



B Universitat de Barcelona

Facultat de Dret · Grado en Derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO: Derecho
Internacional Privado.

EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASOS DE POLIGAMIA.

Presentado por:
Cazzola Carmona, Ottavia
Niub: 20124893
Tutor: Dra. Cristina González Beilfuss
Cuarto de Carrera 2021/2022

RESUMEN

La poligamia, si bien puede resultar ajeno en el mundo occidental, es una realidad que incluso hoy en día se percibe. La inmigración de los distintos trabajadores al territorio europeo, en concreto, a España, ha convertido el tema tratado en este trabajo de fin de grado, en uno de notable actualidad. A través del análisis de las distintas instituciones intervinientes y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, se intentó dar respuesta a la hipótesis planteada: ¿Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad en España a los cónyuges supervivientes cuando forman parte de un matrimonio poligámico? Se podrá observar que la respuesta a esta pregunta es más bien abstracta y no absoluta, quedando en manos de nuestros tribunales y legisladores, su solución definitiva. Siendo este un supuesto que se puede encontrar en la práctica, resulta de notable utilidad entender las líneas jurisprudenciales que existen al respecto y la perspectiva actual sobre la materia.

PALABRAS CLAVES

Poligamia, orden público internacional, pensión de viudedad, derecho internacional privado, derecho de familia y sucesiones.

ABSTRACT

Polygamy, even though it might be considered an alien topic in the modern western world, it's nonetheless a current reality. Worker immigration into European territory, specifically into Spain, has made this subject relevant enough to be treated in this final degree project. Through thorough analysis of the different intervening institutions and up-to-date jurisprudence of our tribunals, an attempt has been made to answer the following hypothesis: Is the right to a widowhood pension acknowledged to the surviving wives of a polygamous marriage? The response is a rather abstract one, instead of an absolute, which is to say, that it is in the hands of the law-makers and judges to produce a definitive answer still. Since this is a probable scenario that law practitioners will encounter during the exercise of their job, it is considered to be very useful to understand the current jurisprudence train of thought and perspective on the subject-matter.

KEYWORDS

Polygamy, international public order, widowhood pension, bereavement support payment, international private law, family and succession law

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: La Poligamia.	6
1.1 Concepto.....	6
1.2 Su concepción en España: La poligamia como delito penal.	8
1.3 La poligamia en los convenios internacionales.....	9
1.4 Su concepción en la Unión Europea.	9
CAPÍTULO II: Efectos post mortem del matrimonio. Derechos viudales: el derecho a la pensión de viudedad.	12
2.1 Concepto.....	12
2.2 Regulación.....	13
2.3 Beneficiarios.....	13
2.4. Régimen de Clases Pasivas:.....	15
CAPÍTULO III: Matrimonios celebrados en el extranjero.	17
3.1 Su reconocimiento en España.....	17
3.2 Cláusula del orden público en el Derecho Internacional Privado:.....	18
3.2.1 Orden público atenuado:.....	20
CAPÍTULO IV: Una solución jurisprudencial. Análisis evolutivo de la doctrina del Tribunal Supremo. ..	22
4.1 Pensión <i>únicamente</i> a la primera viuda:.....	22
4.2 Pensión <i>proporcional</i> entre todas las viudas	24
4.3 Pensión <i>por igual</i> a todas las viudas: Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018. ...	27
4.3.1 <i>Fundamentos de derecho</i> :.....	28
4.3.2 <i>Voto Particular</i>	29
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	34

INTRODUCCIÓN

La globalización y, con ella, la creciente multiculturalización que ha experimentado España, ha expuesto a nuestra sociedad a realidades culturales distintas pero existentes. La poligamia, es, en definitiva, una de estas realidades sociales.

Ante la creciente inmigración de ciudadanos de países donde es legal la poligamia, los tribunales españoles se han encontrado con el riguroso trabajo de, buscando siempre alcanzar los ideales de justicia, estudiar una institución no reconocida por nuestro ordenamiento y contraria a nuestro orden público, para poder aplicarla en relación al derecho a percibir la pensión de viudedad, que pretende una protección al cónyuge superviviente.

Numerosos extranjeros se encuentran trabajando en España, y, por lo tanto, inmersos en el Sistema de la Seguridad Social. Todos ellos, generan, al momento de su fallecimiento, una pensión de viudedad en favor del cónyuge superviviente. Sin embargo, este efecto, no siempre se produce de manera automática para aquellos trabajadores o pensionados que al momento de su muerte estuvieran casados simultáneamente con dos o más personas, es decir, que se encuentren dentro de un matrimonio poligámico.

Es la actualidad social y jurídica que presenta este tema, lo que ha impulsado al análisis hecho del mismo, en este trabajo de fin de grado. El objeto del trabajo, tal como nos lleva a concluir el título, se centrará en el derecho a la pensión de viudedad en los casos de poligamia. Se hará un estudio teórico y conceptual de las diversas instituciones involucradas, como son: la pensión de viudedad, la poligamia, los reconocimientos por parte del estado español de matrimonios celebrados en el extranjero, la aplicación de la excepción del orden público, en su vertiente restrictiva y atenuada. Se hará, además, un análisis jurisprudencial de diversas resoluciones de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, así como de la famosa Sentencia núm. 84/2018, de 24 de enero y se expondrán, las distintas soluciones alcanzadas por dichos tribunales.

Todo ello, se realizará con la intención de responder la pregunta, de la cual se parte como base para realizar esta investigación: ¿Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad en España a los cónyuges supervivientes cuando forman parte de un matrimonio poligámico?

Este trabajo está conformado por cuatro capítulos, conclusiones y la respectiva bibliografía. Cada capítulo versará sobre las cuestiones centrales antes mencionadas. En el Capítulo I se hablará sobre la poligamia: ¿Qué es?, ¿Cómo se concibe en España?, ¿Existen tratados internacionales suscritos por el estado español donde se acepta? En el Capítulo II se entrará en materia de pensión de viudedad: ¿Qué es?, ¿Cómo se regula en España?, ¿Quiénes tienen derecho a ella? entre otros. En el Capítulo III se abordará el supuesto de los matrimonios celebrados en el extranjero y su eventual reconocimiento en España. Se analizará, necesariamente, la cláusula de orden público internacional y su modalidad atenuada. Por último, en el Capítulo IV se estudiarán diversas sentencias y resoluciones judiciales con el propósito de evidenciar las líneas jurisprudenciales que existen sobre la materia.

Las fuentes utilizadas no son más que publicaciones hechas por los teóricos del tema, así como las propias palabras de nuestros Altos Tribunales. Se utiliza también la legislación, que resulta de gran apoyo a la hora de estudiar las regulaciones de las distintas instituciones,

así como los artículos de revista donde se exponen opiniones que expresan un punto de partida a la hora de valorar la posición doctrinal.

En definitiva, no se trata aquí de hacer un trabajo arduo y prolongado sobre la materia, que supondría una extensión de tiempo mucho mayor del que se dispone, sino de exponer los puntos claves y así, tratar de dar respuesta a la hipótesis formulada.

CAPÍTULO I: La Poligamia.

1.1 Concepto.

La poligamia es un tipo de matrimonio donde uno de los cónyuges este casado con más de una persona. La Real Academia Española (RAE) define la poligamia como aquel *régimen familiar en que se permite, generalmente al varón, la pluralidad de cónyuges*. Es, por tanto, contraria a la monogamia, sistema y concepción matrimonial que rige en España y en Europa, que supone la unión matrimonial entre dos partes.

Existe una distinción de términos dentro de lo que generalmente se conoce como poligamia, así, cuando un hombre está casado con más de una mujer se le conoce como poliginia y, cuando una mujer está casada con más de un hombre, poliandria. Si bien esta distinción terminológica existe, sin duda alguna, la más común es la poliginia.

