín Oficial número 5.184, de fecha 5 de febrero de 2004.

manera, tal y como señala el Corán. Además, tampoco cabe la poligamia si la esposa ha incorporado una cláusula a su contrato de matrimonio por la que el marido se compromete a no tomar una segunda o ulterior mujer (art. 40 Código de Familia marroquí).

En concreto, si no se ha pactado en el contrato de matrimonio la prohibición de la poligamia, el esposo solo podrá contraer matrimonio con una segunda o ulterior mujer si presenta una solicitud ante un tribunal y este le autoriza. La solicitud debe ir acompañada de una declaración sobre la situación económica del peticionario y tiene que enumerar los motivos objetivos y excepcionales que justifican, en el caso concreto, que pueda contraer segundo o ulterior matrimonio (art. 42 Código de Familia marroquí). Sirva como ejemplo, entre otras razones, que la esposa fuera estéril (Maíllo, 2005, p. 282).

En el supuesto de que el tribunal autorice la poligamia, solo puede concluirse el acta de matrimonio, con la mujer con la que se pretende contraer matrimonio, después de que haya sido informada por el tribunal de que quien se quiere casar con ella está ya casado con otra mujer y ella exprese su consentimiento (art. 46 Código de Familia marroquí).

En consecuencia, el Código de Familia marroquí establece importantes restricciones a la posibilidad de que un hombre pueda contraer matrimonio con varias esposas, tal y como ha sido puesto de relieve con anterioridad. Entre ellas, cabe citar la obligación de respetar escrupulosamente la igualdad de trato entre las mujeres, el deber de información hacia la esposa actual y la futura y la autorización judicial para contraer matrimonio poligámico. Ello otorga a la poligamia regulada en el Derecho marroquí un carácter cualificado y excepcional, sometido a control judicial (Diago, 2004).

Ahora bien, a pesar de que el Derecho marroquí solo admite la poligamia en supuestos excepcionales, esta figura no constituye en absoluto un fenómeno aislado. Es más, dado el elevado número de inmigrantes marroquíes en España, es frecuente que se plantee ante los juzgados y tribunales españoles si la poligamia, aun siendo una institución jurídica prohibida en nuestro país, puede producir efectos legales en el mismo. En lo que interesa al presente trabajo, se aborda la cuestión de determinar si todas las esposas que de acuerdo con su ley personal estuvieran casadas con el causante receptor de una pensión con cargo al Estado español tienen derecho a una pensión de viudedad.

2. POLIGAMIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

El tratamiento jurídico del matrimonio poligámico en el derecho internacional privado español permite diferenciar dos supuestos: el matrimonio poligámico que pretende celebrarse en España y el matrimonio poligámico que se ha celebrado válidamente en el extranjero y persigue generar efectos jurídicos en nuestro país.

2.1. LA IMPOSIBLE CELEBRACIÓN DE UN MATRIMONIO POLIGÁMICO EN ESPAÑA: LA ACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

En el ordenamiento jurídico español no existe una única norma de derecho internacional privado que resulte aplicable a la válida celebración de un matrimonio internacional. Por tanto, en los casos internacionales, la válida celebración del matrimonio en España queda sometida al control de la ley aplicable a la capacidad y al consentimiento matrimonial (art. 9.1 Código Civil –CC–), así como a la forma en la que el matrimonio se ha celebrado (arts. 49 y 50 CC).

En concreto, en el ordenamiento jurídico español, la capacidad matrimonial se determina con arreglo a la ley personal de cada contrayente en el momento de la celebración del matrimonio (art. 9.1 CC). Esto es, la capacidad nupcial se fija de conformidad con lo establecido en la ley del país del que es nacional el contrayente, en el momento en que se celebre el matrimonio.

Por tanto, la capacidad matrimonial de un nacional marroquí que pretende contraer matrimonio en España se determina de acuerdo con lo dispuesto en la ley sustantiva marroquí. El Código de Familia marroquí permite, excepcionalmente, que el sujeto marroquí pueda casarse con dos, tres o cuatro mujeres, sin que exista obligación de disolver los anteriores matrimonios, tal y como se puso de manifiesto en el epígrafe correspondiente (*vid.* arts. 40 a 46 Código de Familia marroquí).

El matrimonio polígamico es una de las singularidades que derivan del islam que más directamente contrastan con los principios y valores de los ordenamientos jurídicos de occidente (Lacaba, 2008, p. 5). La afirmación anterior encuentra fundamentación, principalmente, en dos pilares: el primero es que el ordenamiento jurídico español se sustenta sobre la monogamia (arts. 46.2.º y 73.2.º CC). Prueba de ello es que España tipifica la poligamia como delito, castigando al que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, con la pena de prisión de seis meses a un año (art. 217 Código Penal).

El segundo pilar –complementario al primero– es que, en este caso, la poligamia presupone la desigualdad entre hombre y mujer por razón de sexo. El derecho marroquí solo prevé la modalidad de poliginia, prohibiendo la poliandria. Por tanto, no permite que una mujer pueda contraer matrimonio con dos o más hombres.

En este contexto, se vulnera el principio de igualdad entre hombre y mujer. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de todos los Derechos Humanos es uno de los principios fundamentales reconocidos por el derecho internacional.

