

EL VARÓN POLÍGAMO Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD GLOBAL

JUAN CARLOS ARCE GÓMEZ

*Jefe del Área de Coordinación y
Control de Normativa del INSS*



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Leandro GONZÁLEZ GALLARDO, don Salvador DEL REY GUANTER, don Fidel FERRERAS ALONSO, doña María Luisa SEGOVIANO ASTABURUAGA, doña Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA y don Fernando VALDÉS DAL-RÉ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

¿PUEDE ser aplicada y tener efectos en el ordenamiento español de Seguridad Social la institución islámica de la poligamia? El aumento de la inmigración de origen islámico, la remisión de nuestro Derecho a la ley extranjera en asuntos de familia y la función tuitiva de la Seguridad Social, con el papel que la excepción de orden público pudiera jugar, arrojan hoy un balance muy confuso en sede administrativa y muy contradictorio en sede judicial. La extendida incertidumbre jurídica en este punto y el creciente número de casos en España exigen determinar si en los supuestos de matrimonios poligámicos, celebrados en países donde la poligamia es legal, sería ajustado a nuestro Derecho que la pensión de viudedad pueda percibirse por todas las viudas del varón polígamo. Este estudio plantea la complejidad del tema y la actual inseguridad jurídica, expone argumentos favorables y contrarios y aporta una respuesta a la cuestión sobre si cada una de las esposas de un matrimonio poligámico puede o no invocar el estatuto de cónyuge legítimo según su ley personal para obtener en España, todas ellas, derecho a la pensión de viudedad.

Palabras clave: Seguridad Social, pensión de viudedad, poligamia, excepción de orden público, matrimonio islámico, igualdad jurídica de los cónyuges y norma extranjera aplicable.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Breve panorama general de la pensión de viudedad.
 1. Visión general.
 2. Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 40/2007.
- III. Poligamia y pensión de viudedad.
 1. El matrimonio en el ordenamiento español.
 2. El matrimonio islámico.
 3. Inadecuación del matrimonio polígamico islámico al orden constitucional español.
 4. Los casos particulares de Marruecos y de Túnez. Los convenios de Seguridad Social de España con estos dos países.
- IV. Ley extranjera y ley española.
- V. Posibilidades ensayadas.
 1. Los pronunciamientos judiciales.
 2. La práctica administrativa.
- VI. Aproximación a un criterio general válido.
 1. Síntesis de los argumentos favorables al reparto de la pensión utilizados por la doctrina o en sede judicial.
 2. Síntesis de los argumentos contrarios al reparto de la pensión usados por la doctrina o en sede judicial.
- VII. Ensayo para una solución.
 1. Un poco de Filosofía del Derecho para ganar perspectiva.
 2. Discriminación, igualdad y dignidad.
 3. La excepción de orden público.
 4. Propuesta de solución.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta el momento en que los flujos migratorios han sido más o menos homogéneos, atendiendo al origen o procedencia cultural de los inmigrantes que iniciaban una actividad laboral en España, la composición del campo de aplicación personal del sistema de Seguridad Social no ha exigido nuevos planteamientos en lo que se refiere a la acción protectora de la Seguridad Social. Pero en cuanto dichos flujos migratorios han incluido en el sistema a personas de origen étnico y cultural muy variado, a veces muy remotos, en ocasiones completamente distintos a nuestra tradición jurídica e histórica, han empezado a surgir problemas, algunos desajustes que todavía hoy exigen una redefinición. Tal es el caso, concretamente, de las prestaciones por muerte y supervivencia. A la pensión de viudedad, tal como ha venido concibiéndose desde sus orígenes, le afecta, naturalmente, el hecho incontrovertible de que muchos trabajadores extranjeros de origen islámico, incluidos en el sistema de Seguridad Social español, mantengan un vínculo matrimonial poligámico.

La poligamia y sus consecuencias jurídicas en la pensión de viudedad de la Seguridad Social no es solo algo novedoso, no es simplemente exótico desde nuestra tradición histórica o algo ocasional que permite reflexiones meramente teóricas o ensayos sin aplicación práctica. Se trata, cada vez más, de un hecho real, de un fenómeno en aumento, que se plantea efectivamente, con carácter creciente y que demanda una solución jurídica sólida y estable.

Las soluciones a este asunto nuevo en nuestra práctica y en nuestro Derecho de Protección Social que han venido dando las distintas prácticas administrativas de las Entidades gestoras de la Seguridad Social, son contradictorias, erráticas y con mayor o menor grado de sostenibilidad argumentativa, han puesto de manifiesto que el derecho a una pensión de viudedad, cuando el causante es un hombre polígamo (necesariamente un hombre, porque la poliandria no es legal en ningún lugar del mundo) haya tenido que someterse muchas veces a decisión judicial. En tales casos, los pronunciamientos de los diversos órganos jurisdiccionales han mantenido todas las posturas posibles frente a casos análogos, incluidas aquellas posiciones que resultaban contradictorias entre sí y aquellas que exigían un fascinante alarde de esfuerzo argumentativo, casi funambulista, para pronunciar la sentencia. El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse todavía, en parte porque el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), no ha forzado la formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina. Y por tanto, nos encontramos ante un problema jurídico que ha suscitado todo el abanico posible de soluciones y que, por ese motivo, permanece todavía sin clara solución.

En el centro del problema se encuentra la necesidad de responder a esta cuestión: *en supuestos de matrimonios bigamos o polígamos, celebrados al amparo del ordenamiento jurídico de países donde el modelo de matrimonio poligámico es legal, ¿sería ajustado a derecho reconocer el segundo o ulteriores matrimonios a efectos de que la pensión de viudedad pueda percibirse por las esposas simultáneas supervivientes?* O, dicho de otra manera, el centro del problema se sitúa en la necesidad

de responder a esta cuestión: *¿puede la segunda o ulteriores esposas de un matrimonio polígamico invocar el estatuto de cónyuge legítimo según su ley personal para obtener en España determinados derechos sociales, como la pensión de viudedad?*

El presente estudio se inicia con una visión ciertamente muy esquemática de algunos de los problemas del actual régimen jurídico de la pensión de viudedad y se detiene después en la consideración de las características muy poco conocidas del matrimonio islámico, una visión de sus peculiaridades en la que importa mucho detenerse para evidenciar la amplísima brecha entre el Derecho musulmán y el español en este punto. Se establecerá después el modo en que las reglas de solución de conflictos de leyes remiten a la ley personal de la nacionalidad del sujeto en materia de estado civil y de familia y cómo precisamente esta normativa de solución es la causa del problema porque en muchos países la poligamia es legal. Se establecerán después la relación y comentario de las decisiones judiciales habidas en esta materia señalando sus contradicciones y se hace después una aproximación a un criterio general válido, así como el ensayo para una solución.

II. BREVE PANORAMA GENERAL DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

1. Visión general.

No se establecerá aquí un perfil detallado del régimen jurídico de la prestación de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social porque lo que importa a este estudio es un aspecto concreto de dicha pensión: los efectos prestacionales de las situaciones de poligamia. Sin embargo, es imprescindible realizar al principio algunas referencias muy breves a la situación actual de esta prestación económica que no acaba de encontrar su espacio propio, sus dimensiones ciertas o, si se prefiere, su coherencia en el conjunto del sistema de protección social y que muy posiblemente por ese motivo está todavía sujeta a tensiones que, como en el caso de la poligamia y sus efectos, no resultan de fácil solución.

Es verdad que tras la reforma que llevó a cabo la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, la pensión de viudedad ha quedado modificada en algunos importantes aspectos respecto a su regulación anterior, pero dicha reforma se mantiene muy lejos de las necesidades de revisión integral que esta prestación viene precisando desde hace mucho tiempo. En el fondo de esta timidez legislativa o reformadora de la pensión puede latir la dificultad política de abordar grandes cambios en un terreno que parece de especial sensibilidad, muy propicio a la demagogia y proclive a un cierto maniqueísmo. La viudedad tiene reflejos literarios, una imaginería galdosiana de tocas y chales muchas veces cierta pero también muchas veces deformada sobre la indudable base de su corta protección. Conseguir su reforma coherente es un tránsito inaplazable que debería ser contemplado con voluntad en el marco del Pacto de Toledo.

Así pues, aunque el esquema general de la pensión no es el objetivo de este estudio, que se limita al problema que la poligamia ha introducido en su régimen jurídico, conviene señalar antes, muy someramente, y solo en los dos párrafos siguientes, algunos de sus aspectos actuales. En primer lugar, la pres-

tación ya no debería ni siquiera llamarse pensión de viudedad si se piensa que esta no se extingue al contraer nuevo matrimonio cuando en el beneficiario concurren determinados requisitos ¹. Por otra parte, aunque con los matices que en torno a la necesaria existencia de pensión compensatoria ha introducido la Ley 40/2007, en virtud del artículo 174.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 20 de junio (LGSS), los cónyuges que disolvieron su matrimonio mediante divorcio pueden causar pensión de viudedad a favor de quien fue cónyuge, a pesar de que este beneficiario no sea viudo, sino divorciado. Además, su régimen jurídico en relación con las cuantías produce efectos indeseados. En los casos de fallecimiento de pensionistas, la pensión de viudedad se calcula sobre la base reguladora que sirvió para determinar la pensión del causante (art. 7.3 Decreto 1646/1972, de 23 de junio). Tanto si esta pensión es de jubilación como si lo es de incapacidad permanente, se generan situaciones de muy difícil justificación. Así, la pensión de viudedad que deriva de la muerte de un pensionista de incapacidad permanente total menor de 55 años, genera una pensión de viudedad del 70 por 100 de la base reguladora correspondiente cuando el beneficiario tenga cargas familiares, la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos y sus rendimientos anuales no superen una determinada cuantía (art. 31.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en su redacción vigente). Esto supone que la muerte del pensionista genera un aumento de ingresos extraordinario en la familia. Del 55 por 100 se pasa al 70 por 100 de la misma base reguladora y si se añaden las pensiones de orfandad correspondientes, puede llegarse al 110 por 100 de la base reguladora. Así, pues, el fallecimiento del causante eleva las rentas familiares y donde antes cuatro personas percibían el 55 por 100 de la base reguladora, ahora tres personas recibirán exactamente el doble.

Lo mismo ocurre con los pensionistas de jubilación que hayan cotizado 15 años. Su pensión será del 50 por 100 de la base reguladora (art. 163.1 LGSS) y la de viudedad, cuando el causante fallezca, será del 52 por 100 de la misma base, o del 70 por 100. En ocasiones, podrá pasarse literalmente de percibir la mitad de la base reguladora a casi el doble. Y este incremento de rentas que la familia percibe por la muerte del pensionista se mantiene también en todos aquellos casos de pensionistas de jubilación que hayan cotizado menos de 28 años y tengan hijos menores.

Por tanto, lo que se protege con la actual regulación no es la sustitución de las rentas dejadas de percibir sino estrictamente un estado civil sin otra implicación, por cuanto, además, la pensión de viudedad es enteramente compatible con las rentas del trabajo (art. 179.1 LGSS) e incluso con otras pensiones que el beneficiario pudiera recibir a título propio.

2. Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 40/2007.

A pesar de la promulgación de la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, nada o muy poco se ha avanzado en la reforma del concepto mismo de la pensión de viudedad. Y ello aunque tal ley proviene del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 donde se preveía: «La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución

¹ Los requisitos son: 1) ser mayor de 61 años o menor de esa edad siempre que en este último caso tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez o acredite una minusvalía igual o superior al 65 por 100; 2) constituir la pensión de viudedad la principal o única fuente de ingresos y 3) tener el matrimonio unos ingresos anuales, incluida la pensión de viudedad, que no supere dos veces el importe del SMI (art. 11 OM de 13 de febrero de 1967, en su redacción vigente).

y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites».

Por tanto, esta prestación es compatible con el trabajo y con otras pensiones de la Seguridad Social, se protege de la misma manera al viudo o a la viuda trabaje o no, sea anciano o no, discapacitado o no, tenga varios hijos o ninguno. La aprobación de la ley 40/2007 y sus reformas ha mantenido inalterado el núcleo conceptual de la prestación y solo la disposición adicional vigésimo quinta de la ley señala que «el gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad». Como se ve, ni la ley plantea un plazo ni el gobierno ha iniciado en profundidad este debate.

III. POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD

El hecho de que los flujos migratorios que recibe nuestro país tengan un componente amplio de trabajadores que provienen de países islámicos en los que la poligamia no solamente es legal sino el modo común de la estructura familiar, ha supuesto que cuando el trabajador fallece, concurren como beneficiarias simultáneas de la pensión de viudedad española varias viudas que mantenían con el causante, cada una y al mismo tiempo, un vínculo matrimonial perfectamente legítimo desde la perspectiva de su estatuto o ley personal². Naturalmente, se trata de matrimonios celebrados en el país de procedencia y de conformidad con las reglas jurídicas de dicho país porque ningún Estado de la Unión Europea admite la celebración de un matrimonio poligámico al amparo de su ordenamiento civil, ni por tanto su acceso al Registro Civil propio, ya se trate de matrimonio celebrado entre nacionales, o entre extranjeros, o entre nacional y extranjero.

1. El matrimonio en el ordenamiento español.

Entre nosotros el Código Civil, tras disponer que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (art. 45), prohíbe contraer matrimonio a los que estén ligados con vínculo matrimonial previo (art. 46.2.º). La violación de este precepto supone la nulidad del matrimonio (art. 73.2.º del mismo Código).

En líneas generales y a los propósitos de este estudio, los requisitos necesarios para que sea autorizada en España la celebración del matrimonio civil a que se refieren los artículos 44, 45, 46, 47 y 73 del Código Civil se pueden resumir en los siguientes aspectos:

- a) Es un derecho que corresponde *en condiciones de igualdad* al hombre y a la mujer (arts. 14 y 32 CE y art. 44 Código Civil).
- b) El consentimiento matrimonial se realiza libremente, sin condición, término o modo (art. 45 Código Civil).

² Siempre se utilizará el género femenino al hablar de las viudas y el masculino al hablar del causante porque no existe la situación contraria. No hay matrimonios legales poliándricos.

- c) Tienen capacidad los mayores de edad y los menores emancipados (art. 46 Código Civil).
- d) Los contrayentes no pueden estar ligados con vínculo matrimonial, esto es, existe un impedimento de ligamen que determina la capacidad nupcial (art. 46 del Código Civil).
- e) Los contrayentes no pueden estar sujetos al impedimento de parentesco en los grados establecidos en el artículo 47 del Código Civil; y
- f) El matrimonio debe celebrarse ante autoridad competente y dos testigos (art. 51 y ss. Código Civil).

No es este el lugar en que deba realizarse una detallada exposición comparativa de las diferencias entre los matrimonios sometidos al Derecho islámico y los matrimonios españoles o de nuestro entorno ³. Sin embargo, será muy útil detenerse seguidamente en la consideración de algunas características muy poco conocidas del matrimonio islámico para obtener así una visión general de sus peculiaridades, visión general que importa mucho poner de manifiesto para evidenciar la amplísima brecha entre el Derecho musulmán y el español en este punto.

Cabe decir, muy señaladamente, que algunos aspectos del matrimonio islámico no tienen fácil encaje en nuestra legislación y que, en concreto, la poligamia, está prohibida en España y considerada como un delito (art. 217 Código Penal) ⁴.

2. El matrimonio islámico.

El Derecho islámico, muy a menudo, no distingue claramente entre la norma jurídica y el dogma religioso. No solo no distingue muchas veces entre poder civil y poder religioso sino que, en muchos aspectos, ambas esferas, lejos de ser independientes, se confunden.

Hay en los países islámicos un doble componente dogmático-religioso y jurídico, ético y jurídico, que resulta indisociable. En el ejemplo extremo, se dirá que en Arabia Saudí el Corán no es solo el libro sagrado sino que, en el nivel jurídico, es teóricamente la propia Constitución del país. Otros países, Irán por ejemplo, establecen en sus textos constitucionales constantes normas de reenvío al Corán, de modo que la norma suprema del país se supedita a los textos religiosos que se configuran por ese motivo como normas superiores a la propia Constitución ⁵. Del mismo modo, de los 19 Estados árabes que tienen Constitución, solo cinco (Líbano, Somalia, Djibuti, Libia y Siria) no afirman

³ Para una amplia información sobre el Derecho de Familia marroquí y argelino: VV.AA. *El Magreb. Coordenadas socioculturales*. Granada, 1995. Para estos mismos países y otros: *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa. Dossier Mondo Islamico 4*, Turín, 1997. Para una visión muy documentada, GARCÍA RODRÍGUEZ, I. «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)», en *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*. Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2002. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

⁴ Señala dicho artículo 217 del Código Penal que «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año».

⁵ Naturalmente, desde nuestra perspectiva actual, nos resulta muy ajena esta confusión o esta dualidad. Pero conviene recordar aquí a este respecto que la muy liberal Constitución de Cádiz, de 1812, declaraba que «La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

expresamente el vínculo estrechísimo y casi en fusión completa entre el Corán o el Islam y el Estado. Pero, no obstante, en sus textos constitucionales, aparecen múltiples referencias a la religión ⁶.

Para los musulmanes, la teología del Islam está contenida en el Corán, referencia ideológica o doctrinal de sus creencias religiosas. El Derecho islámico, la *sharia*, es sagrado porque deriva del Corán y se convierte así en ley a un tiempo civil y canónica, lo que hace que muchos aspectos de la vida social, muchas regulaciones jurídicas, sean simultáneamente leyes (en el sentido en que nosotros las entendemos) y dogmas teológicos.

La religión islámica no es totalmente homogénea si se atiende a los matices, porque existen distintas escuelas, ninguna de las cuales ha supuesto un cisma o una escisión del tronco común coránico, lo que implica que cada escuela reconoce validez a las otras, en la medida en que los valores religiosos esenciales son comunes a todas.

Las escuelas más importantes son: la Sunní (Iraq, India, Bangladesh y Pakistán, entre otros países) a la que pertenecen la mayor parte de los musulmanes, un 85 por 100 aproximadamente; la Malikí (predominante en Marruecos y en los países del norte de África) ⁷; la Shi'í, con cerca de un 13 por 100 de miembros, principalmente en Irán y en Yemen, pero con minorías significativas en Líbano, Iraq, Siria, Pakistán y Arabia Saudí ⁸.

Como se ha dicho, estas escuelas islámicas se reconocen entre sí como igualmente autorizadas por lo que la situación es compleja cuando en un mismo país coexisten diferentes escuelas. Porque dicho reconocimiento no impide el debate, la polémica o la discusión ⁹. Pero a pesar de las diferencias de concepto, ritos, y otros elementos, es lo cierto que el matrimonio islámico es reconocido claramente por el Derecho musulmán como un contrato por medio del cual el hombre entrega a la mujer una dote ¹⁰ y se obliga a mantenerla ¹¹, pudiendo entonces y solo de este modo, mantener con ella, lícitamente, relaciones íntimas con el fin de la procreación.

⁶ MIKUNDA FRANCO, E. «La cultura islámica y los derechos humanos», en AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

⁷ Es, por motivos de vecindad, la escuela con la que mayor relación cultural y contacto se ha tenido en nuestro país. Por otra parte, es la escuela a la que pertenece la inmigración magrebí que trabaja en nuestro país y por esas razones se hará referencia a la misma y al Derecho marroquí con alguna frecuencia en este estudio.

⁸ EICKELMAN, Dale F: «¿Qué ha sido de la reforma islámica?» *Panorama Social* 4. Segundo semestre 2006, pág. 103. Fundación de las Cajas de Ahorro FUNCAS.

⁹ En ningún caso se puede hablar de corrientes jurídicas islámicas atendiendo a las fronteras políticas de los distintos países. Solo es posible señalar la presencia mayoritaria de alguna escuela en un determinado país en una época histórica concreta.

¹⁰ La dote es esencial al matrimonio islámico. Es una suma de dinero o de bienes que el marido entrega a la esposa y que pasa a ser propiedad de esta. Ella puede disponer de la dote y administrarla como desee. Es en muchos casos el único patrimonio propio de la mujer, especialmente si se tiene en cuenta que la posibilidad de trabajar está supeditada a la autorización del marido. En algunos países (Guinea Ecuatorial) la dote es, incluso, *el único* elemento esencial constitutivo del matrimonio. La cuantía se acuerda entre los familiares de la mujer y el varón la satisface con plenos efectos matrimoniales. Resulta muy difícil distinguir este tipo de matrimonio de una mera compraventa. Por su peculiaridad, esta modalidad de matrimonio islámico centra el contenido de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 de noviembre de 1988.

¹¹ Solo el hombre tiene la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio y al mantenimiento de la familia, especialmente de la esposa. El derecho de la esposa a su mantenimiento existe sea cual sea la situación económica real de la mujer. Se debe aunque ella tenga un patrimonio superior o muy superior al de su marido. El incumplimiento de tal obligación permite a la mujer solicitar el divorcio, aunque el derecho a la manutención puede perderse si la mujer es acusada de desobediencia al marido.

La forma de celebración del contrato de matrimonio es sencilla. El hombre realiza la oferta al tutor de la mujer, que la acepta ante dos testigos varones (o ante un testigo varón y dos mujeres). La presencia de los testigos es una exigencia *ad solemnitatem* y *ad probationem*, y por tanto no será válido sin su presencia ¹². Por tanto, las fases del matrimonio islámico son la declaración de la oferta por parte del novio; la aceptación de dicha oferta por un representante de la novia (su tutor matrimonial ¹³), en un mismo acto; la presencia de testigos y el pronunciamiento de unas palabras rituales. No es necesaria la presencia de una autoridad, ni civil ni religiosa, ni es preciso su registro, aunque últimamente, el registro de los nuevos matrimonios está empezando a ser exigido en algunos países.

Las condiciones necesarias para que el matrimonio sea válido son:

- La oferta y la aceptación, que deben expresarlas el propio contrayente y el representante de la mujer, respectivamente.
- La presencia de dos testigos válidos.
- La ausencia de impedimento para que las partes se unan en matrimonio.

Existen algunos impedimentos peculiares que limitan o anulan la capacidad para contraer matrimonio. Pero será sobre el impedimento de ligamen, como es lógico, tratándose aquí de los efectos de la poligamia en la pensión de viudedad, sobre el que centraremos nuestro estudio. El impedimento de ligamen no juega del mismo modo para el hombre y para la mujer. Si se tratase de una mujer casada, dicho impedimento opera de modo que no pueda volver a casarse sin disolver su vínculo conyugal previo. Si se trata de hombre casado, el impedimento de ligamen no opera, no existe, sino a partir de la cuarta esposa. No obstante, un quinto o ulteriores matrimonios no son sancionados con la nulidad, sino con una tacha de *irregularidad* ¹⁴. De todas formas, el varón musulmán casado, aun cuando lo esté con cuatro mujeres, tiene derecho a tomar un número ilimitado de esposas temporales ¹⁵.

Por último, y para terminar esta aproximación a las características del matrimonio islámico, debe decirse, desde el punto de vista de la disolución del vínculo, que este puede ser disuelto por el

¹² Se dice que dijo Mahoma: «todo matrimonio en el que no estén presentes cuatro personas, la novia, el novio y dos testigos, no es otra cosa que prostitución» GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *op cit.*, pág. 170, n.º 50.

¹³ En muchos países árabes, Marruecos entre ellos, aunque la mujer no está capacitada jurídicamente para prestar personalmente su consentimiento matrimonial y precisa de la presencia de un tutor –siempre varón– que concluya o perfeccione la manifestación de voluntad de la novia, normalmente su padre o su abuelo, dicho tutor no puede obligar a la mujer mayor de edad a casarse sin su consentimiento. Pero en la realidad social, con mucha frecuencia, el tutor es quien pacta el matrimonio y la mujer debe aceptar dicha decisión porque en caso contrario puede ser expulsada del domicilio familiar.