Donde encontramos una mayor incidencia de la poligamia, en su subtipo de la poliginia, es en los países que se rigen por el *sharia* o derecho islámico. De todo el globo, podemos decir que África es el continente donde más extendida está la práctica¹ (ver cuadro 1). En el territorio que se conoce como *polygamy belt* o cinturón de poligamia, correspondiente a África Central y África Occidental, dicha institución es frecuentemente legal y/o tolerada.² Por otra parte, en la India, Malasia, las Filipinas y Singapur, los matrimonios polígamos son reconocidos exclusivamente para los musulmanes.³ Sin embargo, cabe destacar que, de datos extraídos en el 2020, sólo alrededor del 2% del total de la población mundial vive en estos matrimonios.⁴

A nivel internacional, debemos decir que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha condenado la práctica por ser incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableciendo que los Estados Partes deberán prohibir la poligamia, la cual viola la dignidad de las mujeres. En los ordenamientos jurídicos africanos, la preponderancia de la costumbre y tradición tiene un gran peso, llegando incluso a ser normal, en las poblaciones más rurales, que se lleven a cabo conductas amparadas en una costumbre contra legem o inconstitucional, siendo una de estas, la poligamia. Es por esta razón que el Comité reitera su preocupación por la continua existencia de estas prácticas, que considera altamente nocivas para los derechos de las mujeres e incita a los Estados miembros a seguir por el camino de desregularizarlas.⁵

En la siguiente imagen (cuadro 1) se puede evidenciar los diferentes estatus jurídicos que tiene la poligamia en el mundo.

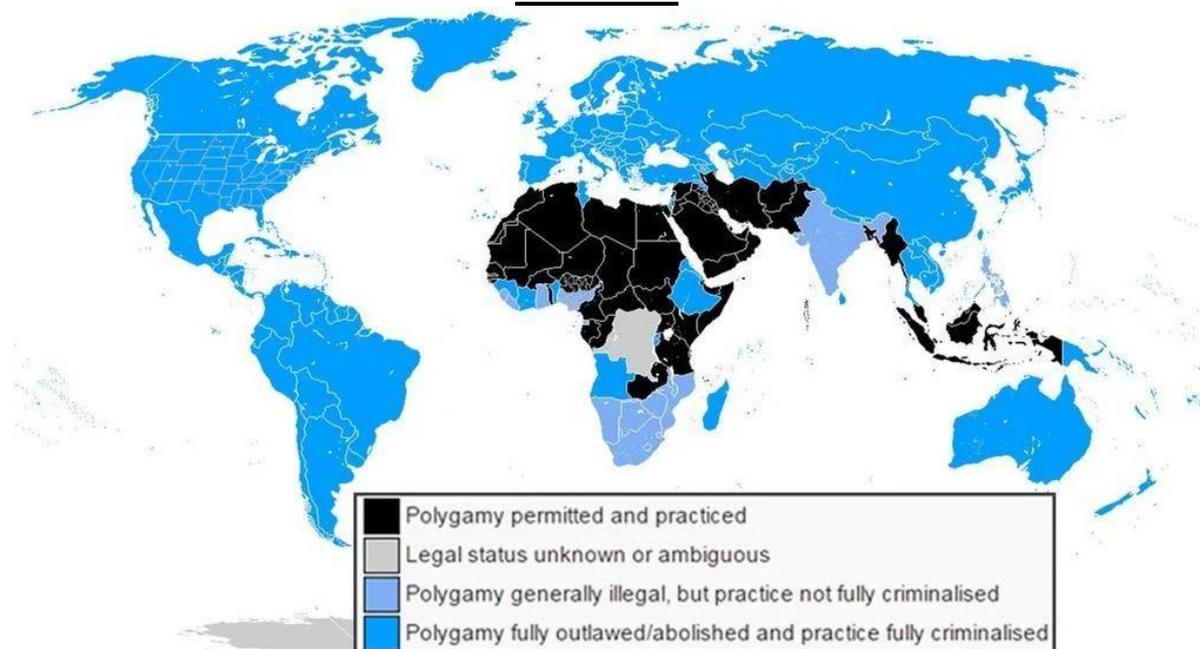
¹ Fenske, J. (2013). African polygamy: Past and present | VOX, CEPR Policy Portal. <https://voxeu.org/article/african-polygamy-past-and-present>

^{2, 4} Kramer, S. (2020, diciembre 7). Polygamy is rare around the world | Pew Research Center. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/12/07/polygamy-is-rare-around-the-world-and-mostly-confined-to-a-few-regions/>

³ World Population Review. (s. f.). 2022 World Population by Country. Recuperado 9 de mayo de 2022, de <https://worldpopulationreview.com/>

⁵ United Nations. (2008). Report of the Human Rights Committee. En General Assembly Official Records: Vol. I (Número 40).

CUADRO 1⁶



Por último, se debe hacer mención a lo que se conoce como la *poligamia potencial*. Se trata de un supuesto donde el matrimonio no es en la realidad poligámico, pero podría llegar a serlo. Ciertos países, en su legislación, permiten que el matrimonio sea poligámico salvo que el varón renuncie a dicho derecho expresamente al momento de contraer matrimonio, por lo que, en la práctica, habría posibilidad de encontrarnos con un matrimonio entre un hombre y una mujer (monógamo) pero que, si el varón quisiera, podría llegar a ser poligámico.

La doctrina de la poligamia potencial es de origen anglosajón y, aunque ya se encuentre superada, ha sido fundamento suficiente para ciertas resoluciones españolas, entre ellas, el Auto del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017⁷ o el de 2 de julio de 2020, de los que se hablará con más detalle *infra*.

Dichos matrimonios, tampoco podrían llegar a ser inscritos en el Registro Civil, es decir, *aunque se trata del primer matrimonio del sujeto, dado que es un matrimonio potencialmente poligámico, la DGRN deniega su inscripción en España*⁸ por contrariar el orden público español. Sin embargo, ya que un matrimonio sea potencialmente poligámico, no implica, necesariamente, que lo llegue a ser, hay quienes opinan, que más que aplicar un criterio generalizado, como el que usa la DGRN, se debería estudiar caso por caso, para poder determinar la verdadera voluntad del hombre.⁹ Así lo expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 26 de octubre 2016, núm. 339/2016, que estima el recurso interpuesto contra la denegación, por parte del Registro Civil, de la inscripción del único matrimonio de un hombre de Gambia, pues no había

⁶ Wheaton, O. (2015). Where in the world is polygamy legal? Map shows countries still practicing the laws | Metro News. <https://metro.co.uk/2015/06/22/where-exactly-is-polygamy-legal-5257418/>

⁷ Adroher Biosca, S. (2021). Efectos de los Matrimonios poligámicos en España. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario No 784, 749-777.

^{8,9} Castellanos Ruiz, M. J. (2018). Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial. Cuadernos De Derecho Transnacional, 10(1), 94. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4118>

renunciado a su derecho a segunda y posteriores nupcias (poligamia), y no se había acreditado su estado civil previo al matrimonio, por tanto, el certificado (de matrimonio), que se pretendía inscribir era contrario al orden público español. La sentencia afirma que, *se puede constatar que el Sr. Carlos Daniel manifestó ante el encargado del Registro Civil que cuando contrajo matrimonio con D^a Celestina era soltero y que la poligamia es una opción que él no ha ejercido, por tanto, el orden público constitucional no queda vulnerado por la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil.* Hace, esta sentencia, uso de la doctrina del orden público atenuado, herramienta estrella en casos donde se reconoce efectos a matrimonios polígamos y, del que se hablará con extensión más abajo.