Sirva como ejemplo, entre otros, la Carta de Naciones Unidas, cuyo primer artículo se refiere expresamente al respeto al principio de la igualdad de derechos entre hombre y mujer³. En

³ BOE número 275, de 16 de noviembre de 1990.

concreto, en relación con la institución jurídica del matrimonio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia⁴. Para ello, disfrutará de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (art. 16.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En el mismo sentido, se expresan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ –cuyo art. 23.4 señala que los Estados partes 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–, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ –siendo su art. quinto el que indica que los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución– y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ –cuyo art. 3 establece que la mujer y el hombre deben disfrutar de los derechos enunciados en el mismo en pie de igualdad–.

A ello hay que añadir que, además, la poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Desde este postulado, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, expresamente, que la poligamia puede tener consecuencias emocionales y económicas tan graves para ella que debe desalentarse y prohibirse⁸. Así lo reitera el Comité de los Derechos Humanos en su observación general número 28, en la que advierte que la poligamia «debe ser definitivamente abolida allí donde exista».

Ahora bien, el respeto al principio de igualdad entre hombre y mujer no solo se encuentra recogido en instrumentos jurídicos de derecho internacional. La Constitución española –CE– también defiende que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32.1 CE).

Ante esta situación, en España, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y el Tribunal Supremo (TS) rechazan la posibilidad de que un ciudadano español pueda contraer matrimonio con un extranjero casado. De un lado, el principal argumento de la DGRN se concreta en el siguiente: «las uniones poligámicas atentan contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio»⁹. De otro lado, el TS va un paso más allá al señalar que la poligamia no es simplemente una institución jurídica contraria a la legislación espa-

⁴ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁵ BOE número 103, de 30 de abril de 1977.

⁶ BOE número 243, de 10 de octubre de 1979.

⁷ BOE número 103, de 30 de abril de 1977.

⁸ BOE número 69, de 21 de marzo de 1984.

⁹ *Id.*, por todas, la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2013.

ñaola, sino que es «algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero»¹⁰. Por este motivo, en España, no es posible celebrar un segundo o ulterior matrimonio en el que caso de que subsista legalmente el primero. Esta situación activa la cláusula del orden público internacional.

El orden público internacional español impide la aplicación de la ley extranjera que considera capaz para contraer matrimonio en España a un ciudadano que está ligado por un matrimonio anterior no disuelto (art. 12.3 CC). En consecuencia, en ningún caso tendrá aplicación la ley marroquí por resultar contraria al orden público internacional español, a los solos efectos de fijar la capacidad matrimonial del sujeto marroquí.

En el supuesto de que la ley marroquí no resulte aplicable por vulnerar, en este caso, el orden público internacional español, la capacidad matrimonial del sujeto marroquí que pretende contraer segundo matrimonio en España se regirá por la ley sustantiva española.

En consecuencia, la capacidad nupcial del nacional marroquí que quiera casarse con una segunda mujer en España –sin que se haya disuelto su matrimonio anterior– se regulará por la ley material española. De conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, el ciudadano marroquí no tendrá capacidad matrimonial para contraer segundo matrimonio en España en el caso de que aún subsista el primero por impedimento de ligamen (*vid.* art. 46.2.º CC).

Por tanto, no es posible, en ningún caso, que un sujeto marroquí contraiga segundo o ulterior matrimonio en España si subsiste el primero, porque carece de capacidad matrimonial. Sin embargo, el hecho de que la poligamia esté prohibida en España no significa que un matrimonio polígamo válidamente celebrado en el extranjero no pueda surtir determinados efectos jurídicos en nuestro país, tal y como se verá a continuación (Juárez, 2012, p. 15).

2.2. EL MATRIMONIO POLIGÁMICO VÁLIDAMENTE CELEBRADO EN EL EXTRANJERO: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL «ATENUADO»

En el caso de que el matrimonio poligámico se celebre válidamente en el extranjero, la situación es muy distinta de la descrita con anterioridad porque, en este supuesto, se plantea un problema que encaja en el sector del derecho internacional privado relativo al «reconocimiento de decisiones» y no en el ámbito de la «determinación de la ley aplicable». Ello significa que el matrimonio poligámico se ha celebrado, legalmente, en el extranjero y consta en una decisión extranjera cuyos efectos jurídicos intentarán hacerse valer en España.

¹⁰ *Vid.*, por todas, la STS de 19 de junio de 2008.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico español es nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto. Ello trae como consecuencia la denegación de su acceso al Registro Civil español. Esta situación encuentra justificación en la cláusula de orden público internacional español, la dignidad constitucional de la mujer y la concepción española de la institución matrimonial, tal y como se puso de relieve en el epígrafe anterior.

Sin embargo, a diferencia de ello, cabe plantearse si la misma solución debe darse al caso de una mujer marroquí, casada en Marruecos por el rito musulmán con un marroquí, que pretende obtener la condición de cónyuge legítima a la muerte de su esposo y, en consecuencia, ser beneficiaria de la pensión de viudedad (Soto, 2016, p. 8).

El derecho internacional privado español no debe entrar a valorar la legalidad del matrimonio poligámico que se ha celebrado en el extranjero. El matrimonio poligámico se celebró válidamente en Marruecos, ante una autoridad pública competente marroquí y se le aplicó lo dispuesto en el derecho marroquí (*vid.* arts. 40 a 46 Código de Familia marroquí).

Ahora bien, el problema surge cuando el matrimonio poligámico marroquí pretende hacer valer sus efectos jurídicos en España. En este caso, el juez o el funcionario encargado del Registro Civil español, en los supuestos en los que el matrimonio se hubiera celebrado sin que se haya tramitado el expediente correspondiente, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración antes de practicar la inscripción (art. 65 CC y 256 Reglamento Registro Civil).