¹⁴ Piénsese que el número de esposas de un musulmán polígamo depende de su capacidad para el mantenimiento de las mismas, obligación inexcusable del varón casado y que, por tanto, es jurídicamente mucho más relevante el hecho de que un bigamo no pueda mantener económicamente a una de sus dos esposas que el hecho de que un polígamo se case una quinta vez con una mujer a la que sí puede mantener.

¹⁵ El límite de esposas proviene directamente del Corán (Sura IV, versículo 3). Sin embargo, no hay límite para el número o la frecuencia de las esposas temporales. Una esposa temporal es una mujer que *se casa temporalmente* con un hombre. Este es el modo de legalizar lo que en otras culturas se llamarían «amantes». Se trata de mujeres que acompañan a su *marido transitorio* en viajes, o en determinadas épocas del año.

marido unilateralmente, sin derecho a defensa judicial por parte de la mujer, mediante el repudio. Sin embargo, el repudio es una figura jurídica islámica de la que no disponen las mujeres. Si es la esposa quien quiere romper el vínculo, precisará acudir a un proceso judicial para solicitar el divorcio ¹⁶. En relación con esto, dicho divorcio es también muy peculiar porque, una vez obtenido a instancias de la mujer y siempre por causas tasadas en la ley, aun cuando la autoridad judicial haya dispuesto la disolución del vínculo, el marido puede revocarlo posteriormente si acredita que la causa de divorcio ha cesado. Y entonces, el matrimonio se reanuda aun cuando la mujer siga queriendo el divorcio ¹⁷ y aun cuando de hecho y de derecho ya lo haya obtenido por resolución judicial.

El Derecho islámico no permite a la mujer repudiar al esposo. Por tanto, la esposa solo puede disolver el vínculo conyugal mediante el divorcio. Instar el divorcio en la sociedad musulmana supone, para una mujer, un largo camino de una duración media de cuatro o cinco años. El marido puede obtenerlo en dos semanas. Además, si el divorcio que insta la mujer se basa en malos tratos del marido, precisará acompañar a la solicitud de divorcio los correspondientes partes médicos, así como el testimonio de 12 testigos ¹⁸. Tal diferencia de trato está justificada por el Derecho islámico en tanto que el marido tiene que pagar la dote y mantener a la esposa, mientras que la mujer no tiene estas obligaciones. Por eso el derecho de la mujer al divorcio se somete a decisión judicial en todo caso, en tanto que el marido puede repudiarla. Estas consideraciones están en la base de las reservas que la mayor parte de los países islámicos han realizado al articulado de la convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y muy especialmente frente a su artículo 16, en el que se establece la obligación de eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares ¹⁹.

3. Inadecuación del matrimonio polígamico islámico al orden constitucional español.

Cuando un trabajador polígamo, plenamente integrado por virtud del artículo 7 de la LGSS en el campo de aplicación de nuestro sistema de Seguridad Social fallece, surgen varias beneficiarias de una pensión de viudedad, varias viudas legítimas según el estatuto personal de los cónyuges y todas ellas resultan, prima facie, ser acreedoras de la protección social que nuestro ordenamiento reconoce al cónyuge viudo. Sin embargo, el reconocimiento de prestación a todas las viudas supérstites significaría dar eficacia directa a la poligamia, reconocer dicha institución, ajena a nuestro Derecho y además prohibida por el Código Penal.

¹⁶ En algunos países, Marruecos por ejemplo, la poligamia puede ser restringida por pacto entre los cónyuges. Esto es, el primer matrimonio se somete por voluntad de ambos esposos a la condición de que no habrá una segunda esposa, de manera que si el varón decide casarse de nuevo, la primera mujer tiene derecho a solicitar el divorcio. Sin embargo, la realidad social de facto y el marco jurídico teórico están, en este punto, con mucha frecuencia, disociados.

¹⁷ Se insiste: el divorcio formalizado por autoridad judicial a instancias de la esposa puede ser revocado por el marido que, posteriormente, restablece así el vínculo conyugal incluso en contra de la voluntad de la mujer, siempre de acuerdo con un complejo mecanismo de causas válidas y de acreditación del cese de la causa que la mujer haya invocado en el proceso.

¹⁸ RODRÍGUEZ BENOT, A. «Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español» en AA.VV. *La multiculturalidad... op.cit.*, pág. 77.

¹⁹ ZABALO ESCUDERO, E. «Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural», en AA.VV. *La multiculturalidad... op.cit.*, págs. 225 y 226.

De entre los valores reconocidos por nuestra Constitución, sobresale el de la igualdad de todos, base de la convivencia democrática. El principio de igualdad y concretamente el trato a la mujer se convierte en un elemento de conflicto cuando un trabajador procedente de un país islámico se integra en la sociedad española, constitucionalmente aconfesional, que ha fundamentado su edificio en la absoluta igualdad de todos ante la ley y que prohíbe expresamente cualquier discriminación por razón de sexo ²⁰.

La igualdad de todos ante la ley (art. 14 de la Constitución) forma parte central de nuestro orden público constitucional. Y esta igualdad está, de algún modo, protegida doblemente en materia matrimonial porque el artículo 32.1 de la Carta Magna, cuando señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, no puede entenderse como una reiteración ociosa de lo que ya establece con carácter general y sin excepciones el artículo 14 del mismo texto. Lo que el artículo 32 de la CE realiza es el reconocimiento de dicha igualdad específicamente para la institución matrimonial, adicionalmente al mandato general del artículo 14. Ello supone que, por doble mandato –genérico y específico–, se prohíba que en la relación conyugal pueda existir diferenciación de derechos y deberes entre los cónyuges. Además, el artículo 66 del Código Civil señala que «los cónyuges son iguales en derechos y deberes». Esta formulación legal, que proviene del mandato constitucional, es clara e imperativa y su contenido resulta indisponible para los esposos.

El Derecho islámico, sin embargo, atribuye distintas funciones al marido y a la mujer en el matrimonio, como se ha visto. Y a los efectos que más importan a este estudio, la capacidad nupcial es distinta en el hombre y en la mujer, dado que el impedimento de ligamen rige solo para la mujer y no para el hombre. Los derechos y deberes de los cónyuges, además, varían en función del papel que a cada uno de ellos le asignan la sociedad y la religión islámicas.

El artículo 9.1 del Código Civil remite a la ley extranjera –la islámica en este caso– la regulación del estado civil y de los asuntos de familia. Y el artículo 12.3 del mismo cuerpo legal previene que en ningún caso se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. Y aquí se encuentra el debate que origina el conflicto en relación con el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, por cuanto el artículo 174 de la LGSS nada dice al respecto de la poligamia.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado que hoy se identifica con los principios de la Constitución, entre los que obviamente se encuentran el artículo 10 y el 14, que consagran como principios superiores de nuestro ordenamiento, respectivamente, el de la dignidad de la persona y el de la igualdad con prohibición de toda discriminación. Y ese principio de orden público juega un papel relevante en los matrimonios poligámicos en el sentido de que la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado y la jurisprudencia vienen señalando que el orden público internacional español opera contra la posibilidad de aplicar las leyes extranjeras que consideren capaz para contraer un segundo o ulterior matrimonio a quien ya está ligado por matrimonio anterior no disuelto. En este sentido, las resoluciones de 4 de diciembre de 2002, 22 de octubre de 2004, que señalan literalmente que «el matrimonio poligámico cuya inscripción se intenta se celebró en 1992, cuando consta también acreditado por la declaración del promotor que el contrayente marroquí había celebrado un matrimonio anterior, que hay que presumir válido y subsistente, al menos hasta 1994,

²⁰ ZABALO ESCUDERO, E. «Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural», en AA.VV. *La multiculturalidad...* *op. cit.*, pág. 224.

año en que fallece su primera esposa. Aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12.3 Código Civil) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer».

Más allá de esto, y en el orden supranacional, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que «los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».²¹

Estos principios materiales forman parte, a su vez, de los valores superiores que formula la Constitución Española en su artículo 1 y que definen incluso a la propia Carta Magna, es decir, la «libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», por un lado; y los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios y Tratados internacionales. Estos principios superiores, de derecho autónomo e internacional, deben servir de elementos básicos para interpretar cualquier principio material recogido en otros ordenamientos. Desde esta perspectiva cualquier ordenamiento que alterara fundamentalmente su contenido y aplicación podría verse restringido con la excepción de orden público. *Ahora bien, ocurre que nuestro ordenamiento de Seguridad Social ya ha reconocido efectos a la poligamia, hasta el punto de regular jurídicamente que las viudas, todas las viudas del varón polígamo, se encuentran en una situación protegida por la Seguridad Social española y, por tanto, tiene derecho a percibir pensión de viudedad.* Tal cosa ocurre en los convenios de Seguridad Social firmados con Marruecos y con Túnez.

4. Los casos particulares de Marruecos y de Túnez. Los convenios de Seguridad Social de España con estos dos países.

Hay en el mundo islámico, tan extendido, novedades de muy distinto matiz que van recogiendo en la legislación de los distintos países o que acaban siendo rechazadas. Marruecos, por cercanía geográfica y por ser el país de origen de la mayor parte de los trabajadores de procedencia islámica que vienen a trabajar a España, merece particular atención en este punto.

En 2003 se produjo una reforma del Código de Familia marroquí, donde se introdujo un principio de igualdad entre los cónyuges.

El artículo 4 señala que la familia será dirigida por ambos cónyuges. Esto significa que en 2003 desaparece del Código de Familia el deber de obediencia de la esposa al marido. Sin embargo, los artículos 231, 236 y 237 establecen que la tutela de los hijos es exclusiva del padre y que la madre solo podrá ejercerla en caso de muerte, incapacidad o ausencia del marido. La reforma no ha remo-

²¹ Un estudio sobre el alcance universal de los derechos humanos y su implicación con la excepción de orden público, en DE MIGUEL ASENSIO, P. «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado». *Revista General de Derecho*, julio-agosto, 1998, págs. 541 y ss.

vido la naturaleza del repudio más allá de algún matiz, manteniendo su pervivencia en todos sus extremos y las consecuencias que del mismo se derivan para la mujer.

Por cuanto hace a la poligamia, su mantenimiento es riguroso, debido a que la poligamia se regula explícitamente en el Corán. Pero, sin embargo, se ha limitado su expansión y se somete, a veces, a controles judiciales. No obstante, tales controles son nominales, como lo son también para la autorización del matrimonio a las mujeres menores de edad ²².

Así, pues, los movimientos y las reformas en uno de los países más occidentalizados del mundo islámico no han apartado la consideración de la poligamia como uno de los pilares fundamentales de la familia. Por su parte, en Túnez, la poligamia está formalmente abolida, aunque eso es así solo en el marco teórico, porque la realidad cotidiana es poligámica y, de hecho, se mantiene y se protege. Los segundos y ulteriores matrimonios de ciudadanos tunecinos, esto es, aquellos matrimonios que originan la poligamia, no son declarados nulos sino irregulares y el marido solo puede ser sancionado con una multa, manteniendo el matrimonio poligámico su presencia y sus efectos.

Antes de seguir adelante, conviene destacar que el convenio hispano-marroquí de Seguridad Social prevé 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». Idéntica previsión recoge el artículo 24 del convenio suscrito con Túnez cuando establece que «en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales» ²³.

En tales convenios se ha previsto el matrimonio poligámico, acordando que la pensión de viudedad se reparta por partes iguales entre las viudas. En estos países la mujer divorciada o repudiada no tiene derecho a pensión de viudedad, por lo que, cuando estos convenios bilaterales mencionan el reparto a partes iguales entre las «beneficiarias de dicha prestación», están refiriéndose a las viudas del polígamo, no a las divorciadas. Y mucho menos a las repudiadas ²⁴.

No deja de sorprender la presencia de estos convenios internacionales en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. El primero de ellos, el convenio hispano-marroquí de Seguridad Social, fue firmado en fecha 8 de octubre de 1979 y está vigente desde 1 de octubre de 1982, aunque se ha modificado por un Protocolo adicional de 1999. Por su parte, el convenio con Túnez, se firmó en 26 de febrero de 2001 y entró en vigor en 1 de enero de 2002.