Finalmente, se ha llegado a plantear, por la doctrina, la posibilidad de que se pueda modificar este estatus de matrimonio *potencialmente* poligámico a un simple matrimonio monógamo ante el Registro Civil español, para que el vínculo pueda ser inscrito. Supondría, pues, una renuncia a ese derecho a la poligamia, ante autoridad española.¹⁰

1.2 Su concepción en España: La poligamia como delito penal.

Debemos comenzar diciendo que la poligamia es contraria al ordenamiento jurídico español, que concibe el matrimonio en su forma monógama. El art. 46.2 CC, al regular los impedimentos matrimoniales, establece que no podrán contraer matrimonio aquellos que estén ya ligados con vínculo matrimonial, so pena de nulidad, es decir, aquel matrimonio que se contraiga estando ya casado será nulo y se tendrá por no celebrado (Art. 73.2 CC)

Por otro parte, la STS de 19 de junio de 2008, establece que *la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (...) y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquellas a éstos.* Se debe destacar que la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico español, consagrado en la Constitución, en su art. 14 que establece el mandato de la no discriminación por razón de sexo y en su art. 32.1, en materia matrimonial, cuando establece la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer. Siendo estos los derechos que se ven afectados, a ojos de la legalidad española, en dicha forma matrimonial.

Continúa la STS de 19 de junio de 2008 señalando el carácter delictivo de la poligamia, *tan opuesta al orden público es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España.* Así lo consagra el art. 217 del Código Penal (CP):

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.

Sin embargo, se constituye como un delito doloso, por lo que se requiere de conocimiento y voluntad como elementos del tipo, excluyendo, por tanto, de responsabilidad penal al hombre poligámico que actúa por error. Así lo establece, entre otras, la SAG núm. 181/2010 de 30 de abril.

¹⁰ Adroher Biosca, S. op. cit.

De lo dicho anteriormente, se puede extraer que, en España, la poligamia supone un impedimento matrimonial, una institución contraria al orden público español y un delito. Sin embargo, esto no debe llevarnos a una conclusión apresurada y suponer que ninguno de sus efectos puede ser contemplados en España. Es a este asunto al que trataremos de dar respuesta en los siguientes capítulos.

1.3 La poligamia en los convenios internacionales.

En virtud de lo expuesto hasta ahora, es más que evidente que el matrimonio poligámico no es aceptado como válido en España, sin embargo, eso no supone necesariamente que no pueda *desplegar determinados efectos*¹¹

Si bien la poligamia es considerada contraria al orden público español, se puede decir que existen dos excepciones al respecto, cuando de pensión de viudedad se trata. Así lo expone el Tribunal Supremo en el Auto de 28 de marzo de 2017 al decir que *no puede olvidarse que existen dos excepciones en cuanto a la pensión de viudedad y que se derivan del Acuerdo suscrito entre el Reino de España y el de Marruecos de 8-11-1979 (...) y del posterior suscrito con Túnez de 26-2-2001 (...) y esos son los dos únicos supuestos, en los que pese a que tal institución de la poligamia sea contraria al orden público español y a nuestro ordenamiento civil, se le otorgan efectos respecto de la pensión de viudedad, ahora bien, tal excepción no puede extenderse más allá de los dos supuestos citados y por ende no es de aplicación al supuesto de autos.*

Por lo tanto, a nivel internacional, España ha suscrito dos Convenios bilaterales. El primero de ellos, con el Reino de Marruecos, el Convenio Hispano-Marroquí de 8 de noviembre de 1979, el cual establece en su art. 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.

El segundo, con la República de Túnez el 26 de febrero de 2001, que establece en su art. 24:

En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales.

El Convenio Hispano-Marroquí, con su artículo correspondiente, serán de especial importancia a la hora de decidir, por los tribunales, si otorgar o no el derecho a la pensión de viudedad a la segunda esposa y el reparto de la misma (se habla de ello *infra*)

1.4 Su concepción en la Unión Europea.

Al igual que en España, en el resto de ordenamientos jurídicos europeos la poligamia no está permitida. No solo por ser contraria a sus propios principios y valores constitucionales (es decir, al orden público de cada Estado Miembro), sino que también supone una contrariedad a los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en la Carta

¹¹ García Valverde, M. D. (2021). Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales. E-Revista Internacional De La Protección Social, 2(6), 402-425. <https://doi.org/10.12795/e-rips.2021.i02.18>

Europea de Derechos Fundamentales (CEDF)¹², ambos consagrantes del derecho a la igualdad y el derecho a contraer matrimonio con igualdad jurídica entre cónyuges, así como el principio rector de la dignidad humana.

Art. 5 CEDH: Igualdad entre esposos. *Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos.*

Art. 23 CEDF: Igualdad entre hombres y mujeres. *La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

La Unión Europea entiende los derechos reconocidos en ambos textos como Derecho de la Unión y, por tanto, principios generales de la UE. Es el propio Tratado de la Unión Europea (TUE), en su art. 6 quien así lo consagra:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...) la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (...)

2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...)

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

A nivel legislativo, la Resolución del Parlamento Europeo (2006/2010- INI) sobre la inmigración femenina, incide en la prohibición de la poligamia en la UE y hace una especie de “llamada de atención” al establecer que *observa con preocupación que los matrimonios polígamos han obtenido el reconocimiento legal en algunos Estados miembros, pese a la prohibición de la poligamia; pide a los Estados miembros que se aseguren de que se mantenga esta prohibición; insta a la Comisión a estudiar la posibilidad de prohibir los matrimonios polígamos en su actual propuesta para la introducción de normas relativas a la legislación aplicable en asuntos matrimoniales.*

La propia Comisión Europea, en respuesta a la pregunta parlamentaria E-3321/10 formulada en el 2010, establece que *la poligamia está prohibida en todos los estados miembros de la Unión Europea. La cuestión del reconocimiento de los matrimonios polígamos celebrados fuera de la Unión no está regulada por el derecho de la Unión, sino por las normas de derecho internacional privado de cada Estado miembro. En materia de derecho de familia, la mayoría de los Estados miembros aplican la ley personal de las partes con respecto al matrimonio o al divorcio, en la medida en que la aplicación de esta ley no entre en conflicto con el orden público del Estado miembro en cuestión* (de esto último se hablará con más detalle *infra*)¹³

Por último, si bien no es aplicable al caso que aquí se estudia (la poligamia con respecto a la pensión de viudedad), la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar supone una postura más de Europa hacia la poligamia, afirmando que *el matrimonio polígamo no se reconoce: solo un cónyuge podrá ser beneficiario del derecho de reagrupación y, en su*

¹² Adroher Biosca, S. op. cit.,

¹³ Texto traducido del idioma original francés.

Considerando undécimo, *el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas.*

Entrando un poco más en la práctica jurisprudencial, desde Estrasburgo, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) *ha reconocido la facultad de los Estados de preservar su cultura jurídica monógama y, por tanto, de no reconocer el matrimonio poligámico*¹⁴

Sin embargo, y a pesar que la poligamia está ampliamente prohibida en la Unión Europea, como ya se ha dejado en evidencia, no supone que, en la práctica, la realidad sea muy diferente. El número de extranjeros que vive en Europa hoy en día, ha supuesto un enriquecimiento cultural, no solo de la vida social, sino también la jurídica. No se ha podido evitar que números casos de poligamia, respecto a cuestiones de Seguridad Social, como es la pensión de viudedad, pero también en materia civil (sucesiones...) lleguen a los Tribunales, obligando a los Estados Miembros a dar respuesta a los mismos. En estos casos es relevante entender la distinción entre reconocer un matrimonio poligámico y reconocer ciertos efectos de un matrimonio poligámico¹⁵. La propia Comisión reconoce el derecho de los Estados Miembros a reconocer dichos efectos en su, ya mencionada más arriba, respuesta: *Aunque la celebración de matrimonios polígamos está prohibida en los Estados miembros, los tribunales de determinados Estados reconocen determinados efectos limitados, como en particular los derechos sucesorios de la segunda esposa o de los hijos resultantes de esta segunda unión. Así, en Francia, los tribunales aplican un orden público atenuado*¹⁶ *para que la ley extranjera, y por lo tanto las uniones polígamas contraídas bajo la influencia de esta ley, puedan producir ciertos efectos.*

¹⁴ Adroher Biosca, S. op. cit.,

¹⁵ Mir Sattari, M. (2020). Polygamy as a cross-cultural dispute in Europe. The extent to which polygamy can be given effect in European legislations. Universidad de Padova.