Por tanto, el juez o el encargado del Registro Civil español deben comprobar que la certificación matrimonial expedida por la autoridad o funcionario del país de celebración –Marruecos– se ajusta a la legalidad española. Esta situación obliga a que el juez o el encargado del Registro Civil español verifiquen la capacidad matrimonial de los contrayentes con arreglo a lo dispuesto en su ley personal (*vid.* art. 9.1 CC). En el caso de que los contrayentes ostenten la nacionalidad marroquí, su capacidad nupcial se regulará por la ley sustantiva marroquí, que permite la celebración del matrimonio poligámico.

Esta situación trae como consecuencia que la certificación matrimonial expedida por la autoridad marroquí no se ajusta a la legalidad española, lo que comporta, de nuevo, la necesidad de activar la cláusula del orden público internacional español. El orden público internacional español interviene contra el reconocimiento en España de la certificación marroquí en la que consta la válida celebración del matrimonio poligámico en Marruecos.

Por tanto, el matrimonio poligámico celebrado en Marruecos es nulo en España. No produce efectos jurídicos constitutivos en nuestro país. En consecuencia, el matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos no puede inscribirse como tal en el Registro Civil español.

El motivo por el que se rechaza la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio poligámico legalmente celebrado en el extranjero es, de nuevo, la necesaria intervención del orden público internacional español. La poligamia es una institución jurídica que atenta contra la dignidad

constitucional de la mujer, el principio de igualdad entre hombre y mujer en la institución del matrimonio y el sistema monógamo que impera en España, en el marco que se expuso con anterioridad.

Ahora bien, la negativa a inscribir en el Registro Civil español el matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero no comporta, necesariamente, el rechazo de la totalidad de los efectos jurídicos que derivan de tal institución¹¹. En consecuencia, es posible que el matrimonio poligámico celebrado en Marruecos produzca algunos efectos jurídicos en España, a los solos efectos de evitar una situación injusta (Motilla, 2011). Valga como ejemplo, en lo que interesa al presente trabajo, el perjuicio que la poligamia ocasiona a la segunda y/o ulteriores esposas, que no se consideran cónyuges legítimas, en el ordenamiento jurídico español.

Esta situación es posible en virtud del orden público «atenuado», que permite al ordenamiento jurídico del Estado en el que pretende hacerse valer la certificación extranjera reconocer algunos efectos jurídicos que derivan de la institución contraria a los pilares fundamentales en los que se sustenta dicha sociedad (Lagarde, 1993).

El orden público atenuado hace compatible el rechazo a los efectos «nucleares» del matrimonio poligámico –tal y como la inscripción del mismo en el Registro Civil español– con el reconocimiento de ciertos efectos «periféricos» –por ejemplo, el derecho a la pensión de viudedad– en aras de la consecución de la justicia formal del caso concreto (Juárez, 2012, p. 20). Ello se debe a que la excepción de orden público, junto con la norma de conflicto basada en la nacionalidad y una jurisprudencia sensible y equitativa, permite imaginar soluciones originales y establecer un diálogo entre ordenamientos que no dañen el ordenamiento jurídico español (Quiñones, 2000, p. 62).

En lo que interesa al presente trabajo, las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran casadas simultáneamente con el causante receptor de una pensión con cargo al Estado español serán beneficiarias, todas ellas, de una pensión de viudedad. En este caso, es deseable un efecto atenuado de la excepción de orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la segunda esposa.

3. POLIGAMIA Y DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El origen de la pensión de viudedad se sitúa en un contexto social en el que la mujer no se encontraba totalmente incorporada al mercado laboral. En consecuencia, en el momento en el que fallecía su cónyuge, necesitaba la intervención del sistema de protección social para su subsistencia. Con posterioridad, después de la entrada en vigor de la CE, la pensión de viudedad protege la mera pérdida personal del cónyuge, con independencia de cuál fuera su situación económica, convirtiéndose así en una prestación contributiva «automática» (Menéndez, 2010).

¹¹ Jayme, E. (1995). A propósito de la concesión de una pensión de viudedad a la segunda esposa camerunesa de un ciudadano alemán respecto de la cual se valoró su procedencia de una cultura diferente a la del Estado del foro y su creencia en la validez del matrimonio poligámico que había celebrado.

Ahora bien, en la actualidad, la ruptura de los ámbitos familiares tradicionales y la aparición de núcleos de nuevo cuño conllevan el surgimiento de necesidades sociales diferentes que demandan soluciones también distintas desde el ámbito de la protección social (Rodríguez, 2009). Prueba de ello son las variadas modificaciones que en los últimos años ha sufrido la normativa reguladora de la pensión de viudedad. Entre otras, cabe citar la adecuación de la cuantía de la prestación al nivel de renta de la unidad familiar para atender a la especial situación de necesidad de los posibles beneficiarios o el derecho a que los supervivientes de relaciones homosexuales y de relaciones de hecho reciban la pensión de viudedad (Díaz, 2011, p. 763).

Sin embargo, hasta hace relativamente poco tiempo, los tribunales sociales españoles proporcionaban respuestas muy distintas en relación con el matrimonio poligámico y el derecho a la pensión de viudedad.