En ambos casos, los convenios son posteriores a la vigencia de la Constitución y en ambos se recoge la posibilidad de la existencia de varias viudas simultáneas a quienes España se obliga a reconocer una pensión de viudedad distribuida entre tantas beneficiarias como resulten por aplicación de la legislación del otro Estado. Así, pues, conviene tener presente estos datos y añadir que no existe

²² DESRUES, T. y MORENO NIETO, C. «La sociedad marroquí a la luz del cambio social». *Panorama Social*, 4. Segundo semestre, págs. 127 y 128. Fundación de Cajas de Ahorros. FUNCAS.

²³ Así en femenino, en los textos de ambos convenios.

²⁴ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «La protección por muerte y supervivencia». Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social. *Cuadernos de Derecho Judicial I-2005*. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

ningún otro convenio de Seguridad Social en el que España se obligue a este reparto de la pensión de viudedad, permaneciendo ambas normas como los únicos ejemplos de tales previsiones. Sobre este asunto, sus consecuencias e implicaciones, se volverá más adelante, pero debe señalarse aquí que el artículo 96.1 de la Constitución establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Tales normas, por tanto, las normas que prevén la existencia de poligamia en ciudadanos tunecinos y marroquíes a efectos de Seguridad Social y su eficacia para reconocer varias beneficiarias de pensión de viudedad, son normas españolas, de derecho interno.

IV. LEY EXTRANJERA Y LEY ESPAÑOLA

Como antes se señaló, el artículo 9.1 del Código Civil establece que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». En España no hay una norma de Derecho internacional privado que específicamente establezca la ley aplicable en materia de capacidad matrimonial. Como la capacidad matrimonial no es sino una especie de la capacidad general, la jurisprudencia considera que tal precepto es el que determina la ley aplicable en materia de capacidad matrimonial y que, por lo tanto, la ley nacional de cada contrayente es la que determina su capacidad para contraer matrimonio ²⁵.

En España, los impedimentos están recogidos en los artículos 46 y 47 del Código Civil. La poligamia se excluye en España por el artículo 46.2 del Código Civil cuando señala que no pueden contraer matrimonio quienes se encuentren ligados por matrimonio anterior, oponiendo por tanto a la capacidad de contraer matrimonio, el impedimento de ligamen. Por otra parte, se reitera ahora, el artículo 217 del Código Penal configura la poligamia como delito y señala que «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año».

Ahora bien, si la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley nacional (art. 9.1 Código Civil) y esta permite a un extranjero contraer un segundo matrimonio pese a hallarse unido por un matrimonio anterior, el Encargado del Registro Civil en España tendría la obligación de admitir un matrimonio poligámico. Pero, como se dijo más arriba, la Dirección General de Registros y del Notariado ha señalado reiteradamente que el tenor literal del artículo 12.3 del Código Civil («en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»), es de completa y plena aplicación a estos casos.

Se niega por esa vía del artículo 12.3 del Código Civil la inscripción registral en España de segundos y posteriores matrimonios contraídos por hombres cuyo estatuto personal permite la poligamia porque, si bien dicha legislación (que además resulta aplicable según las normas de conflicto del art. 9 del Código Civil) lo permite, tales matrimonios son contrarios al orden público.

²⁵ SOLSONA ABAD, F. «Incidencia jurídica del fenómeno migratorio en la institución del matrimonio y en los procedimientos judiciales de separación y divorcio», pág. 302. *Extranjería. Manuales de Formación Continua*, 39. Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Un ejemplo de la hostilidad de nuestro Derecho al matrimonio poligámico se encuentra precisamente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que, en su redacción vigente, reconoce el derecho al reagrupamiento familiar del cónyuge, estableciendo que en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Se insistirá sobre este punto más adelante. Por ahora basta dejar señalado que ello quiere decir, entre otras cosas, que el legislador español, cuando regula los derechos y libertades de los extranjeros, tiene muy en cuenta la existencia real de la poligamia y se cuida especialmente de proscribirla mediante la aplicación sobre dicha institución matrimonial de la cláusula de salvaguarda de orden público.

Otro ejemplo de la hostilidad de nuestro Derecho a la poligamia se encuentra en el propio Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, que reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado en España *conforme al rito islámico*. Pero dicha regulación evita referirse expresamente a la poligamia porque el Acuerdo referido centra su objeto en la admisión de eficacia ante nuestro ordenamiento *del rito islámico*, esto es, de la *forma religiosa islámica* de celebración del matrimonio y ello no supone de ningún modo la regulación de la poligamia. Efectivamente, los apartados 1.º y 3.º del artículo 7 del citado Acuerdo, establecen lo siguiente:

- «1.º Se atribuyen 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*.
- 3.º Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán *acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente*. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación.»

Por tanto, el legislador nacional tiene muy presente la existencia de la poligamia y la proscribire en cada norma que puede afectarle. Como ocurre en la normativa contenida en el Capítulo II («Reagrupación familiar») del Título I de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre (LOEX), después de reconocer el derecho del extranjero a la reagrupación familiar y limitar su ejercicio a un solo cónyuge, exige que exista realmente un matrimonio vigente, válidamente celebrado y que en el momento de iniciarse el expediente administrativo de reagrupación no exista separación o divorcio entre los cónyuges; se exige, así mismo, la inexistencia de otro cónyuge que haya obtenido previamente un permiso de residencia ²⁶.

Pero incluso esta misma regulación contenida en la LOEX, que parece contraria a la poligamia, termina por aceptarla cuando permite que un extranjero residente en España reagrupe a su cónyuge y

²⁶ Esta regulación opera como el gran obstáculo que los matrimonios poligámicos encuentran para la reagrupación familiar en España. Por eso, de hecho, la vía utilizada frecuentemente por estos matrimonios es la de obtener la reagrupación para una sola de las esposas y recurrir a la cohabitación de hecho con la segunda o ulteriores esposas aunque no tengan permiso de residencia.

al mismo tiempo, la misma ley permite, a renglón seguido, que un extranjero residente pueda reagrupar a *«un nuevo cónyuge»* si *«acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes»* [art. 17, letra a), *in fine*]. Como se ve, *esta redacción da cabida a los supuestos de poligamia*, porque el término *separación* no implica la disolución del vínculo matrimonial, de acuerdo con el artículo 83 del Código Civil. La ley utiliza muy inadecuadamente el término *separación* para aludir a la posibilidad que el extranjero tiene de reagrupar a un nuevo cónyuge, siendo así que un separado no puede casarse de nuevo ni tener *un nuevo cónyuge*, salvo, en los supuestos de poligamia. Como se ve, también la confusión legislativa es en este terreno de tal naturaleza que la misma norma dice que no se puede reagrupar a más de un cónyuge, pero se puede reagrupar a un nuevo cónyuge (*una nueva esposa*) si existe separación, caso imposible salvo en la poligamia ²⁷.

V. POSIBILIDADES ENSAYADAS

1. Los pronunciamientos judiciales.

Se presentan aquí, como es lógico en un estudio de estas dimensiones, las sentencias que han abierto los distintos caminos interpretativos de la situación y las diversas soluciones aplicadas. Se presentan las decisiones judiciales que componen el abanico completo de soluciones posibles, lo que significa que no existe todavía una doctrina suficientemente consolidada sobre el asunto del que se viene tratando, esto es, la concurrencia de varios vínculos matrimoniales.

a) Reparto de la pensión a partes iguales.

Se ha pronunciado en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en sentencia de 30 de enero de 2003. El causante era un trabajador marroquí bígamo. La sucinta secuencia de los hechos es la siguiente. Al fallecimiento del causante, se presenta una única solicitud de pensión de viudedad por parte de una de sus esposas, que acredita un vínculo matrimonial desde 1962. El INSS reconoce la pensión. Más tarde, una segunda esposa del mismo causante, que acredita su matrimonio desde 1991, solicita también una pensión de viudedad. La entidad gestora reconoce entonces pensión a esta última, si bien a prorrata del 50 por 100 de su cuantía y presenta demanda ante el Juzgado de lo Social al amparo del artículo 145.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), solicitando revisión de su acto anterior declarativo de derecho para que se revoque la resolución por la que concedió la primera de las pensiones en su cuantía íntegra a la primera de las solicitantes, para reducir dicha cuantía al 50 por 100 y para que se condene a dicha solicitante al reintegro a la entidad gestora de la parte de pensión indebidamente percibida. En la instancia, la sentencia estima la demanda. Presenta la parte demandada recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que articula en un único motivo al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL en orden

²⁷ Sobre las posibles interpretaciones de esta norma, incluida la que se refiere a la posibilidad de que se trate de una expresión *conscientemente vaga*, ESPLUGUES MOTA, C. «Inmigración y Derecho de Extranjería, (Especial referencia a la reagrupación familiar)» en AA.VV. *La multiculturalidad... op. cit.*, pág. 113 y ss.

al examen del derecho aplicado por el que denuncia infracción de los artículos 10, 34, 14 y 24 de la Constitución.

Sostiene la recurrente que no puede ser de aplicación al presente caso el artículo 23 del convenio hispano-marroquí ya que nos encontramos ante un supuesto de bigamia que está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirma la sentencia recurrida y reparte por mitad la pensión de viudedad entre ambas esposas al no juzgar la situación de bigamia por entender que se trata de «una cuestión nueva» que se alega en sede de suplicación y que la demandada no tuvo oportunidad de discutir en la instancia. Con una referencia al artículo 9 del Código Civil y la aplicación del artículo 23 del convenio hispano-marroquí, el Tribunal decide que, con independencia del tiempo de convivencia, procede el reparto a partes iguales de la prestación reconocida a ambas solitantes.

La crítica que cabe hacer a esta sentencia es que elude la presencia y la aplicación del artículo 12.3 del Código Civil y elude por tanto pronunciarse sobre la excepción de orden público, que sí estaba expresamente planteada en el recurso. Se limita a aplicar el convenio con Marruecos, una norma vigente en España y por tanto de aplicación al caso concreto, sin pronunciamiento alguno sobre la verdadera situación de hecho y de derecho, cual es la concurrencia de un doble vínculo matrimonial.

Por su parte, la sentencia de 2 de abril de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se pronuncia sobre un supuesto en el que el causante pertenece a un país con el que España no ha suscrito convenio de Seguridad Social. Se trata de un trabajador senegalés, bigamo, de acuerdo a su estatuto personal, legítimamente casado con dos mujeres senegalesas en territorio de Senegal. La litis se traba por la denegación que el INSS realiza a las solicitudes de prestación de las dos viudas, denegación que no se basa en la concurrencia de un doble vínculo matrimonial, sino en virtud de que el trabajador senegalés se encontraba excluido del sistema de Seguridad Social por aplicación del artículo 7.5 de la LGSS, en la medida en que no desarrollaba un trabajo por cuenta ajena, sino por cuenta propia. En la instancia se acredita que una Instrucción y una Circular del INSS incluyen a los trabajadores de Senegal que desarrollan legalmente una actividad por cuenta propia en España en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en virtud del principio de reciprocidad. Y condena al INSS a reconocer la pensión *a ambas viudas*. Contra dicha sentencia presentan recursos de suplicación las viudas, que pretenden *dos pensiones de viudedad íntegras* (una pensión *ad integrum* para cada una de las esposas del fallecido), denunciando la infracción de los artículos 174 y 179.4 de la LGSS. Recurre también la entidad gestora, que interesa la desestimación total de la demanda por infracción del artículo 7.5 de la LGSS en relación con los artículos 6 y 11 del convenio 97 de la OIT.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirma la sentencia de instancia y señala que la excepción de orden público *no es una regla rígida* y que en determinados casos puede ser atenuada. Para apoyo de esta idea de la *atenuación* de la excepción de orden público –cierta, desde luego– se remonta a una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977. Pero esta sentencia del Alto Tribunal, *sustento único de la argumentación jurídica* de la sentencia dictada en sede de suplicación, contemplaba el caso de un extranjero europeo divorciado que había

vuelto a casarse en su país conforme a su legislación y pretendía el reconocimiento de efectos del nuevo matrimonio conforme a su ley nacional.