¹⁶ Sobre el orden público atenuado se hablará en apartados siguientes

CAPÍTULO II: Efectos post mortem del matrimonio. Derechos viudales: el derecho a la pensión de viudedad.

2.1 Concepto.

La pensión de viudedad es una prestación vitalicia, por muerte y supervivencia, incluida en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social. Sus orígenes se pueden establecer a mediados de los años 60 del siglo pasado, aunque trae carga de antecedentes que remontan al año 1955.¹⁷

Las prestaciones por muerte y supervivencia, cuando se crearon, se hicieron con un objetivo concreto: *evitar las situaciones de precariedad económica de la mujer y de los hijos en caso de muerte del cónyuge-padre de familia trabajador.*¹⁸ Por tanto, surgen en un momento histórico donde la concepción del grupo familiar y de los roles de cada integrante eran muy distintos a los actuales. Con la progresiva entrada de la mujer al mercado laboral, el cambio que supuso la Constitución Española de 1978, que *implicó la unificación del hombre y la mujer* en cuanto a su derecho de ser beneficiarios de la pensión de viudedad, y la integración de España a la Unión Europea, entre otras causas; la concepción de la pensión de viudedad ha cambiado, adaptándose al nuevo modelo social, y, ahora, *ya no se dirige a garantizar una protección cuyo fundamento es la existencia de una efectiva situación de necesidad que deba ser reparada, sino, sencillamente, a garantizar una protección basada en la existencia de un vínculo familiar, procurando la compensación económica ante la pérdida del salario por fallecimiento del cónyuge.*¹⁹

Económicamente hablando, la muerte de un miembro de la familia que aporta rentas a la misma, supone un desbalance en el presupuesto del hogar, constituyendo un importante riesgo a la estabilidad económica del núcleo familiar.²⁰ Es por esta razón que *nuestro sistema público prevea esta contingencia y la incorpora al sistema de protección de la Seguridad Social.*²¹

Hoy en día, podemos resumir, que *la situación protegida es el fallecimiento de un cónyuge y la supervivencia del otro, con todo el lucro cesante de rentas que esto supone para quien sobrevive.*²² Es decir, ya la situación de necesidad en la que quedaba el superviviente no es relevante, sino que es un *derecho que genera el trabajador a favor de sus causahabientes.*²³

¹⁷ Cabeza Pereiro, J. (2004). La Pensión de Viudedad (1.a ed.). Boletín Oficial del Estado.

¹⁸ Moreno Vida, M. N., Monereo Pérez, J. L., & Díaz Aznarte, M. T. (2013). La pensión de viudedad : una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares (1.a ed.). Comares.

¹⁹ Idem. 3

²⁰ Cabeza Pereiro, J. (2004). op. cit., pag 7

²¹ Idem. 7

²² Idem. 21

²³ Moreno Vida, M. N., Monereo Pérez, J. L., & Díaz Aznarte, M. T. op. cit.

2.2 Regulación.

Las prestaciones por muerte y supervivencia, siendo una de ellas, y la más relevante, la pensión de viudedad, se encuentran reguladas en el Capítulo XIV, arts. 216 y ss del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS). El art. 216.1 TRLGSS nos dice:

En caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, cuando concurren los requisitos exigibles se reconocerán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes:

- a) Un auxilio por defunción.*
- b) Una pensión vitalicia de viudedad.*
- c) Una prestación temporal de viudedad.*
- d) Una pensión de orfandad.*
- e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.*

Todas ellas comparten el hecho y el sujeto causante. En cuanto al primero, viene definido por el art. 3 de la Orden de 13 de febrero de 1967, estableciendo que, con carácter general, el hecho causante tiene lugar en la fecha en que se produce el fallecimiento del sujeto causante.²⁴ En cuanto al segundo, *los sujetos que pueden causar el derecho a las prestaciones en favor de sus beneficiarios*²⁵ vienen definidos en el art. 217 TRLGSS y art.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, estos son:

- a) Las personas incluidas en el Régimen General en situación de alta o asimilada a ella.*
- b) Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido.*
- c) Los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.*

2.3 Beneficiarios.

Habiendo visto los aspectos comunes entre las prestaciones por muerte y supervivencia, entrando ya en la que aquí nos interesa, la pensión de viudedad siempre se ha adquirido *por el simple hecho de ser o haber sido cónyuge legítimo del causante*²⁶ añadiéndose ahora, también, los casos de pareja de hecho.

Por tanto, se puede decir, que existen tres supuestos de pensión de viudedad, que comportan beneficiarios distintos. Estos son: la pensión de viudedad derivada del matrimonio, la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad y la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho.

En cuanto a la pensión por razón de matrimonio, esta se encuentra regulada en el art. 217 TRLGSS, estableciéndose que *tendrá derecho (a la pensión de viudedad), con carácter vitalicio*

²⁴ España. Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. BOE Núm. 246, 2478 (1967).

²⁵ García Ninet, J. I., García Viña, J., Vicente Palacio, M. A., & Ballester Pastor, I. (2019). Manual básico de seguridad social (2.a ed.). Atelier. pág 279

²⁶ Cabeza Pereiro, J. op. cit., pág 20

(salvo excepciones) *el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1*, es decir, del sujeto causante. Ahora bien, se exigen como requisitos adicionales que:

- El sujeto causante que se encuentre en alta o en situación asimilada al alta cuando fallece, debe haber cotizado 500 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Si cuando muere el sujeto causante estaba en situación de alta, pero no tenía obligación de cotizar, este plazo se contará a partir del día que cesó su obligación de cotizar. Este plazo de cotización no se exigirá cuando la causa de muerte del sujeto causante fuese un accidente (laboral o no) o una enfermedad profesional.
- Si el sujeto causante, en el momento de fallecimiento, no se encontraba dado de alta o en situación asimilada al alta, pero había cotizado el periodo mínimo de 15 años, su beneficiario tendrá derecho a la pensión.
- Por último, en los casos de enfermedad común²⁷ no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requiere, además de lo ya dicho, que el matrimonio se hubiese celebrado como mínimo un año antes a la muerte del sujeto causante o, de manera alternativa, que tuvieran hijos en común. Este requisito del año previo no se exigirá, cuando en el momento de la celebración del matrimonio se acredite un periodo de convivencia (como pareja de hecho) *que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.*

En los casos en que no se pueda acreditar el año de matrimonio, la convivencia mínima como pareja de hecho o no existan hijos comunes, pero, sin embargo, si se cumplan los otros requisitos²⁸, el beneficiario tendrá derecho a una prestación temporal de viudedad, que durará dos años y que tendrá igual cuantía de la que le hubiera correspondido de haber sido beneficiario de la pensión de viudedad (Art. 222 TRLGSS)

La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad *corresponderá a quien sea, o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho* (Art. 220.1 TRLGSS). Deberán, en todo caso, concurrir los requisitos antes mencionados para los casos de matrimonio. Además, se exige que el beneficiario, sea también *acreedor de la pensión compensatoria* y que esta quede extinguida a la muerte del sujeto causante.