El primer pronunciamiento tuvo lugar con la Sentencia del Juzgado de lo Social de La Coruña de 13 de julio de 1998, confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, número 899/2002, de 2 de abril. En ella se admitieron algunos efectos a un matrimonio poligámico en aras del establecimiento de la pensión de viudedad generada por el fallecimiento en accidente de tráfico de un ciudadano senegalés.

Con posterioridad, los casos resueltos por los tribunales sociales españoles han presentado características muy similares, que pueden concretarse en las siguientes: un trabajador extranjero que fallece en España y deja dos esposas que, habiendo contraído con él válido matrimonio según su ley personal, reclaman judicialmente la correspondiente pensión de viudedad.

Sin embargo, los juzgados y tribunales españoles se han pronunciado sobre tales asuntos de manera muy distinta, apreciándose notables divergencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales e, incluso dentro de ellos, entre los distintos tribunales que resuelven los litigios planteados. Tales respuestas jurídicas abarcan prácticamente todas las posturas jurídicas que quepa imaginar frente a la poligamia: desde su tipificación hasta el reconocimiento de efectos jurídicos y, en su caso, el derecho a la pensión de viudedad.

En sintonía con ello, resultaba posible apreciar una primera posición en la que los tribunales sociales españoles no admitían los efectos del segundo y/o posteriores matrimonios por considerarlos nulos con arreglo a la normativa española. Por tanto, rechazaban el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de la segunda y/o ulteriores esposas¹².

Frente a esta postura, también existían casos en los que los tribunales españoles de lo social admitían que el segundo y/o ulteriores matrimonios, válidamente celebrados en el extranjero, produjeran efectos legales en España. En estos supuestos, la segunda y/o ulteriores esposas tenían

¹² Sirvan como ejemplo, entre otras, las Sentencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia –SSTSJ– de Cataluña y Valencia, de 30 de julio de 2003 y 6 de junio de 2005, respectivamente.

derecho a la pensión de viudedad. Ahora bien, dentro de esta «categoría», resultaba posible diferenciar aquellos casos en los que los tribunales sociales españoles distribuían la pensión de viudedad en función del tiempo de duración de los matrimonios¹³ y aquellos en los que la cuantía de la pensión de viudedad se repartía por partes iguales entre todas las esposas legítimas del causante, con independencia del tiempo que estuvieran casadas con él¹⁴.

En consecuencia, la situación era insostenible: dependiendo del órgano jurisdiccional, las sobrevivientes de uniones matrimoniales poligámicas obtenían respuestas distintas. De un lado, la segunda y/o ulteriores esposas del causante polígamo podían ver denegada su pretensión si únicamente se le reconocían efectos jurídicos al primer matrimonio inscrito en el Registro Civil español. De otro lado, tales esposas podían tener «la suerte» de ser consideradas cónyuges legítimas y, por tanto, beneficiarias del derecho a la pensión de viudedad. Ahora bien, esta situación planteaba una segunda dificultad, que puede concretarse en el reparto de la cuantía de la misma, atendiendo o no al tiempo de convivencia con el causante polígamo.

Además, el que se reconozca un valor jurídico a la situación de poligamia no supone, en absoluto, apoyar o fomentar dicha institución en nuestro país, que seguiría siendo ilícita en España. El reconocimiento de la segunda y/o ulteriores esposas como beneficiarias de la pensión de viudedad solo viene a dar respuesta a una realidad que la poligamia plantea, cada día con más frecuencia en nuestro país, y que únicamente desde el respeto a la diferencia, sin renunciar a la propia identidad del Estado español, puede ser debidamente atendida (Olarte, 2008, p. 144).

Ante esta situación, ha llegado el momento en el que se ha pronunciado el TS, en unificación de doctrina, con el objetivo de impedir que las veintiuna salas de lo social de los diecisiete tribunales superiores de justicia interpreten y apliquen la ley desigualmente: la esperada STS de 24 de enero de 2018¹⁵.

3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2018: EL DERECHO DE DOS VIUDAS DE UN SOLDADO MARROQUÍ POLÍGAMO, QUE SIRVIÓ AL EJÉRCITO ESPAÑOL, A COMPARTIR LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Don Argimiro era un súbdito marroquí que sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial del Sáhara, desde el 1 de diciembre de 1949 hasta el

¹³ Valgan como ejemplo, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2004 y 31 de mayo de 2005.

¹⁴ Sirvan como ejemplo, entre otras, las SSTSJ de Galicia y Andalucía, de 2 de abril de 2002 y 30 enero de 2003, respectivamente.

¹⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 enero 2018 (rec. 98/2017).

31 de diciembre de 1959. En esa fecha pasó a la situación de retirado de conformidad con lo dispuesto por la Orden de Presidencia de 14 de junio de 1980¹⁶. Ello le generó un derecho a la pensión de retiro con cargo al erario público español, la cual percibió hasta su fallecimiento el 23 de enero de 2013.

Después de la muerte de don Argimiro, doña Socorro, su primera esposa viuda, solicitó que se le reconociera como beneficiaria de la pensión de viudedad. En concreto, la sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid dictó Sentencia, el 21 de julio de 2016, en la que reconoce la pensión de viudedad a doña Socorro. Por tanto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que el fallecimiento del causante origina derecho a la pensión de viudedad y designa como beneficiaria de la misma a doña Socorro.