Hay que tener en cuenta que la sentencia de 1977 trataba de un supuesto hoy día absolutamente normal y frecuente en nuestro país que, sin embargo, entonces, era ajeno a la legislación española. El Tribunal Supremo, en 1977 –la fecha importa mucho– reconoce efectos a este segundo matrimonio que era, sencillamente, el matrimonio de un divorciado, aunque en España no se admitiera entonces la institución jurídica del divorcio y figurara formalmente entre las instituciones hostiles a nuestro ordenamiento entonces todavía vigente. Pero aquella sentencia del Tribunal Supremo contemplaba algo muy distinto a lo que se ventilaba en el asunto que resolvía el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Se estaba en 1977, el mismo año en que se aprueba la Ley de Reforma Política, que abriría paso al proceso constituyente, en un período de tránsito acelerado hacia la recuperación de las libertades y el divorcio era admitido en España como concepto en amplísimas capas sociales, como deseo en otras muchas y no se oponía a los valores que se estaban incorporando a la redacción del borrador del texto constitucional todavía no nacido. Tal vez lo que hubiera sido contrario al orden público entonces habría sido precisamente su invocación para denegar la inscripción y la eficacia del matrimonio de un divorciado por considerar que el vínculo matrimonial era indisoluble²⁸. Y ciertamente, y por disposición legal, las normas jurídicas se aplican de acuerdo con la realidad social.

Por tanto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia no aplica la excepción de orden público –con base en la posible atenuación de su eficacia que esa única sentencia del Tribunal Supremo le proporciona– y con ello consiente en afirmar, siquiera implícitamente, que la situación de bigamia no es algo tan extraño al orden público.

La crítica que puede hacerse a esta sentencia, aparte de lo que ya se ha dicho, es que la atenuación de la excepción de orden público opera para la recepción de un supuesto de bigamia, pero la excepción de orden público es sin embargo de aplicación rigurosa y despliega todos sus efectos cuando la sentencia desestima la pretensión de reconocer *dos pensiones* íntegras –una a cada una de las viudas– porque tal idea sí resulta contraria a la legislación española, que solo reconoce que un causante genera una única pensión. Téngase en cuenta que no había aquí posibilidad de aplicar el convenio con Marruecos ni el convenio con Túnez, al ser las litigantes originarias de Senegal. Por tanto, el reparto de la pensión entre las dos viudas es una solución basada en un ejercicio argumentativo del Tribunal de muy difícil respaldo después de renunciar a aplicar la excepción de orden público del artículo 12.3 del Código Civil.

b) Reparto de la pensión en función de los años de convivencia.

Sostiene este criterio la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002. El causante es un trabajador marroquí bigamo que fallece en España. Estuvo casado con dos mujeres durante algunos años pero al momento de su fallecimiento, se encontraba divorciado de su segunda esposa²⁹. La sentencia de instancia gira en torno al Derecho de familia marroquí, por

²⁸ También aquí, como en el caso del matrimonio islámico, con las distancias relativas que quepa realizar, se trataba de una norma jurídica, esta vez española, de alto contenido religioso, propia de un Estado confesional.

²⁹ En realidad, la sentencia duda sobre si el trabajador se había divorciado de su segunda esposa o si aquel la había repudiado. La distinción importa mucho por cuanto el divorcio en Marruecos permite una cierta, aunque muy escasa y muy desequi-

cuanto se ocupa de determinar que, según dicha legislación, las divorciadas no tienen derecho a la pensión de viudedad. Como el artículo 23 del Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social señala que se repartirá la pensión «entre quienes resulten ser, *conforme a la legislación marroquí*, beneficiarias de dicha prestación», la sentencia de instancia concluye que tras el divorcio, solo hay una esposa legal del causante en el momento del fallecimiento y esta esposa es la única «que tiene derecho a percibir la pensión de viudedad».

Tal sentencia fue impugnada por el INSS (que había reconocido una pensión a prorrata del 50% para cada una de las viudas) y por quien se encontraba divorciada del causante al tiempo del fallecimiento. La sentencia de suplicación parte del artículo 23 del convenio con Marruecos y al referirse al mismo, destaca que la expresión «quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación» que contiene dicho artículo «no puede entenderse como una remisión o sustitución general o en bloque de la legislación española por la legislación marroquí en materia de reconocimiento, adquisición y cuantía de la misma». Y añade en su fundamentación jurídica que dicha expresión «alude solamente a la posible situación de poligamia del causante, máxime si la lógica también conduce a pensar que la única razón de tal remisión no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante, en una institución o realidad social –la poligamia– que, siendo legal en Marruecos, en España solo es contemplada por el derecho penal».

Lo que la sentencia viene a decir es que no es preciso determinar quiénes son beneficiarias según la legislación marroquí, sino recibir la posibilidad, legal en Marruecos, de que haya más de una beneficiaria. Rehusa aplicar literalmente dicho artículo 23 del convenio y renuncia por tanto a repartir la pensión a partes iguales. Lo que hace es aplicar directamente el artículo 174.2 de la LGSS en cuanto al reparto de la pensión de viudedad cuando concurre con el cónyuge viudo un cónyuge anterior divorciado y, por tanto, reparte la pensión *en proporción al tiempo de convivencia*. De modo que utiliza el artículo 23 del convenio para abrir el derecho a la divorciada y solo para eso y una vez que decide reconocer tal derecho, deja de aplicar la normativa del convenio y decide aplicar la legislación española, con lo que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se apoya en el convenio, pero solo en una parte y se apoya después en la legislación española, artículo 174 de la LGSS, pero solo en una parte también. La solución es imaginativa, desde luego, pero no resiste un análisis más detenido por cuanto se toman de los distintos textos normativos solo aquellas palabras que permiten una interpretación que no podría derivarse de las normas consideradas en su conjunto.

c) Denegación de la pensión a la segunda y sucesivas esposas.

Esta tesis mantiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 30 de julio de 2003³⁰, enjuiciando el caso de un natural de Gambia bigamo, argumentando que el segundo matrimonio vulnera el orden público y no se le pueden reconocer efectos.

librada participación de la mujer en el procedimiento, mientras que el repudio es la disolución unilateral y por decisión del marido del vínculo matrimonial sin posibilidad de audiencia, defensa o respuesta alguna por parte de la mujer. Y esta distinción sitúa al repudio en el extremo más opuesto a la igualdad de los cónyuges.

³⁰ La sentencia contiene un pormenorizado voto particular.

La sentencia de instancia desestimó la demanda formulada por una de las viudas en reclamación de cantidad frente a la resolución del INSS, que había repartido la cuantía de la pensión de viudedad al 50 por 100 entre la actora y una segunda esposa del fallecido ³¹ con quien había contraído matrimonio en Gambia sin haber disuelto el anterior vínculo, lo que es conforme con el Derecho islámico.

La sentencia de suplicación elabora una muy pormenorizada argumentación acerca de la eficacia de la excepción de orden público frente a la institución de la poligamia. Con apoyo en la Constitución, en el artículo 12.3 del Código Civil, en los artículos aplicables de la Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, en el Acuerdo de Cooperación de 20 de febrero de 1992 entre el Gobierno de España y la Comisión Islámica de España y en un ordenado argumentario, concluye que «todo lo antecedente conlleva a entender que a efectos de la ley española, el segundo matrimonio es nulo» y por ello no produce efectos. Así pues, «únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado». Lo que significa que la sentencia reconoce el derecho de la primera de las esposas y solo de ella, a percibir la pensión de viudedad en cuantía íntegra.

Esta sentencia parece no tener en cuenta que el rigor del principio *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet* genera un efecto demasiado devastador en la aplicación tuitiva de las normas de Seguridad Social y con respecto al objeto mismo de la protección social y más concretamente en lo que se refiere al devengo de las pensiones de viudedad. Porque es claro que la excepción de orden público es un mecanismo de salvaguarda de nuestro ordenamiento frente a la recepción de leyes o instituciones abiertamente hostiles a nuestro Derecho, pero es también claro que no resulta absolutamente disparatado considerar que las prestaciones individuales de Seguridad Social pueden soportar un cierto grado de tensión en el plano del conflicto de leyes, habida cuenta de su naturaleza protectora y que la aplicación rigurosa del artículo 12.3 del Código Civil puede generar un perjuicio ad personam que en ocasiones no estaría justificado, sobre todo si se piensa que, aunque al segundo matrimonio no le reconozca efectos la sentencia, el matrimonio realmente existe y se está en presencia de dos viudas reales que participan del mismo estado de necesidad. Viene así la sentencia a sancionar con la nulidad y la privación radical de sus efectos –incluidos los que pertenecen al ámbito de la protección social– una situación real de matrimonios que efectivamente existen y fueron legales en origen de conformidad con el estatuto personal del causante y de las viudas. El voto particular que la sentencia contiene es amplio y recoge no solo esta observación sino algunas otras de interés, como la referida a la incongruencia de la sentencia al decidir sobre la nulidad de un matrimonio, lo que no estaba presente, en absoluto, en el *petitum* del recurso que se resolvía.

Al mismo resultado de denegación de la pensión a la segunda esposa llega la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005 ³².

³¹ Ciertamente, la tenacidad con la que el INSS insiste en repartir la pensión de viudedad a partes iguales en los casos en que recibe solicitud de pensión de varias viudas de un polígamo, sean originarias de Marruecos o de Túnez o de cualquier otro país islámico con el que España no haya suscrito convenio de Seguridad Social, es ciertamente sorprendente. Un intento de explicación de esta postura se realiza más abajo: véase el apartado siguiente de este estudio: «2. La práctica administrativa».

³² Por motivos distintos a la demanda de prestaciones de Seguridad Social, pero en relación con la eficacia del matrimonio polígamico en España, se pronunció la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de diciembre de 2000,

2. La práctica administrativa.

En sede administrativa, el INSS mantiene actualmente un criterio uniforme al respecto. Con relación a los convenios hispano-marroquí e hispano-tunecino de Seguridad Social, se limita a aplicar las reglas contenidas en los mismos y, por tanto, procede al reparto previsto en los artículos 23 y 24 respectivamente de cada uno de los convenios. Naturalmente, aplica dichos convenios a las pensiones cuyos causantes tienen dichas nacionalidades. Pero se da la circunstancia de que también aplica *por analogía* dicha fórmula de reparto a las pensiones cuyos causantes son de origen distinto, nacionales de otros Estados islámicos con los que España no ha suscrito acuerdo internacional en la materia y, por tanto, en tales casos, también la pensión de viudedad se reparte entre las viudas simultáneas a partes iguales, lo que equivale a admitir la eficacia de la poligamia en España. El INSS no se plantea si tales convenios celebrados con Marruecos y con Túnez entran o no en el marco constitucional. Aplica la ley, aplica los convenios y cumple con la letra de las normas. Tal cumplimiento es obligado, en tanto no se cuestione la constitucionalidad de dichos convenios. Pero ocurre que, al aplicar también la fórmula del reparto a las pensiones causadas por nacionales de países en los que la poligamia es una forma de unidad familiar y con los que España no ha suscrito ningún convenio de Seguridad Social, el INSS va más allá del cumplimiento de la letra de los convenios firmados, que son acuerdos internacionales y que por tanto solo obligan a las partes que los han suscrito. El INSS acepta así la poligamia en todos los casos en que está presente y no solo cuando tal aceptación deriva de un convenio. Y no solo la acepta sino que la convierte, precisamente, en la situación de hecho protegida cuando reconoce pensión a una pluralidad de viudas.

Probablemente, el problema que afronta la práctica administrativa en este asunto deriva de la novedad de la situación de una creciente inmigración que, de alguna forma, importa un modelo de familia desconocido hasta ahora en España y del que no era preciso ocuparse... *hasta ahora*. Pero la situación ha cambiado. Por otro lado, como se ha visto, la incertidumbre de las respuestas judiciales tampoco favorecen la adopción de un criterio administrativo claro. Es evidente que el INSS está sometido al principio de legalidad y que debe, por tanto, cumplir la ley. Y en este punto hay dos convenios con países musulmanes que reconocen pensión a las viudas de un polígamo. Y el INSS no puede obviar tal legislación. Pero, por otra parte, no debería pasarse por alto el hecho incontrovertible de que el INSS está sometido también a los principios constitucionales y debe apurar las posibilidades abiertas para ajustar su actuación al marco constitucional, aun cuando ello pueda suponer a veces renunciar a la cómoda aplicación automática de la ley. Sobre todo si no hay ley, como ocurre en los casos en que no existe convenio de Seguridad Social con los países de procedencia de los trabajadores polígamos.