Por último, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, si bien no son acreedoras de la pensión compensatoria, acrediten haber sido víctimas de violencia de género en el momento de la separación, nulidad o divorcio.

Finalmente, el último supuesto, es aquella pensión de viudedad que deriva de pareja de hecho. Si bien anteriormente se reconocía el derecho a la pensión únicamente a aquellas personas casadas en matrimonio legítimo, hoy en día también se les reconoce a aquellas que conviven en régimen de pareja de hecho.

La TRLGSS entiende como pareja de hecho, en su art. 221.2 párrafo 1º *la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para*

²⁷ Toda aquella que no sea relacionada al trabajo

²⁸ Alta en la SS y, cuando sea necesario, los mínimos de cotización

contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso sólo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente. Continúa el artículo, con la advertencia de que la existencia de la pareja de hecho se debe acreditar mediante un certificado de la inscripción realizada en alguno de los registros especializados de las CC. AA. o mediante documento público. Sobre ambos requisitos cae, además, la exigencia de que se hagan con una antelación mínima de 2 años antes del fallecimiento del causante.

En cuanto a los requisitos para percibir la pensión, además de los exigidos para los supuestos de matrimonio, se deberá acreditar por la persona supérstite, que sus ingresos²⁹:

- Durante el año natural anterior al fallecimiento, no alcanzaron el 50% de la suma de los propios más los del causante habidos en el mismo período, o el 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.
- O alternativamente que son inferiores a 1,5 veces el importe del SMI³⁰ vigente en el momento del fallecimiento, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante como durante su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Por tanto, y, en conclusión, la pensión de viudedad es una prestación de la Seguridad Social, vitalicia, cuyos beneficiarios son el cónyuge o ex cónyuge acreedor de la pensión compensatoria y pareja de hecho de aquel que fallece y se encontraba incluido dentro del Sistema de la Seguridad Social, ya sea como trabajador o como pensionado.

2.4. Régimen de Clases Pasivas:

Debido a que lo antes explicado es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social, debemos entrar, de manera muy sucinta, en el régimen de clases pasivas, con el único motivo de aclarar sus diferencias, pues, más adelante, analizaremos un caso concerniente a sujetos encuadrados en dicho régimen.

Las pensiones de Clases Pasivas se encuentran reguladas por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RDLC). *El Régimen de Clases Pasivas forma parte del Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios del Estado y garantiza la protección frente a los riesgos de*

²⁹ Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones de España. (2022). Seguridad Social: Prestaciones / Pensiones de Trabajadores. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28490#6585>

³⁰ Salario mínimo interprofesional

*vejez, incapacidad y muerte y supervivencia de determinados colectivos que prestan o han prestado servicios al Estado.*³¹

Son sujetos causantes de la misma los funcionarios de carrera y en prácticas de la Admón. General del Estado, de la Admón. de Justicia, de las Cortes Generales, de otros órganos constitucionales o estatales que lo prevean, y, funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas; los militares de carrera, de las Escalas de complemento, de tropa y marinería profesional y los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares y los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos³² (art. 2 RDLCP)

Dichos sujetos, al momento de fallecer o ser declarado fallecido causarán, en favor de sus familiares, derecho a las prestaciones exclusivamente de carácter económico y pago periódico y se concretarán en las pensiones, de viudedad, de orfandad y en favor de los padres.³³

Por tanto, es un régimen que, a pesar de ser especial, la muerte del sujeto causante genera derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia.

³¹ Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. (2020, abril 27). ¿Qué significa el traspaso de la gestión de las Clases Pasivas del Estado al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones? La Revista de la Seguridad Social. <https://revista.seg-social.es/-/¿qué-significa-el-traspaso-de-la-gestión-de-las-clases-pasivas-del-estado-al-ministerio-de-inclusión-seguridad-social-y-migraciones->

^{32, 33} Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España. (2021). Clases Pasivas: Pensiones de Clases Pasivas. Portal Clases Pasivas. <https://www.portalclasespasivas.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/PENSIONESCLASESPASIVAS/Paginas/PensionesClasesPasivas.aspx>

CAPÍTULO III: Matrimonios celebrados en el extranjero.

3.1 Su reconocimiento en España.

El art. 32.1 de la Constitución Española (CE) consagra el derecho de todo español a contraer matrimonio:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.”

Así lo hace también la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16.1:

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

Dicho esto, vale destacar que, en España, el matrimonio no solo se concibe como un derecho fundamental, sino como un negocio jurídico, cuya validez queda condicionada al cumplimiento de los presupuestos establecidos por el Código Civil: Capacidad para contraer matrimonio, el consentimiento y hacerlo ante una autoridad legitimada (art. 49 CC). Estos tres requisitos se exigen igualmente para aquellos matrimonios con algún carácter de internacionalidad, es decir: (1). Aquellos matrimonios de españoles o extranjeros celebrados en el extranjero ante autoridad extranjera y (2) aquellos celebrados entre extranjeros en España.³⁴

Ahora bien, en cuanto a la ley según la cual se debe apreciar la validez del consentimiento y la capacidad de los contrayentes en estos supuestos (aquellos con algún carácter de internacionalidad), el art. 9.1 del CC establece como la misma, a la ley personal de los contrayentes. En cuanto a la forma, para aquellos extranjeros que contraen matrimonio en España, pueden atenerse a la predeterminada en la ley española o en la ley personal de cualquiera de ellos (Art. 49 y 50 CC).

Llegado a este punto, en principio, se podría suponer que si el matrimonio poligámico (celebrado en el extranjero ante autoridad extranjera), se ha ajustado a la ley que remite los arts. 9.1, 49 y 50 del CC, esto es, a la ley personal de los contrayentes, este debe ser reconocido y tenido por válido en España. Sin embargo, en la práctica esto no es así, ya que entraría en juego la excepción del orden público internacional.

El art. 12.3 CC establece que *en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*. Como ya se ha dicho, el hecho de estar ligado con vínculo matrimonial, es impedimento para contraer otro matrimonio (art. 46 CC), por lo que no es posible contraer matrimonio poligámico en España, ante autoridad española, por ser contrario a la ley, incluso, aunque existe un Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica, por el cual se reconoce civilmente al matrimonio contraído por rito islámico, esto solo alcanza al primer enlace. Lo anterior, justifica el uso de la excepción del orden público al momento de reconocer matrimonios polígamos celebrados en el extranjero.

³⁴ Guzmán Zapater, M. (2017). Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Revista Española de Derecho Internacional, 69(2), 93-118. <https://doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.1.04>. Párrafo 1

Este control de legalidad o de “*compatibilidad*” con el ordenamiento jurídico español, se realiza al momento de inscribir el matrimonio en el Registro Civil. Si bien, la inscripción en el Registro Civil del matrimonio, no es constitutiva, pues se entiende que el acto matrimonial produce efectos desde su celebración, sí que es imperativa para el pleno reconocimiento de dichos efectos (art. 61.1 CC). Aunque inscripción y reconocimiento de la validez del matrimonio no es lo mismo, la inscripción se condiciona al reconocimiento del título presentado, es decir, que sea conforme al Derecho Español. En el momento de la inscripción se *acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos* (Art. 257 RRC)³⁵, esto es, que sea válido según la Ley española. Como se dijo más arriba, en principio, los contrayentes pueden celebrar el matrimonio en las formas aceptadas en las normas del lugar, así como la validez de capacidad y consentimiento se someten a la ley personal de los contrayentes. En la realidad, el encargado del Registro hace un control que lo incluye todo (fondo y forma), por lo que no se podrá inscribir nada que no sea conforme a la legislación española, al no tener ese “*reconocimiento de compatibilidad*” necesario.