Ante esta situación, doña Maribel –segunda esposa viuda de don Argimiro– solicita ser, asimismo, beneficiaria de la pensión de viudedad. La sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid –el mismo órgano que emite la sentencia ahora impugnada–, el 18 de octubre de 2016 desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Maribel contra la resolución del Ministerio de Defensa de 9 de febrero de 2015, por la que se desestimó el recurso de alzada que había sido interpuesto contra Resolución de 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal, de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio, la cual acordó denegarle la pensión de viudedad que había solicitado.

La razón por la que la Administración le denegó la pensión de viudedad fue porque consideró que el régimen jurídico aplicable al asunto se corresponde con la Orden de Presidencia de Gobierno de 1 de marzo de 1977¹⁷, la cual contiene la normativa relativa al retiro del personal saharauí de la Policía Territorial del Sáhara. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que la disposición adicional cuarta del Decreto de 22 de octubre de 1926, que reguló el Estatuto de Clases Pasivas, sigue vigente al no haber sido derogada por el Real Decreto Legislativo 680/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. En concreto, el punto octavo de dicha orden dispone que: «las repetidas pensiones no serán transmisibles y, extinguido el derecho de un pensionista, no podrá recuperarse por ningún motivo».

A ello añade que la situación de bigamia acreditada está prohibida en el ordenamiento jurídico español, siendo incompatible con el principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres (art. 14 CE). Refuerza el Tribunal Superior de Justicia de Madrid esta posición al señalar que el tenor literal del artículo 38.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, de Clases Pasivas del Estado, se refiere expresamente a una situación monógama, pues alude, en concepto de beneficiario, «al cónyuge» y no a los cónyuges¹⁸.

¹⁶ BOE de 12 de julio de 1980.

¹⁷ BOE de 7 de marzo de 1977.

¹⁸ BOE número 126, de 27 de mayo de 1987.

Contra la citada sentencia, se preparó recurso de casación. La parte actora alegó, en cuanto al fondo del asunto, infracción del derecho de la recurrente con vulneración del principio de igualdad en aplicación de la ley, al denegarle la pensión de viudedad pese a que esta ha sido reconocida a otra solicitante, doña Socorro.

Mediante auto dictado por la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de marzo de 2017, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Maribel contra la Sentencia de 18 de octubre de 2016 de la sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Por su parte, el abogado del Estado solicita la desestimación del recurso, afirmando que la situación de poligamia es contraria al orden público y, por ello, no cabe la posibilidad de concederle la pensión de viudedad a la segunda esposa. Además, el abogado del Estado refuerza esta posición señalando expresamente que esta situación no se ve alterada por la aplicación de lo dispuesto en el Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social, celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 8 de noviembre de 1979¹⁹. Esta afirmación encuentra fundamento en el hecho de que el abogado del Estado considera que dicho convenio solo es aplicable a las «esposas legales», lo que no puede ocurrir en caso de bigamia, porque es una institución jurídica contraria a los pilares que sustentan la sociedad española. En consecuencia, la segunda y/o ulteriores esposas no pueden ser consideradas «cónyuges legítimas» en el ordenamiento jurídico español, tal y como se desprende expresamente del artículo 38.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, que utiliza la expresión «cónyuge», refiriéndose así a la monogamia.

Ante esta situación, el TS debe pronunciarse sobre si doña Maribel ostenta la condición de beneficiaria de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987. En concreto, el pronunciamiento del TS debe referirse a si todas las esposas que de acuerdo con su ley personal estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español tienen derecho a la pensión de viudedad o si la situación de poligamia lo impide por ser una institución jurídica contraria al orden público internacional español.

Para ello, el TS tomará asimismo en consideración lo dispuesto en el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, cuyo artículo 23 establece: «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».

¹⁹ Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998. En vigor desde 1 de octubre de 1982 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982, y BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001).

Además, en el caso de que la cuestión anterior se resuelva en sentido afirmativo, el TS también se pronunciará sobre cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad correspondiente a las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

3.2. CRITERIO PARA SER BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: EL CONCEPTO DE «MATRIMONIO LEGÍTIMO»

El artículo 38.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del estado, establece que: «tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos».

En este sentido, el Real Decreto Legislativo 670/1987 regula el derecho a la pensión de viudedad a partir del presupuesto de la existencia de un matrimonio legítimo que cumpla con los requisitos establecidos por la normativa civil. Ante esta situación, la cuestión que se plantea puede concretarse en la siguiente: ¿es necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español para que el cónyuge superviviente tenga derecho a la pensión de viudedad?

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional (TC), mediante la Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre, desestimó el recurso de amparo interpuesto por don Bassirou Sene en noviembre de 2012, ante su petición de una pensión de viudedad²⁰. El señor Sene contrajo matrimonio en España por el rito islámico con doña Elena Arnaiz el 15 de julio de 1999. Así consta en el certificado emitido por el presidente de la Comunidad Islámica de Galicia. Ahora bien, la ceremonia se celebró sin que existiera el pertinente certificado de capacidad matrimonial emitido por el encargado del Registro Civil correspondiente. En consecuencia, no fue posible inscribir dicho matrimonio en el Registro Civil español. Después del fallecimiento de la señora Arnaiz, el 26 de diciembre de 2007, y tras resultar fallidas diversas reclamaciones en solicitud de una pensión de viudedad por parte del señor Sene en el orden administrativo y judicial, presenta recurso de amparo ante el TC, alegando una vulneración del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE).