Naturalmente, los fundamentos jurídicos empleados en sede administrativa para extender a *todos* los supuestos de matrimonios poligámicos lo dispuesto solamente para los nacionales marroquíes y tunecinos, operan sobre el concepto de analogía. *Analogía* con los convenios con Marruecos y Túnez. De acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, «procederá la aplicación analógica de las normas cuan-

en la que se señala que «es obvio que en España no se permite la poligamia y que en caso de que se produzca es un caso de nulidad en el que solo quedan protegidos los efectos respecto de hijos o civiles de contrayentes de buena fe (STS 15-5-83). Consiguientemente, en casos de poligamia válidos conforme a la legislación de origen, ley personal del solicitante, habrá que aplicar el contenido del artículo 12.3 del Código Civil que prohíbe la aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público (...) y por consiguiente no puede hacer valer [la actora] la condición de esposa, cuando la esposa primigenia ya lo ha hecho valer al fin pretendido».

do estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Sin embargo, cuando la práctica administrativa de la entidad gestora se apoya en la analogía, no lo hace aplicando a un supuesto de hecho no contemplado por la norma un principio presente o derivado de otras disposiciones –la analogía de derecho– sino que lo que hace es extender los efectos de una norma convencional bilateral a quienes no son parte de la misma. Con ello, la analogía verdaderamente empieza a diluirse para tomar los tintes de una muy cuestionable interpretación extensiva. Así, los convenios suscritos con Marruecos y con Túnez, que por su propia naturaleza convencional bilateral no pueden contener principios generales de los que deducir o inferir identidades de razón con otros supuestos situados fuera de dicha convención bilateral, son objeto de interpretación extensiva a otros supuestos claramente fuera de su ámbito de aplicación –un campo de aplicación, el de los convenios, nítidamente determinado y perfectamente *limitado* en sus primeros artículos– mediante la dudosa fórmula de aplicar lo particular a lo particular.

De todos modos, es preciso señalar que la práctica administrativa de la entidad gestora no puede ser sólida o coherente cuando las propias decisiones judiciales son vacilantes al respecto, muchas veces distintas y contradictorias.

Hasta aquí, las posibilidades judiciales y administrativas ensayadas. Como puede verse, los criterios son muy dispares, las soluciones muy distintas y contradictorias.

VI. APROXIMACIÓN A UN CRITERIO GENERAL VÁLIDO

1. Síntesis de los argumentos favorables al reparto de la pensión utilizados por la doctrina o en sede judicial.

- a) La excepción de orden público es regla conectada con la realidad social. Se acaba de ver en la sentencia del Tribunal Supremo de 1977 antes referida, en la que dicha excepción cedió ante evidencias sociológicas dinámicas que acabaron por transformar la propia legislación española en materia de divorcio. Así, pues, solo opera de forma inflexible la excepción de orden público cuando la aplicación de la norma extranjera al caso concreto produzca una vulneración efectiva de un principio fundamental constitucional o de los derechos humanos.
- b) Aunque el Registro Civil español no inscriba matrimonios poligámicos, no afecta al objeto del problema porque, en realidad, lo que se debe valorar no es la admisión o no del matrimonio en nuestro Derecho, sino *los efectos de Seguridad Social de un matrimonio de esta clase en orden a la protección social de las que, sin duda, son auténticas viudas*. Que el orden público impida inscribir un matrimonio poligámico en el Registro español no supone privarle de todos sus efectos. La falta de inscripción no invalida el matrimonio. La Dirección General de Registros y del Notariado, en diversas resoluciones, ha señalado que el matrimonio no inscrito es válido y tiene efectos desde su celebración. El hecho de que no se haya inscrito implica la dificultad de su prueba y el pleno reconocimiento de sus efectos y, además, no puede perjudicar los derechos de terceros de buena fe, pero el matrimonio

existe y la falta de inscripción no puede provocar la consecuencia de estimar que el contraente no está casado. Porque la inscripción no es constitutiva.

- c) Además, hay un dato concreto de capital importancia. La excepción de orden público no opera respecto del ordenamiento jurídico propio. Es decir, el orden público produce efectos respecto de la norma extranjera que se pretende aplicar en España, pero no puede ser invocado contra nuestras propias normas españolas. Y ocurre que en el convenio hispano-marroquí y en el hispano-tunecino, se ha previsto el problema de que puedan surgir viudas de polígamos, reconociendo a efectos de Seguridad Social el vínculo matrimonial con cada una de las esposas y atribuyendo a cada una partes iguales de la única pensión causada. Así pues, si el causante de pensión es marroquí o tunecino, no cabe invocar el orden público contra un convenio bilateral que no puede considerarse como Derecho extranjero sino que es exactamente legislación española. Si esto es así, y el propio ordenamiento español ha renunciado a oponer el orden público respecto de los naturales de Marruecos y de Túnez, no se aprecian razones sólidas que impidan esa misma eficacia a los matrimonios celebrados por naturales de otros países.

Debe resaltarse que no se contempla aquí la institución matrimonial, su concepto occidental o no islámico, la capacidad de los contrayentes... Se dilucida, desde el punto de vista de los derechos de protección social, el efecto que en este ámbito concreto cabe otorgar en España a matrimonios válidos en otros países.

No cabe, sin embargo, aceptar efectos que distribuyan la pensión del causante entre las beneficiarias en atención o en proporción al tiempo de convivencia porque de ningún modo se está aquí en presencia de un supuesto del artículo 174.2 de la LGSS. No hay una viuda única, titular del derecho a la pensión, del que se detrae la parte que le corresponde a quien había sido cónyuge, ahora divorciado, y que por tanto no es viudo. En el caso del matrimonio poligámico se está en presencia de varias viudas, cada una de las cuales contrajo un matrimonio perfectamente válido conforme a su estatuto personal. La primera esposa y las siguientes son auténticas viudas reales que llegan al mismo tiempo a su idéntica situación de viudas y que solicitan la misma protección.

2. Síntesis de los argumentos contrarios al reparto de la pensión usados por la doctrina o en sede judicial.

- a) En torno a la dignidad y la igualdad.

La poligamia islámica es una institución reservada solamente para hombres. La capacidad nupcial de las mujeres exige que no se hallen ligadas por vínculo matrimonial previo, exigencia que no opera en el caso de los hombres. Esta distinta eficacia del impedimento de ligamen por razón de sexo se opone al principio de igualdad.

Se niega en España la inscripción registral de segundos matrimonios contraídos por hombres cuyo estatuto personal permite la poligamia porque, si bien el contraente extranjero puede contraer matrimonio de acuerdo con la legislación de su país (legislación que resulta aplicable además en España según las normas de conflicto del art. 9 Código Civil) no puede ser inscrito para producir

todos sus efectos porque atenta contra la dignidad constitucional de la mujer y, por tanto, se invoca la excepción de orden público (resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1996 y 4 de junio de 2001) y también contra la igualdad entre hombres y mujeres (art. 14 CE). La inadmisión por esas causas del matrimonio poligámico es una respuesta común del conjunto de la Unión Europea y no solo española.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hay derechos que pertenecen a toda persona, española o extranjera, por el hecho mismo de ser persona y que tendrán para los extranjeros la misma intensidad, protección, alcance y configuración que la prevista para los españoles (STC 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; 130/1995, de 11 de septiembre; 2000/1995, de 10 de abril) Entre tales derechos se encuentra la dignidad de la persona. De tal modo es así que el artículo 10 de la Constitución establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son *fundamento del orden político y de la paz social*».

Por su parte, el artículo 14 de la Constitución, referido a la igualdad ante la ley señala que frente a tal igualdad no puede prevalecer «discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La Ley 4/2000, en su redacción vigente, señala en su artículo 3.2 que «las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos», añadiendo una cláusula de salvaguarda según la cual, «sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de conductas contrarias a las mismas».

Así, pues, la pensión de viudedad de un causante polígamo no puede ser reconocida a las diversas viudas en la medida en que ello supone dar efectos a una institución radicalmente contraria a la dignidad de la mujer y a la igualdad entre hombre y mujer, principios básicos del orden y de la paz social. Y debe oponerse en este caso la excepción de orden público porque, aun cuando no sea norma rígida, solo opera de forma inflexible cuando la aplicación de la norma extranjera al caso concreto produzca una vulneración efectiva de un principio fundamental constitucional o de los derechos humanos. Y este es, exactamente, el caso. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, interpretando el derecho de libertad religiosa señala que este no se recorta ni tiene más límite que «el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Otras sentencias (24/1982, 166/1996, 15/1985, 101/2004) vienen a sentar el principio de que los extranjeros que pertenecen a minorías religiosas tienen derecho a ser tratados de igual forma que las personas que no pertenecen a su grupo religioso, *pero no a reclamar derechos propios diferentes derivados de su particular religión o creencia*. Pero, en todo caso, estas últimas referencias a la religión, se han hecho aquí solo para cerrar el paso a las imaginativas consideraciones que sobre la libertad religiosa pudieran venir a confundir el centro del debate, ya que no estamos en presencia de un asunto relativo a la libertad religiosa, sino estrictamente frente a un caso de recepción en nuestro ordenamiento de una ley extranjera.

c) La igualdad entre los cónyuges, como especie de la igualdad de todos, se proyecta de tal modo sobre la totalidad del ordenamiento jurídico que no solo no cabe en nuestro sistema –ni por recepción del Derecho extranjero– la diferencia de trato que perjudica a la mujer, sino que tampoco

cabe cuando esa diferencia de trato le favorece. La sentencia del Tribunal Constitucional 36/2000 recoge que el derecho a la igualdad de los cónyuges es de carácter imperativo, hasta el punto de que rige incluso cuando la mujer pudiera obtener beneficios en sostener otra cosa porque el orden público, cuando defiende la igualdad está por encima de los intereses de los destinatarios de las normas. No cabe la renuncia a la igualdad de derechos entre hombre y mujer, en ninguna de sus manifestaciones, entre ellas, la de la igualdad de derechos civiles en el matrimonio.

VII. ENSAYO PARA UNA SOLUCIÓN

Desde luego, no estamos en presencia de un problema *cultural*, ni mucho menos *religioso*, ni puede enmarcarse en el *aislacionismo* o en el *integracionismo* de los inmigrantes ni, por supuesto, en la *multiculturalidad* de la sociedad. Si se renuncia a la artificiosa o, al menos, confusa conexión con tales conceptos, se descubrirá que estamos frente a un problema exclusivamente jurídico. No es, por supuesto, la religión lo que genera el problema. Podrá generar otros, como la determinación del nivel de penetración social de instituciones ajenas a nuestro ordenamiento o el nivel de convivencia de diversas culturas. Pero el debate que este estudio plantea es estrictamente jurídico.

1. Un poco de Filosofía del Derecho para ganar perspectiva.

Muchos de los actos del Derecho de familia son de carácter imperativo e impiden o limitan el juego de la autonomía de la voluntad. La familia es, para nuestro Derecho, un ámbito mixto en el que coinciden los intereses del individuo y los de la sociedad o los del Estado y es por ello, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN³³, el sector del Derecho privado en el que mayores limitaciones ha de soportar la libertad individual. Esto no significa que no exista autonomía de la voluntad en absoluto o que los actos jurídico-familiares sean actos estatales. Son, desde luego, actos de naturaleza jurídica privada. Pero –y esto importa destacarlo desde ahora– las partes no pueden disponer de sus efectos, que se hallan predeterminados en la ley.