3.2 Cláusula del orden público en el Derecho Internacional Privado:

El orden público internacional se puede definir como el *conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en el momento de ser apreciado*³⁶. En palabras del Tribunal Supremo es el *conjunto de aquellos valores fundamentales irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico*.³⁷ SAVIGNY, quien lo concibió³⁸, aunque no lo llamaba así, lo asimilaba con aquello que se basa en motivos morales o de interés general, político, económico, de policía o de seguridad.³⁹ Cabe recordar que el Derecho Internacional Privado es asunto interno de cada Estado, es decir, cada Estado tiene su Derecho Internacional Privado por lo que cada Estado definirá su orden público.

En cuanto a sus características, se trata de un concepto jurídico indeterminado. Aunque existe un consenso doctrinal en que *el contenido (básico) del mismo se halla integrado por los derechos fundamentales constitucionales y los derechos humanos proclamados en Tratados internacionales*.⁴⁰ Así lo resalta la STS 835/2013, 6 de febrero de 2014 al definirlo como *el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan*.

La excepción del orden público internacional, por otra parte, es una salvaguarda del sistema, cuya pretensión es *dejar de aplicar un Derecho que se considera manifiestamente*

³⁵ Reglamento del Registro Civil

³⁶ Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020). Definición de orden público internacional - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE. <https://dpej.rae.es/lema/orden-publico-internacional>

³⁷ Sentencia núm. 84/2018, de 24 de enero. Tribunal Supremo. Recurso núm. 98/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^o). (2018).

³⁸ Ayago, A. D. (2021). Autonomy of the will, public policy and international public order in european family and succession law regulations. Cuadernos de Derecho Transnacional, 13(2), 1003-1021. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6311>. Párrafo 16

³⁹ Magallón, J. M. (1965). El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes. Revista de la Facultad de Derecho de México, 59.

⁴⁰ Idem 18

contrario a los principios y valores que conforman el ordenamiento jurídico del foro ⁴¹. Dicho de una manera más simple, es la excepción a la regla (norma de conflicto). Rechaza la aplicación del Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto. Es una herramienta que permite a un Estado no aplicar el Derecho extranjero cuando este sea contrario al orden público de aquel.

En España, es el art. 12.3 CC quien contiene la excepción del orden público (general) español, tal como se citó anteriormente, estableciendo que:

En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

El art. 12.3 CC no solo excluye la aplicación de la ley extranjera sino el reconocimiento de situaciones jurídicas o resoluciones judiciales hechas en el extranjero.

Nótese que el término utilizado por el legislador es *cuando resulte* contraria al orden público y no *cuando sea*, por lo que nos lleva a suponer que es el resultado de la aplicación de ese Derecho extranjero lo que debe comportar un perjuicio al orden público español y no el contenido del Derecho extranjero en sí mismo.⁴²

Hay quienes defienden que como el *uso del orden público para restringir una norma de conflicto es una excepción al normal funcionamiento de la misma, esta excepción debe operar de modo restrictivo, lo cual supone que solo ha de operar cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que sea preciso para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española* ⁴³ esto es, que la aplicación de la norma de conflicto conlleve una externalidad negativa.

En el ámbito internacional, una externalidad negativa se da cuando la solución contenida en la norma de conflicto en favor de un Derecho extranjero produce *efectos negativos en la sociedad española. En efecto, la aplicación de un Derecho extranjero en España puede generar una «externalidad negativa», es decir, un daño a la «organización moral y económica de la sociedad» del Estado cuyos tribunales conocen del asunto.*⁴⁴ Como ya se dijo más arriba y, como se puede suponer correctamente, *es la cláusula de «orden público internacional» del art. 12.3 CC, el mecanismo utilizado por el legislador para gestionar esta «externalidad negativa».*⁴⁵

Ahora bien, como se ha señalado reiteradas veces, la excepción del orden público no excluye la posibilidad de que se reconozcan ciertos efectos de aquella situación jurídica creada legítimamente en el extranjero (como en el caso del matrimonio poligámico), aunque dicha situación no pueda ser creada en España por ser contraria al orden público español.

En resumidas cuentas, cuando la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española produzca una «externalidad negativa», tales disposiciones pertenecientes al Derecho extranjero no se aplicarán en España bajo el amparo de la excepción de orden público (art. 12.3 CC). Sin embargo, hay que tener en cuenta

⁴¹ Idem

^{42, 44, 45} Carrascosa Gonzáles, J. (2008). Orden Público Internacional y externalidades negativas. Boletín del Ministerio de Justicia, 2065, 2351-2378.

⁴³ García Valverde, M. D. op. cit.,

que la no aplicación de un Derecho extranjero supondrá un perjuicio para las partes del caso concreto que se verá sometido a la legislación española, es decir, se sacrifican los pocos por los muchos, es mejor que unos particulares sufran el daño a que el daño se produzca en el seno del orden social y del ordenamiento jurídico de un Estado. En otras palabras, se trata de evitar el «mal (daño) mayor» y de aceptar el «mal (daño) menor».

3.2.1 Orden público atenuado:

A pesar de que no se produzca el daño más grave, igualmente se produce un daño, por lo que la doctrina ha postulado numerosas tesis para que la cláusula del orden público solo se aplique *con la finalidad de que dicha cláusula proteja, exclusivamente, los fundamentos jurídicos básicos e inderogables del Derecho español en los casos en los que la sociedad «española» se vea perturbada.*⁴⁶ Una de esas tesis, es la que aquí se analiza, la del orden público atenuado.

El orden público atenuado es, simplemente, el efecto “atenuado” de la aplicación de la excepción de orden público. Fue concebido en el siglo XIX por L.V BAR y A. PILLET⁴⁷ y su utilización proviene de la jurisprudencia francesa (Sent. Cass. Francia de 17 abril 1953, Rivière).⁴⁸ Esta tesis parte de dos escenarios posibles⁴⁹:

- 1) El primero de ellos, versa sobre aquellas situaciones jurídicas contrarias al orden público (español) que se pretende crear en España. En estos casos, la intervención del orden público, es estricto y rígido, es decir, no hay cabida para que se cree en España una situación contraria a su orden público, por ejemplo, un hombre ya casado no puede contraer segundas nupcias con otra mujer en España, ante autoridad española.
- 2) Por otra parte, el segundo escenario engloba aquellas situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero y que se tratan de exportar a España. En este caso, *la situación jurídica resulta ahora "muy alejada en el tiempo y en el espacio" respecto del país cuyos tribunales conocen del asunto. El impacto, en la sociedad española, de la Ley extranjera aplicada al asunto, es débil. El perjuicio que puede producir dicha Ley extranjera en España, es también débil. Por ello, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a "ciertos efectos" derivados de la situación regulada por la Ley extranjera.*⁵⁰ Esto se traduce en que, por ejemplo, un matrimonio polígamico válidamente celebrado en Marruecos no debe ser reconocido en España, pero sí que se le pueden reconocer ciertos efectos como otorgar el derecho a la pensión de viudedad a las dos o más esposas. En palabras del Tribunal Superior de Andalucía en su sentencia de 6 de noviembre de 2019 *la multiculturalidad hace necesario dar respuestas a las nuevas situaciones que se presentan en la actualidad, armonizándose la interpretación de las normas de orden público con una adecuada cobertura a situaciones de verdadera desprotección. No se trata de dar validez al matrimonio polígamo en España, sino de que el matrimonio celebrado legalmente en el extranjero pueda producir determinados efectos en relación a situaciones de necesidad, como es el caso de la viudedad.*

^{46, 49} Carrascosa Gonzáles, J. op. cit.,

^{47, 50} Valverde Martínez, M. J., & Carrascosa González, J. op. cit., Párrafo 21