La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España²¹, establece en su artículo 7.1:

²⁰ Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre, Sala Segunda (rec. 6654-2012). Promovido por don Bassirou Sene Sene en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las resoluciones administrativas que desestimaron su petición de pensión de viudedad de clases pasivas. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2015).

²¹ BOE número 272, de 12 de noviembre de 1992.

Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

En este contexto, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España y la normativa civil se pronuncian en el mismo sentido. En concreto, el ordenamiento jurídico español dispone que el matrimonio celebrado según las normas de derecho canónico o en cualquier otra forma religiosa prevista en un acuerdo de cooperación entre el Estado español y las confesiones religiosas –lo que incluye la islámica– produce efectos civiles (art. 60 CC)²². Por tanto, el matrimonio produce efectos civiles desde la fecha de su celebración (art. 61 *ab initio* CC).

Ahora bien, el pleno reconocimiento de los efectos civiles de los matrimonios celebrados en forma religiosa exige su inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC). Esta afirmación plantea un problema para con los matrimonios celebrados en España en la forma religiosa establecida en la ley islámica. El Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España establece en su artículo 7.2:

Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado [según la forma religiosa establecida en la ley islámica], deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil conforme a la Ley del registro civil.

De la literalidad del precepto resulta posible interpretar que la inscripción en el Registro Civil español del matrimonio celebrado en forma religiosa islámica es potestativa, no siendo posible dicha inscripción, en ningún caso, si el matrimonio se hubiera celebrado transcurridos más de seis meses desde la fecha del acta o resolución correspondiente (art. 7.2 *in fine* Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España). Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, cabe la válida celebración en nuestro país de un matrimonio en forma religiosa islámica sin que exista previo certificado de capacidad nupcial.

Desde este postulado, el TC distingue una primera vía, la cual califica como regla general, en la que la celebración del matrimonio se lleva a cabo después de la instrucción del expediente previo. En él, el instructor se cerciora de que se cumplen por las partes los requisitos de capaci-

²² Una de las últimas reformas del CC, realizada por la nueva Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, en vigor desde el 23 de julio de 2015, incorpora un nuevo apartado segundo al artículo 60 del CC mediante el que reconoce efectos civiles a los matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por otras confesiones o comunidades religiosas que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España con las que el Estado español no tiene acuerdo. En este sentido, *vid.* Ortiz (2016).

dad exigidos por el CC y, como prueba de ello, emite el consiguiente certificado de capacidad matrimonial. La segunda vía se instituye como una regla especial. En ella se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos de capacidad (Blázquez, 2015, p. 390).

En este caso, insiste el TC en que si el matrimonio islámico se celebra sin la previa instrucción del expediente de capacidad nupcial, la inscripción del mismo adquiere una especial importancia porque para determinar su validez es indispensable la verificación de los requisitos de capacidad de los contrayentes.

A diferencia de ello, el señor Sene alega que no otorgarle el reconocimiento de la pensión de viudedad genera una situación de desigualdad que carece de una justificación objetiva y razonable entre situaciones jurídicas idénticas: la celebración de un matrimonio en España en la forma religiosa islámica, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. En concreto, don Bassirou Sene argumenta que está sufriendo un trato discriminatorio frente a otras personas que hubiesen contraído matrimonio religioso inscrito en el Registro Civil, sobre la base de que el Real Decreto Legislativo 670/1987 reconoce el derecho de pensión de viudedad al cónyuge legítimo, sin distinguir expresamente entre matrimonios inscritos y no inscritos.

No obstante, sigue insistiendo la Sala 2.^a del TC en su Sentencia 194/2014 que:

La certificación de la capacidad matrimonial sirve para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado²³.

En consecuencia, la problemática que plantea la determinación de un «matrimonio legítimo» en el ordenamiento jurídico español, como presupuesto para la concesión del derecho a la pensión de viudedad, se encuentra estrechamente relacionada con la necesidad de su inscripción, o no, en el Registro Civil español. El CC establece que el hecho de que el matrimonio celebrado en nuestro país, en forma religiosa islámica, no esté inscrito en el Registro Civil español comporta una dificultad para su prueba y para el pleno reconocimiento de sus efectos. Sin embargo, la no inscripción no puede traer como consecuencia estimar que el contrayente no está casado (Leonés,

²³ La Sentencia 199/2004 de la Sala 2.^a del TC presenta dos votos particulares emitidos por los magistrados V. Conde Martín de Hijas y E. Pérez Vera. En concreto, doña E. Pérez Vera afirma, en su fundamento jurídico sexto, que:

Así, el tema se reconduce a un artificioso –en mi opinión– juicio de igualdad entre matrimonios canónicos inscritos y no inscritos, en el que el tribunal afirmará que, reconocida «la existencia de un vínculo matrimonial», no cabe «exigir para el otorgamiento de la pensión un requisito adicional que se encuentra extramuros de la capacidad interpretativa de que disfruta la Administración y el órgano judicial por estar claramente vedado por el principio de igualdad».

2010, p. 2). Por tanto, la inscripción del matrimonio es obligatoria y la ausencia de dicha inscripción no puede redundar en beneficio de uno u otro contrayente, sino únicamente y si procede, en el de terceros de buena fe (art. 61 *in fine* CC).

3.3. CRITERIO PARA SER BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: EL CONCEPTO DE «CÓNYUGE LEGÍTIMO»

Tal y como se indicó al principio del epígrafe anterior, el artículo 38.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, establece que: «tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos».