Cuando el artículo 9.1 del Código Civil, norma de conflicto de leyes, reenvía a la ley extranjera la regulación del matrimonio de los extranjeros, no puede entenderse sino que ese acto de disposición de la voluntad, ese acto jurídico privado, estrictamente de Derecho de familia, es el que debe ser regulado por la ley nacional de los contrayentes. Pero en modo alguno admite que los efectos *imperativos* y *no disponibles*, predeterminados por la ley española para esa clase de actos, dejen de producirse, o se excepcionen por la presencia de un elemento extranjero. Al matrimonio celebrado conforme a la legislación de otro país, de acuerdo con el estatuto personal de los contrayentes, le serán de aplicación las leyes nacionales que lo regulan, pero una vez admitido esto, algunos efectos de tal acto son imperativos para la ley española que reconoce el reenvío. Y del mismo modo, algunos de los efectos que la ley extranjera atribuye a los mismos podrían no recepcionarse en nuestro Derecho porque no son los efectos predeterminados por la ley española para dicha clase de actos. No otra cosa es, en realidad, la cláusula de orden público en este terreno que el artículo 12.3 del Código Civil establece.

³³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Derecho de familia y sucesiones. Tecnos. Madrid, 2007. Pág. 44.

En el Derecho de familia de cualquier país pueden distinguirse los actos privados, que persiguen intereses privados, y *los efectos* de tales actos privados, que persiguen intereses públicos. Es sobre aquellos sobre los que cabe el reenvío. Pero los intereses públicos no permiten que, mediante el reenvío, se produzcan en España efectos no predeterminados por la ley ni que se excepcione la producción de tales efectos predeterminados, porque mientras que aquellos, los actos privados, se fundan en identidades parciales y en la voluntad de quienes los realizan, estos otros, los efectos públicos de dichos actos, se fundan en una identidad social común regulada como totalidad exclusiva, normalmente anclada en valores superiores constitucionalizados, para los que la ley predetermina sus efectos de modo tan absoluto que se sustraen al marco de las relaciones privadas y resultan indisponibles –determinados efectos de los actos– para las partes.

Con la fórmula metafórica de BOBBIO³⁴, cuando señala que el bosque no es la suma de los árboles del mismo modo que un sistema jurídico no es la suma de las normas que lo componen, se dirá aquí, con BOBBIO, que un bosque es la suma de los árboles *y algo más*. El Derecho de familia son las normas jurídicas que lo regulan *y algo más*. Y ese algo más es, exactamente, lo que resulta indisponible porque pertenece a la identidad social común. No es la suma de las normas lo que constituye al sistema, sino que es este el que elige sus componentes atribuyéndoles significado normativo. El sistema no se constituye por emergencia desde abajo, sino por selección desde arriba³⁵. Y por tanto, la norma extranjera aplicable por razón del reenvío que preceptúa el artículo 9.1 del Código Civil no es nunca ni previa ni ajena a los juicios jurídicos de validez en el interior de nuestro ordenamiento, sino el resultado de ellos.

2. Discriminación, igualdad y dignidad.

En primer lugar, es preciso recordar que el matrimonio islámico poligámico es una institución jurídica que, como se ha venido diciendo, se fundamenta, entre otros elementos no menos importantes, sobre el distinto papel que para hombres y mujeres juega el impedimento de ligamen. Tal impedimento existe solo para las mujeres, siendo así que para los hombres no opera sino a partir de la cuarta esposa con sanción de irregularidad –no de nulidad– del quinto y sucesivos matrimonios y con la posibilidad de tomar esposas temporales. Tal desigualdad no tiene otro fundamento ni otra nota de aplicabilidad que el hecho mismo de la diferencia de sexos. Estamos, por tanto, ante una institución discriminatoria, contraria a los artículos 1.1 y 14 de nuestra Constitución. Esto es, contraria a los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 14 CE). Pero es también atentatorio contra la dignidad de la mujer.

A pesar de que la proclamación de la dignidad humana se realiza en el artículo 10.1 CE y por tanto dentro del Título I, no se trata de un derecho fundamental en sentido propio, en el sentido de que no es predicable de ella el régimen jurídico de protección de los derechos fundamentales expuesto en el artículo 53 de la CE. Es, como dice la norma constitucional, «fundamento del orden político y de la paz social». Esto quiere decir que en el sistema de valores de la Constitución, son precisamente la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad la base última de la convivencia democrática. «La democracia constitucional –señala DIEZ-PICAZO– no se estima viable si no adopta como criterio de orientación

³⁴ BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Editorial Debate, Madrid, 1991, pág. 161. Citado por SERRANO, J.L. (véase nota 35).

³⁵ SERRANO, J.L. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Trotta. Madrid, 1999.

permanente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Los fines del Estado democrático no pueden ser, así, otros que el respeto por dichos grandes principios; y es por tender a su realización por lo que ese Estado democrático de derecho puede exigir obediencia y, en ese sentido, considerarse legítimo». Añade este autor que «dignidad de la persona, se trata de una afirmación de la prioridad de la persona—esto es, de todos y cada uno de los individuos— sobre el Estado. Ello implica que los poderes públicos son un instrumento al servicio de los seres humanos y no al revés»³⁶.

Pues bien, la dignidad, como rango o categoría de la persona, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opiniones o creencias (STC 214/1991, de 11 de noviembre). Es, por tanto, valor de la persona, sea cual sea su nacionalidad, religión o sexo.

No es fácil definir jurídicamente la dignidad, que parece un valor o una idea inmanente. Pero una aproximación a su contenido revela que se trata, (no solo, pero desde luego, también) del derecho a tener derechos, o lo que es lo mismo, la idea de que tener a alguien por ser humano significa reconocerle ciertos derechos³⁷.

En concurrencia con estos argumentos, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003 señala que «es difícil declararse a la vez respetuoso de la democracia y los derechos del hombre y sostener un régimen fundado sobre la *sharia*, que se separa notablemente de los valores de la Convención, a la vez que reserva para las mujeres en el orden jurídico y para su intervención áreas de la vida privada y pública conformados por normas religiosas».

La misma sentencia añade que la *sharia*, reflejando fielmente los dogmas y las reglas divinas emitidas por la religión, presenta un carácter estable e invariable. «Le son extraños principios como el pluralismo en la participación política o la evolución de las libertades públicas. La Corte ratifica que leídas conjuntamente las declaraciones en cuestión, que contienen las referencias explícitas a la instauración de la *sharia*, son difícilmente compatibles con los principios fundamentales de la democracia, tales como los que resultan de la Convención comprendida como un todo».

3. La excepción de orden público.

Para FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO³⁸, el orden público nacional sería el conjunto de todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico no derogables por la voluntad de las partes. El orden público internacional es, para los mismos autores, el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. Por su parte, PÉREZ VERA³⁹ entiende que el orden público es el conjunto de normas y principios que en un momento histórico determinado reflejan el esquema de valores esenciales a cuya tutela atien-

³⁶ DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*. Thomson-Civitas. 2003. Págs. 64 y 65. Esta concepción está muy conectada con la idea expresada ya por BOBBIO acerca de los derechos humanos cuando señala que «concepción individualista significa que primero está el individuo, se entiende, el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa» BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid, 1991, pág. 107.

³⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. «La declaración de 1948. Dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo». *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural. Cuadernos de Derecho Judicial XI*. CGPJ, 1998. Pág. 233.

³⁸ *Derecho Internacional privado*, Thomson-Civitas. 2004, pág. 145

³⁹ PÉREZ VERA, E. y otros. *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. UNED. 2001, pág. 162 y ss.

de de manera especial cada ordenamiento jurídico concreto. El Tribunal Supremo ha definido esta noción como «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada»⁴⁰. El orden público actúa frente a normas extranjeras que vulneran tal esquema de valores y frente a decisiones judiciales extranjeras que vulneran principios y valores fundamentales y, además, frente a los efectos de las normas extranjeras contrarios a nuestro sistema jurídico. Y, desde luego, se identifica con los principios y valores constitucionales⁴¹.

Pero sea cual sea la definición o la aproximación a los perfiles de la noción de orden público, paradigma de los conceptos jurídicos indeterminados, resulta de capital importancia advertir aquí que son las reglas de conflicto las que determinan el grado de incorporación de la ley extranjera. Y en este caso, en tanto que ley personal de los inmigrantes, determina el grado en que se va a introducir el Derecho islámico y sus principios en materia de matrimonio. Pero es que las normas jurídicas adquieren su estatuto de tales en el interior del sistema normativo porque la norma –señalaba KELSEN– no es un mandato sustantivo (o no lo es solamente), sino una forma de significación, un modo de producción formal de *significado jurídico*⁴².

4. Propuesta de solución.

No es en sí mismo el matrimonio islámico el que resulta incompatible con los principios y valores de la Constitución. Cualquier modelo de matrimonio, se insiste muy marcadamente: cualquier modelo de matrimonio (homosexual, heterosexual, poliándrico, monogámico, poligámico) podrá merecer las consideraciones éticas, culturales, o las actitudes psicológicas o los juicios de otra índole que le correspondan. Pero, en España, los matrimonios, todos ellos, deberán respetar y garantizar la plena igualdad de derechos entre los cónyuges como elemento esencial de su definición y como fundamento de sus efectos jurídicos.

El principio de igualdad es tan absoluto como indispensable para la convivencia democrática. Y penetra hasta el último rincón del ordenamiento. Y se manifiesta en todos los planos del Derecho. Así, por vía de ejemplo, en octubre de 2001, el Ministerio de Asuntos Exteriores, cursó un telegrama a todas las representaciones diplomáticas españolas en el extranjero en el que se comunicaba que debía levantarse la exigencia del permiso del marido a las extranjeras casadas que solicitasen visado para entrar en España, tras haberse comprobado que en los Consulados españoles en algunos países se exigía permiso del marido para que las mujeres solicitaran visados, de acuerdo con la legislación que en Derecho de familia rige en esos países, lo que era (a pesar de tratarse de normas de Derecho de familia) una práctica contraria al artículo 14 de nuestra Constitución. Y por tal motivo, se estableció que los únicos documentos que habrían de exigirse para la obtención de visado debían ser los exigidos por la legislación española sin tener en cuenta los que sean precisos por la legislación extranjera cuando se supedita la libertad de la mujer a la autorización del marido.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966.

⁴¹ Así se ha señalado por el Tribunal Constitucional en la STC 43/1986, de 15 de abril.

⁴² KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Porrúa, México, 1993.

No es por tanto *la idea* de que un hombre pueda estar casado simultáneamente con varias esposas sino la negación de la igualdad de los cónyuges que el matrimonio islámico encierra, con el diverso papel que juega el impedimento de ligamen en el hombre y en la mujer, lo que se opone a la validez jurídica de dicha institución. Porque, claramente, la admisión de instituciones que generan la quiebra de la igualdad no solo sería contrario al orden público que deriva de la Constitución, sino que sería también contrario a lo que se ha venido llamando «orden público de referencia», esto es, aquel sistema de valores que se refiere específicamente a los derechos humanos y que va más allá de los intereses de política nacional para centrarse en los intereses de los destinatarios de las normas⁴³.

Piénsese por un momento y por vía de ejemplo, en otro impedimento distinto del de ligamen que afecte a la capacidad matrimonial en nuestro ordenamiento. Piénsese, concretamente, en la minoría de edad. Los países musulmanes, algunos muy destacadamente, permiten, amparan y dan legitimación y legalidad a los matrimonios en los que la mujer es menor de edad. Niñas menores de diez años pueden estar legalmente casadas en algunos países y de acuerdo con su estatuto personal, de conformidad con su ley nacional.

Nueve años es la edad que establece la segunda escuela islámica más importante, la shi'í, para que una mujer (una niña) pueda casarse. Otra escuela, la hanaf, recomienda contraer matrimonio apenas se tenga un incipiente desarrollo sexual, para evitar las relaciones sexuales fuera del matrimonio. En Marruecos, el matrimonio precoz, de menores de 18 años, se mantiene en la realidad, aunque el artículo 19 del nuevo Código de familia ha elevado la edad mínima de la mujer de 15 a 18 años. Pero permite que esa edad sea rebajada por autorización judicial y en la vida cotidiana, en la realidad social, las decisiones judiciales favorables a permitir matrimonios de menores de edad supusieron el 96 por 100 de los casos planteados con este propósito en 2004⁴⁴.