⁴⁸ Adroher Biosca, S. op. cit., Los paréntesis son propios

En cuanto a los efectos, resulta interesante destacar que la aplicación del Derecho extranjero puede generar dos tipos: (1) Los efectos nucleares, que, de ser admitidos, atentarían contra la estructura básica y la cohesión de la sociedad española por vulnerar el orden público, y (2) aquellos efectos periféricos que no producen daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española, y que, por tanto, son admitidos al no ser contrarios al orden público español.⁵¹

En el sentido aquí explicado, *el orden público internacional atenuado representa la solución más recta, ecuánime, equitativa y menos dañina*⁵² ya que, no aplicarlo (el orden público) y aplicar un Derecho extranjero que admitió la poligamia *produciría un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española. Este resultado es intolerable*, pero, a su vez, aplicarlo en su vertiente total y absoluta también conduciría a resultados negativos para las partes, por ejemplo, para la segunda viuda que confió en la seguridad jurídica y en la validez de su matrimonio legítimamente contraído. Por lo tanto, *como ambas soluciones son negativas, el legislador español ha escogido "la solución menos perversa" (the lesser of two evils - ex malis eligere minima). Es el orden público internacional atenuado. El orden público sólo interviene en la medida necesaria para proteger a la sociedad española.*⁵³

Así lo expresa también nuestra jurisprudencia. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 26 de octubre 2016, núm. 339/2016 establece que *debe darse una solución a los matrimonios contraídos en otros países por ritos como el musulmán. La excepción de orden público, junto con la norma de conflicto basada en la nacionalidad y una jurisprudencia sensible y equitativa, permite imaginar soluciones originales y establecer un diálogo entre ordenamientos, no se trata de dar un salto al vacío y soportar los peligros de los conflictos de civilizaciones, sino de entrever con toda lucidez las posibilidades de aplicación del derecho extranjero. Así, la cláusula del orden público debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales, adoptando fórmulas que adapten el modelo familiar de otras culturas siempre y cuando no se produzcan graves quebrantos constitucionales.*

Lo dicho hasta ahora, será de mayor utilidad cuando se analicen las diversas soluciones a las que han llegado nuestros tribunales ante casos de poligamia en relación con la pensión de viudedad. Podremos observar como la aplicación de un orden público en sentido estricto y un orden público atenuado, resulta en un giro de 180º en cuanto a los derechos reconocidos.

⁵¹ Carrascosa González, J. op. cit.,

⁵² Ídem 24

⁵³ Ídem 24

CAPÍTULO IV: Una solución jurisprudencial. Análisis evolutivo de la doctrina del Tribunal Supremo.

A lo largo del trabajo, se ha puesto en evidencia, reiteradas veces, tanto la postura de la Unión Europea, que prohíbe los matrimonios polígamos, como la de España, que no solo la concibe como un impedimento matrimonial (art. 46 CC) sino, también, como un delito (art. 217 CP), y la Internacional, al ser incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, como también se dijo, una cosa es reconocer el matrimonio poligámico y otra, muy distinta, es reconocerle determinados efectos. Esto es lo que han venido haciendo los distintos tribunales de los estados europeos.

En este capítulo, en concreto, analizaremos la evolución jurisprudencial en nuestro ordenamiento. Se estudiarán diversas sentencias y resoluciones judiciales de distintos Tribunales Superiores de Justicia y se hará un especial énfasis en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 84/2018 de 24 de enero, la cual es fundamental para el tema que aquí nos compete.

Si se intentara dividir las distintas posturas que han tomado nuestros tribunales con respecto a la poligamia y el derecho a percibir la pensión de viudedad, podríamos agruparlas en tres, o en tres palabras, si se quiere: Únicamente, proporcionalmente y por igual, es decir, la pensión únicamente a la primera viuda, la pensión proporcional entre todas las viudas y la pensión por igual a todas las viudas. Estos son los supuestos que se analizarán a continuación.

4.1 Pensión *únicamente* a la primera viuda:

Sentencia emblemática con respecto a esta decisión es la STSJ de Cataluña, núm.5255/2003, de 30 de julio. Dicha sentencia versa sobre el recurso interpuesto por D^a María Teresa, de nacionalidad gambiana, frente la sentencia de Primera Instancia que desestimó la demanda interpuesta por ella contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

La recurrente (D^a María Teresa) se casó con D^o Miguel Ángel en 1980 en la República de Gambia conforme a la religión islámica. Sin embargo, D^o Miguel, en 1993, contrajo matrimonio nuevamente, y a pesar de no haber disuelto el vínculo con la recurrente, con D^a Julieta. Este matrimonio también se celebra en Gambia y conforme a la religión islámica.

D^o Miguel Ángel falleció en 1999 en Mataró (Cataluña, España). El INSS reconoció a ambas viudas, en partes iguales (50%) el derecho a la pensión de viudedad por el fallecimiento de D^o Miguel.

La recurrente, al no estar conforme con la repartición del 50% para Julieta, interpuso reclamación previa contra la resolución del INSS, siendo ésta desestimada. Interponiendo posteriormente el recurso objeto de la sentencia aquí analizada, teniendo como parte recurrida al INSS y a D^a Julieta.

Antes de continuar, cabe recordar los ya mencionados art.49 y 50 CC que establecen que, los matrimonios contraídos en el extranjero, por extranjeros, se rigen por la ley personal de las partes, así lo establece la propia sentencia: *la regulación del matrimonio se regula por la «lex personal»*

La STSJ de Cataluña, núm.5255/2003, de 30 de julio estimó el recurso interpuesto por D^a María Teresa por ser la poligamia contraria al orden público español (art. 12.3 CC). Así lo establece al decir que: *es preciso señalar que la regulación del matrimonio se regula por la «lex personal», y en sentido estricto si en tal país es válida la poligamia debería también reconocerse la eficacia de tal situación por aplicación de las normas de derecho internacional privado, pero en el presente supuesto tal figura choca frontalmente con el dictado del art. 12-3 del Código Civil.*

Para afianzar más la concepción de la poligamia como contraria al orden público, continúa el Tribunal, acentuando su tipificación como delito en el Código Penal (art. 217), señalando que no se *puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.* Recordándonos, el modelo de familia que consagra la Constitución Española (CE) comprendiendo el matrimonio como institución monógama y la existencia del impedimento matrimonial si ya se está casado previamente (art. 46.2 CC). Rectifica, por último, que si bien existe un Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de España y la Comisión Islámica de España *si tales normas (las islámicas que regulan el matrimonio), fueran contrarias a la CE o a las leyes de desarrollo no serían de aplicación.*

Por tanto, el Tribunal, entiende nulo el matrimonio contraído en 1993 con D^a Julieta, lo identifica como una relación *de facto* que no genera derecho a percibir la pensión de viudedad pues, en el momento que se dictó esta sentencia, *para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído válido matrimonio con el causante* y declara el derecho de D^a María Teresa a la pensión de viudedad (por completo) pues es la única cónyuge de D^o Miguel Ángel, conforme al derecho español.

Sin embargo, no se puede dejar de lado el análisis de esta sentencia sin hablar del voto particular de la Magistrada, Illma. Sra. Dña. Rosa M^a Virolés Piñol. En él expresa, primero un llamado de atención a la falta de competencia del Tribunal Social para poder declarar nulo un matrimonio civil y, segundo, nos recuerda que un matrimonio contraído en el extranjero, celebrado entre extranjeros *puede ser reconocido a los efectos del derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros* (art. 49 y 50 CC).

Habiendo aceptado el hecho de que ambos matrimonio de D^o Miguel Ángel fueron celebrados legítimamente y en conformidad a la legislación del país donde se celebró, nos dice la Magistrada, que, a pesar de la incompatibilidad de la poligamia con el sistema matrimonial español (monógamo) y su contrariedad a nuestro orden público, que además, como ya se mencionó, no es rígido y admite flexibilizaciones (ej. orden público atenuado) en virtud de lo reconocido en los arts. 49 y 50 del CC *sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de SS de que aquí se trata; es decir, que procede*

reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional.