El Real Decreto Legislativo 670/1987 se refiere expresamente al «cónyuge supérstite del sujeto causante» como único posible beneficiario de la pensión de viudedad. Por tanto, el ordenamiento jurídico español no contempla la posibilidad de que existan dos o más cónyuges supérstites de un mismo causante. En este contexto, tampoco cabe la posibilidad de que esta situación se califique de laguna legal en la normativa española, porque la posición que defiende la letra del precepto es coherente con lo dispuesto en el resto del ordenamiento jurídico español (Pérez, 2015, p. 59).

Sin embargo, el TS, en su Sentencia de 24 de enero de 2018, afirma que la normativa aplicable a los casos de reclamación judicial de la pensión de viudedad, respecto de dos o más esposas que contrajeron válido matrimonio con el trabajador extranjero que fallece en España, según su ley personal, se rige por lo dispuesto en el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 (*vid.*, en este sentido, el art. 96.1 CE²⁴).

Este convenio tiene por objetivo principal potenciar la cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en el ámbito social y, en concreto, se dirige a asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países, que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país, una mejor garantía de los derechos que en tales Estados hayan adquirido.

El convenio se aplicará en España a las disposiciones legales del Régimen General de la Seguridad Social relativas a la muerte y supervivencia (art. 2.1 d) Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos). En particular, resultará aplicable a los trabajadores españoles o marroquíes, sus familiares y supervivientes, que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social del Reino de España o del Reino de Marruecos (art. 3.1 Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos).

²⁴ El artículo 96.1 de la CE indica que los tratados internacionales, válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

En lo que interesa al presente trabajo, dicho convenio establece, en su artículo 23, que: «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». De ello puede desprenderse que el citado convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos admite el derecho a la pensión de viudedad en los casos de poligamia y establece cómo debe ejecutarse su reparto.

En consecuencia, es el propio Estado español el que admite un determinado efecto jurídico en España a un segundo o ulterior matrimonio válidamente celebrado en Marruecos, a pesar de la subsistencia del primero o anterior. En este sentido, señala el TS, en su fundamento de derecho quinto, que si el Estado español reconoce esos «efectos atenuados» a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula de orden público internacional español al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, a pesar de que el supuesto no encaje en lo dispuesto en la letra del artículo 38.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987 sobre clases pasivas del Estado.

Por tanto, las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión pueden ser en España beneficiarias de la pensión de viudedad generada por el esposo polígamo siempre que fuesen beneficiarias de dicha prestación según la legislación marroquí.

Además, el citado artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos también establece, en los casos de existir poligamia, la forma de distribución de la pensión de viudedad causada en España por un trabajador marroquí entre quienes tengan la condición de beneficiarias, de conformidad con lo dispuesto en la legislación marroquí.

Ello permite admitir en España la condición de beneficiarias del causante que reconozca la legislación marroquí y, por tanto, la posibilidad de que las diversas y simultáneas esposas del causante puedan obtener una determinada cuantía, en concepto de pensión de viudedad, generada con cargo al erario español por el esposo polígamo. Las sucesivas esposas del causante marroquí pueden ser consideradas beneficiarias por el reconocimiento de tal condición en Marruecos, donde se contrajo válidamente el matrimonio poligámico.

El TS indica que solo desde este postulado queda cohesionado el sistema, a partir de una interpretación integradora e igualitaria que necesariamente hay que hacer del artículo 38.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987: la expresión «cónyuge supérstite» también incluye a quienes en número superior a la unidad y siempre que sean mujeres hubieren permanecido simultáneamente casadas con el causante.

En este supuesto, el Real Decreto Legislativo 670/1987 regula el derecho de pensión de viudedad a partir del presupuesto de la existencia de un matrimonio legítimo que cumpla con los requisitos establecidos por la normativa civil española. Ahora bien, en el caso del matrimonio poligámico, todos los cónyuges que concurren son legítimos porque existen varias viudas cuyos vínculos matrimoniales con el causante estaban vigentes en el momento del fallecimiento.

En definitiva, el TS admite que en el ámbito de las clases pasivas del Estado y por vía interpretativa resulte posible ampliar la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad del súbdito marroquí causante de la misma a la segunda y sucesivas esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español. Sin embargo, ello no sucede así en los casos españoles de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial (Desdentado, 2009, p. 26).

A ello hay que añadir que la forma en la que debe repartirse la pensión de viudedad entre las múltiples beneficiarias es por partes iguales (*vid.*, asimismo, el art. 23 Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos). En concreto, en lo que respecta a la recurrente –doña Maribel–, el TS reconoce su derecho a la pensión de viudedad con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al del fallecimiento de su marido, así como su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La sociedad occidental actual se caracteriza por presentar un alto grado de diversificación, en cuyo seno coexisten instituciones jurídicas con rasgos culturales propios y muy diferentes. Ello se debe, principalmente y entre otros factores, a que la realidad migratoria pone de relieve que existe un elevado número de musulmanes nacionales de Estados islámicos en España y Europa. En consecuencia, es frecuente que se plantee ante los juzgados y tribunales españoles si la poligamia, aun siendo una institución jurídica prohibida en nuestro país, puede producir efectos legales en el mismo.

Pues bien, el tratamiento jurídico del matrimonio poligámico en el derecho internacional privado español permite diferenciar dos supuestos: el matrimonio poligámico que pretende celebrarse en España y el matrimonio poligámico que se ha celebrado válidamente en el extranjero y persigue generar efectos jurídicos en nuestro país.