¿Puede la Seguridad Social española reconocer a una niña una pensión de viudedad? ¿Se haría eficaz tal matrimonio solo para dar objeto a la función tuitiva del Derecho de la Seguridad Social? O piénsese en el caso contrario al que se viene tratando hasta aquí. Piénsese en el supuesto, teóricamente posible aunque en la práctica muy improbable, en el que las dos esposas de un bigamo se encuentran por su trabajo incluidas en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social⁴⁵. Si ambas mueren a la vez, ¿sería conforme a Derecho que cada una de ellas causara una pensión íntegra de viudedad a favor del bigamo? Y si fallecen en momentos distintos, ¿causaría la primera esposa fallecida una pensión de viudedad a favor de quien no es viudo porque está casado con su segunda esposa, todavía viva? ¿Y al fallecer esta segunda, causaría una pensión acumulable con la que ya se percibe por la muerte de la primera esposa? Y si no se tratara de una situación de bigamia sino de poligamia, las tensiones que nuestro ordenamiento jurídico recibiría serían mucho mayores todavía.

Así pues, para concluir, *la tesis que este estudio propone es que resulta de plena aplicación al caso la excepción de orden público* cuando la segunda o ulteriores esposas de un varón polígamo

⁴³ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», pág. 593. *Actualidad Laboral* núm. 33, septiembre de 2003.

⁴⁴ DESRUES, T. y MORENO NIETO, J. *La sociedad marroquí... op cit.* Pág. 128.

⁴⁵ Tomo esta sugerente posibilidad del muy documentado y valioso trabajo de MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «La pensión de viudedad en la sociedad multicultural». *Revista de Poder Judicial* núm. 85. Primer trimestre 2007. Págs. 379 y 380.

invoca el estatuto de cónyuge legítimo según su ley personal para obtener en España una pensión de viudedad. Lo que implica que el segundo y posteriores matrimonios, contraídos constante el primero, no pueden tener eficacia ni invocarse para la obtención, por estas esposas, del beneficio de la pensión. El segundo y ulteriores matrimonios, si bien son legítimos en el país de procedencia de los cónyuges, se oponen a los valores constitucionales de la misma sociedad en la que, precisamente, pretenden hacerse valer para obtener un beneficio social reglado. La admisión de sus efectos, por esa vía, significaría el pleno reconocimiento jurídico de la poligamia.

Y esta noción por la que ha de aplicarse la excepción de orden público en estos casos no debe percibirse como una norma represiva o restrictiva de derechos, porque es la misma norma que fundamenta, en el ámbito laboral, por ejemplo, la ineficacia de la renuncia de los derechos del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores o, en el campo penal, la inaplicación en España de decisiones judiciales dictadas en otro país acordando la pena de muerte o acordando la eficacia de matrimonios de hombres con niñas menores de edad ⁴⁶.

La igualdad de derechos no es una norma dispositiva a la que se pueda renunciar. La prohibición de la discriminación por razón de sexo no es un horizonte ni una tendencia, ni un principio que pueda ceder ante otros de mayor envergadura con los que pueda entrar en conflicto.

La idea, ciertamente sólida, que en algunas partes de este estudio se ha citado, según la cual la realidad de la existencia de más de una viuda era razón básica para atribuir a todas ellas el derecho a percibir pensión de viudedad, no puede compartirse desde nuestro punto de vista porque no es más que la idea de hacer jurídico todo lo que sea fáctico, incluso si se llega a tensionar gravemente el sistema mismo. Es cierto que las viudas existen y son reales. No son menos reales que otras situaciones de necesidad hoy no protegidas por la legalidad vigente en materia de Seguridad Social. Pero, si se elevara siempre a la categoría de norma jurídica lo que es real por el hecho de su misma existencia, se estaría negando que la norma es jurídica porque el sistema constitucional de fuentes del Derecho la produce como jurídica y deja de serlo cuando ese mismo sistema la excluye. Como otras muchas realidades (unas intangibles y otras más concretas), el poder, como concepto, o el matrimonio, como suceso de la vida, y ambos como hechos de la realidad, son fácticos. El Derecho es su límite normativo. «Considerar la *facticidad* de las normas implica en cierto sentido confundir el límite con lo limitado, permitir la conversión de poderes fácticos en normas, esto es, permitir el poder sin límites» ⁴⁷.

Así pues, cuando el artículo 9.1 del Código Civil diseña un mecanismo de solución de conflictos de leyes, lo hace con la reserva aplicativa de la ley extranjera, que es el mandato legal del artículo 12.3 del Código Civil, por el cual se impide recepcionar efectos de la norma extranjera contrarios a nuestro ordenamiento constitucional.

La poligamia no puede invocarse para obtener una pensión de viudedad por muy legítimo que en otro país pueda ser el segundo vínculo matrimonial constante el primero. Como no podría invocarse la existencia de dos o tres cónyuges para beneficiarse en cuantía doble o triple de determina-

⁴⁶ TORRES ANDRÉS, J.M. y otros. «La situación de los extranjeros en relación con el orden social». *Manuales de Formación Continuada*, 30. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004.

⁴⁷ SERRANO, J.L. *Op. cit.*, pág. 95.

das deducciones fiscales previstas por razón de la presencia de un (único) cónyuge; como no podría invocarse tampoco para obtener más ayudas estatales o autonómicas o municipales en materia de subsidios familiares referenciados a la existencia de un (único) cónyuge; como tampoco podría invocarse para que la cuantía mínima de una pensión con cónyuge a cargo sea más elevada porque existe más de un cónyuge a cargo. Y todo ello porque todas esas normas no pertenecen al Derecho de familia. Son normas, incluidas las de Seguridad Social, que tienen intereses en el terreno de la familia, pero no son normas del Derecho de familia. Al reenviar el citado artículo 9.1 del Código Civil a la ley extranjera el Derecho de familia no se admite que tal reenvío implique después que las normas españolas –incluidas las que no pertenecen al Derecho de familia– queden impregnadas completamente del arrastre de la norma extranjera a otros ámbitos y sufran una torsión conceptual de alcance constitucional que fuerce incluso la aplicación *diferenciada* de leyes administrativas (las subvenciones, por ejemplo, a determinadas familias para la compra o el alquiler de una casa) porque ello ya no supone lisamente la aplicación del estatuto personal del extranjero en asuntos de familia sino el asentamiento, el reconocimiento y la incorporación plena de la poligamia a nuestro sistema jurídico, incluso en las normas reguladoras de los derechos de Seguridad Social o, mejor dicho, *a través* de las normas de Seguridad Social que, como se sabe, son de configuración legal, en tanto el artículo 41 de la CE referente a la Seguridad Social no es ni se ubica en la Constitución como un derecho fundamental. El reenvío no es una mecánica de «importación» de la ley extranjera con todos sus efectos, sean cuales sean, a la vida jurídica española, sino un mecanismo de *solución de conflictos* de leyes, lo que es, evidentemente, todo lo contrario de un mecanismo para la *generación* de importantes vulneraciones de la Constitución.

Porque, además, en este caso, los conflictos originados por la norma que pretende la solución de los conflictos se generan entre la ley extranjera y la Constitución. Como señala SERRANO, «en el Estado constitucional los derechos fundamentales no solo son normas jurídicas fruto de una decisión política voluntarista o decisionista, sino que desde su justificación interna introducen en el sistema una fuerte carga axiológica que pretende su proyección en el ordenamiento jurídico (...). La ubicación de los derechos fundamentales en la constitución y, sobre todo, la conversión de esta en un plano superior de juridicidad con respecto al resto del ordenamiento jurídico, provoca la introducción de un plano de deber *en el Derecho* –no de deber ser *del Derecho*–»⁴⁸.

Lo que se acaba de decir no es tan teórico o inconcreto como podría parecer por el lenguaje empleado en el entrecorrido anterior, porque debe tenerse en cuenta que, en el terreno de la práctica y de lo concreto, ya el Tribunal de Derechos Humanos, en su sentencia de 29 de junio de 1992⁴⁹, al resolver sobre un asunto relativo al derecho de reagrupamiento familiar, sobre la base del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Públicas, relativo al derecho a la vida privada y familiar, negó tal posibilidad de reagrupamiento a una mujer casada con un varón ya casado anteriormente y por tanto polígamo, de acuerdo con el estatuto personal de ambos. La sentencia señala que tal estructura familiar, si bien es legítima en el país de procedencia de los cónyuges, se oponía a los valores de la sociedad en la que, precisamente, se intentaba, por esa vía, introducir la poligamia o su reconocimiento jurídico.

⁴⁸ SERRANO, J.L. *Op. cit.*, págs. 56 y 57.

⁴⁹ Asunto Rabia Vivi/Reino Unido.

Quizá, desde algún punto de vista no del todo imparcial y no estrictamente jurídico, podría pensarse que no admitir los matrimonios poligámicos o sus efectos, al menos en materia de Seguridad Social, conculca el pluralismo, que es también un principio constitucional. Pero, tal como se ha subrayado acertadamente, ese es un argumento de ida y vuelta que genera un efecto circular sin fin⁵⁰. Porque si no hay base para aceptar en este punto la absoluta vigencia y la plena aplicación de los derechos fundamentales de la persona, tampoco la habrá para aceptar el multiculturalismo como expresión del pluralismo porque, precisamente, este pluralismo y la multiculturalidad están basados en los derechos fundamentales, que no deben por ello ser relativizados.

Esto lleva a la consideración de que los artículos 23 y 24, respectivamente, de los convenios de Seguridad Social suscritos con Marruecos y con Túnez, podrían ser contrarios al orden constitucional y el Tribunal Constitucional debería tener ocasión de pronunciarse sobre dichas normas hasta ahora no sometidas a su consideración. En especial si se considera que tales normas tienen rango de ley y son, ambas, posconstitucionales.

Pero el orden público español no es un sistema axiológico exclusivo de España, sino que el consenso sobre los valores fundamentales de una sociedad democrática se encuentra muy presente en los textos constitucionales europeos y, por tanto, el orden público europeo y en especial el orden público comunitario es también una referencia para la determinación de la incompatibilidad de los efectos de un matrimonio poligámico en orden a la invocación del estatuto de segunda o ulterior esposa para la obtención de prestaciones sociales. En este sentido, sería muy conveniente que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuviera también ocasión de pronunciarse acerca de si una legislación nacional que atribuyera efectos a los segundos y posteriores matrimonios de un varón polígamo para la obtención de prestaciones de Seguridad Social es compatible con los principios políticos y jurídicos comunitarios y si tal legislación se opone o no al Derecho comunitario. El problema en este punto es que en virtud del artículo 2.2 de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes de Seguridad Social, las prestaciones sociales a favor de los supervivientes del fallecido están excluidas de su ámbito de aplicación, lo que impide, en principio, someter al Tribunal comunitario una cuestión como la que aquí se propone. Nada obsta, sin embargo, a que el planteamiento de tal cuestión, perdiendo concreción sobre la pensión de viudedad y sin referirse a la citada Directiva, gane la posibilidad de plantearse en relación con el principio general comunitario de igualdad de trato por razón de sexo (art. 13 TCE)⁵¹.

Así pues, ni la idea de la poligamia, ni las consideraciones ajenas al Derecho, ni las perspectivas multiculturales integracionistas o aislacionistas, ni los valores éticos o religiosos, ni las diferencias culturales y su tratamiento en una sociedad pluralista, ni los diversos tipos de matrimonio son en sí mismos la cuestión sometida a debate. Porque esta cuestión es estrictamente jurídica y se reduce a señalar que, cualquiera que sea la idea de matrimonio o los fundamentos de las estructuras familiares, cualesquiera que sean los principios morales o religiosos que la norma incorpore, cualquiera que sea la norma extranjera que se tome en consideración, solo resultará aplicable si sus efectos respetan la plena igualdad de derechos de los cónyuges.

⁵⁰ TORRES ANDRÉS, J.M. y otros. «La situación de los extranjeros...» *op. cit.*, pág. 149.

⁵¹ TORRES ANDRÉS, J.M. y otros. *Op. cit.*, pág. 148.