En el primer caso, el orden público internacional español impide la aplicación de la ley marroquí que considere capaz para contraer matrimonio en España a un ciudadano que esté ligado por un matrimonio anterior no disuelto (*vid.* art. 9.1 CC). Ello se debe a que la poligamia es una institución legal que atenta contra los valores y principios más fundamentales de la sociedad española: monogamia, igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio y dignidad constitucional de la mujer.

En el segundo supuesto, sí que es posible que el matrimonio poligámico, válidamente celebrado en Marruecos, produzca algunos efectos jurídicos en España, siempre que ello tenga por objetivo, en exclusiva, evitar una situación injusta. Negar la pensión de viudedad a la segunda y/o ulteriores esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el

causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español supondría un trato materialmente discriminatorio para ellas y, a su vez, una desprotección económica, social y jurídica de la familia.

Desde este postulado y con el único objetivo de proteger socialmente a la segunda y/o ulteriores esposas de un válido matrimonio poligámico celebrado en Marruecos, el TS propone una interpretación extensiva de los conceptos «matrimonio legítimo» y «cónyuge legítimo». Solo desde esta perspectiva más aperturista es posible dar una respuesta a las necesidades sociales que exige la sociedad occidental del siglo XXI, si bien ello obliga a los juzgados y tribunales españoles a «despegarse» de la letra de la normativa aplicable. Ahora bien, esta amplia interpretación de tales conceptos no significa, en ningún caso, una potenciación de la poligamia en la sociedad española. La poligamia sigue siendo ilícita en nuestro país.

Sin embargo, en el ámbito de las clases pasivas del Estado, por vía interpretativa, se admite que ostenten la condición de beneficiarias de una pensión de viudedad la segunda y sucesivas esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español cuyo origen sea marroquí, siempre que ellas fuesen, asimismo, beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí. El Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social (1979) establece que la forma en la que debe repartirse la pensión de viudedad entre las múltiples beneficiarias es por partes iguales.

Referencias bibliográficas

- Blázquez Rodríguez, I. (2015). Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7(2), 382-399.
- Combalía Solís, Z. (2001). Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 6, 14-20.
- Desdentado Daroca, E. (2009). Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 228, 22-27.
- Diago Diago, M. P. (2001). La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el derecho internacional privado español. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 6, 6-13.
- Diago Diago, M. P. (2004). La nueva *Mudawana* marroquí y el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(2), 1.078-1.083.

- Díaz Aznarte, M. T. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? En F. J. García Castaño y N. Kressova (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 763-770). Granada: Universidad de Granada. Instituto de Migraciones.
- Esplugues Mota, C. (2002). Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar). En A. Rodríguez Benot (Dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (pp. 89-100). Madrid: CGPJ.
- Esteban De la Rosa, G. (Dir.). (2009). *Código marroquí de la Familia*. Jaén: Blanca Impresores.
- Giménez Costa, A. (2004). El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español. En C. Lasarte Álvarez, A. Donado Vara, M. F. Moretón Sanz y F. Yáñez Vivero (Coords.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Sevilla: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.
- Jayne, E. (1995). Identité, culture et intégration. Le Droit International privé post-moderne. *RCADI*, 251, 234 y ss.
- Juárez Pérez, P. (2012). Jurisdicción española y poligamia islámica ¿un matrimonio forzoso? *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 23, 1-46.
- Lacaba Zabala, M. L. (2008). El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español. *Cartapacio de Derecho: Revista virtual de la Facultad de Derecho*, 14, 1-69.
- Lagarde, P. (1993). La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation. *Nouveaux itinéraires en Droit (Hommage a François Rigaux)* (pp. 263-282). Bruxelles: Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain.
- Leonés Salido, J. M. (2010). Pensiones de viudedad y modelos familiares. *Abogados de Familia*, 58, 1-12.
- Maíllo Salgado, F. (2005). *Diccionario de derecho islámico*. Gijón: Trea.
- Menéndez Sebastián, P. (2010). La pensión de viudedad: entre la «contributividad automática» y la «asistencialidad contributiva». Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo –poco a poco– cada cosa en su lugar. *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 41, 13-34.
- Montoro Romero, R. y Elzo Imaz, J. (2007). La familia en la sociedad del siglo XXI. *Revista Javeriana*, 737, 56-63.
- Motilla De la Calle, A. (2011). Multiculturalidad, derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio. En M. A. Barranco Avilés, O. Celador Angón y F. Vacas Fernández (Coords.), *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho* (pp. 198-202). Madrid: Dykinson.
- Olarte Encabo, S. (2008). Multiculturalidad y seguridad social: doctrina constitucional sobre la pensión de viudedad a la luz de la Ley 40/2007. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 11, 139-154.
- Ortiz Vidal, M. D. (2014). El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE. *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 201-244.
- Ortiz Vidal, M. D. (2016). La celebración de un matrimonio en forma religiosa: la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, más cerca de nuestra realidad multicultural. *Diario La Ley*, 8.811.

- Pérez Vaquero, C. (2015). Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad en España y la Unión Europea. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 59-71.
- Quiñones Escámez, A. (2000). *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Barcelona: Fundación La Caixa.
- Rodríguez Escanciano, S. (2009). La pensión de viudedad: nuevas perspectivas. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 771, 11-13.
- Soto Moya, M. (2016). Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante. *Revista Bitácora Millennium DIPr*, 3, 1-14.