Termina el voto particular con una matización: Si bien no se reconoce una pensión *in integrum* a cada una de las cónyuges supervivientes, el reparto debe hacerse sobre una única prestación que, además, no debe repartirse por mitades, como resuelve la Resolución administrativa del INSS, sino *que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante* (esta solución es la que se tratará en el siguiente punto).

Por otra parte, y mucho más reciente, de nuestro Alto Tribunal, sobre esta misma línea, nos llega el Auto de 28 de marzo de 2017, que inadmite el recurso de casación, interpuesto por una mujer gambiana casada con un hombre gambiano, que se le negó la pensión de viudedad, por no estar inscrito el matrimonio en el Registro Civil (denegación por matrimonio potencialmente poligámico) y se alega la excepción del orden público y que no supone una excepción del mismo al no tratarse de supuesto que encuentre cabida en los Convenios con de Marruecos y/o Túnez.

De la misma manera, aunque mucho más llamativo al ser posterior a las Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 y de 17 de diciembre de 2019, de las que luego se hablará y que otorga el derecho a la pensión de viudedad a la segunda viuda, el Auto de este mismo tribunal de 02 de julio de 2020, deniega el recurso de casación a una viuda, también de nacionalidad gambiana, que tampoco pudo inscribir el matrimonio en el Registro Civil al tratarse de un matrimonio poligámico (excepción del orden público) y a la que se le negó el derecho a la pensión de viudedad. El Auto nos recuerda la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 188/2004, de 15 de noviembre que nos dice que *a los efectos de causar pensión de viudedad del artículo 174 de la LGSS debe considerarse cónyuge superviviente a todo aquél que ha contraído matrimonio, aunque después de celebrado válidamente no hubiera sido inscrito, ya que la inscripción no tiene en nuestro derecho efectos constitutivos, sin embargo no causa derecho a pensión cuando no es reconocido ni inscrito en el Registro en el caso de que el matrimonio tuviera lugar en régimen de poligamia, por ser contrario al orden público en nuestro Derecho.*

En esta misma línea, a parte de las analizadas, están las sentencias del TSJ Cataluña núm. 2508/2016 de 25 de abril y la sentencia del TSJ de Madrid núm. 115/2017 de 2 de marzo.⁵⁴

4.2 Pensión *proporcional* entre todas las viudas

Sobre esta solución ya se ha hablado por encima al tocar el voto particular de la Magistrada, Illma. Sra. Dña. Rosa M^a Virolés Piñol. De manera simple, consiste en *dividir la pensión de viudedad (una sola) entre las diferentes esposas en proporción con el tiempo que permaneció casada con el sujeto causante.*⁵⁵ Se establece este criterio, aplicando por *analogía el antiguo art. 174.2 LGSS.*⁵⁶ (Ley General de la Seguridad Social) que establecía, para los casos donde

^{54, 55} Adroher Biosca, S. op. cit., Los paréntesis son propios

⁵⁶ García Valverde, M. D. op. cit.,

hubiera mediado divorcio, que la pensión de viudedad fuera reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de los beneficiarios con el causante.

Esta es la solución que da el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia núm. 456/2002, de 29 de julio. Como antecedentes de hecho podemos decir que D^a Samira contrajo matrimonio con D^o Hassan el 5 de abril de 1993 en Marruecos (recordemos que entre España y Marruecos existe un Convenio de Seguridad Social). El 25 de marzo de 1995, sin estar previamente divorciado de D^a Samira, D^o Hassan contrajo segundas nupcias con D^a Amina, estas también en Marruecos. En 1996, D^a Amina y D^o Hassan se divorcian quedando disuelto este segundo matrimonio. D^o Hassan muere en 1999.

Ahora bien, con lo dicho hasta aquí, podríamos concluir que, desde la perspectiva del derecho español, la única que fue realmente cónyuge de D^o Hassan es D^a Samira, pues, el matrimonio con D^a Amina sería nulo de pleno derecho (art. 73 CC) por existir impedimento matrimonial (46 CC). Sin embargo, en diciembre del 2000, el INSS le notificó a D^a Samira que la pensión de viudedad que estaba recibiendo se había visto modificada pues se le reconoce dicho derecho también a D^a Amina, en virtud de los arts. 3 y 23 del Convenio Hispano-Marroquí de 8 de noviembre de 1979, lo cual supone que había percibido (D^a Samira) una suma de dinero de 163.305 ptas indebidamente, la cual se descontaría en una cantidad de 3.140 ptas por mes durante 52 meses. Es decir, estaba siguiendo la línea de un reparto *por mitades* (50%) a cada viuda de una única pensión de viudedad.

Llevado este caso a tribunales por D^a Samira, Primera Instancia estimó la demanda y declaró a D^a Samira como *única esposa legal de don Hassan L. en el momento de su fallecimiento, y, por tanto, es la única que tiene derecho a percibir la Pensión de Viudedad; condenando a estos demandados (el INSS y D^a Amina) a estar y pasar por esta declaración; condenando al INSS al pago de las prestaciones retenidas indebidamente.*⁵⁷

Si bien, teóricamente, hubo un periodo donde D^o Hassan estuvo casado con ambas mujeres, para el momento de su fallecimiento ya estaba divorciado de una de ellas, por tanto, el Tribunal Superior de Justicia interpreta que la viuda de D^o Hassan es D^a Amina (no D^a Samira) y, por tanto, la cuantía de la pensión que le corresponde *resulta de descontar de su importe total (el 45% de la base reguladora) el 50% de lo que le correspondería a D^a Samira en función del tiempo que alcanzó, simultáneamente con la otra mujer, su convivencia matrimonial con aquél.* Ya que, si bien, el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí establece que *la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación, no se puede interpretar como que debemos automáticamente aplicar la ley marroquí sino que la intención era ampliar o extender 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, es legal en Marruecos.*

Termina el tribunal excusándose por la difícil interpretación, pero amparándose en el respeto a los principios de nuestro ordenamiento y a la finalidad de la prestación al decir que *la Sala es consciente de las dificultades que entraña esta interpretación, pero como la principal*

⁵⁷ Los paréntesis son propios

finalidad que con ella se persigue es, obviamente, la de evitar la total desprotección del cónyuge divorciado, pues ello choca frontalmente con los principios que inspiran nuestro sistema de previsión social pública.

Llama aún más la atención, sobre esta misma solución, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de noviembre de 2019, pues el cónyuge que contrajo doble matrimonio es un ciudadano español. D^o Ernesto de nacionalidad española, contrajo matrimonio con una mujer marroquí, en Marruecos, estando ya casado con una mujer española.

Debemos pues recordar que, si bien el art. 73 del CC establece la nulidad del matrimonio celebrado entre personas ya ligadas matrimonialmente, el art. 79 del CC nos dice que *la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*. La buena fe, por lo demás, siempre se presume. La sala, nos recuerda sentencias anteriores donde se afirma que *una cosa es que para la legislación española sea nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o declarado nulo (...) y que contraído matrimonio (poligámico) se le niegue su acceso al Registro Civil con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial*⁵⁸ y otra muy distinta es que no se reconozca ningún efecto a un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero en concordancia con la ley del lugar, pues en efecto, ese hecho existe o existió.

Por lo tanto, decide la Sala estimar el recurso y otorgar, en proporción a los años de convivencia, la pensión de viudedad a la segunda esposa, entendiendo su matrimonio como matrimonio putativo. Amparándose, además, en que se debe *armonizar la interpretación de las normas de orden público con una adecuada cobertura a situaciones de verdadera desprotección*, lo que nos puede recordar a la doctrina del orden público atenuado, aunque, sin embargo, no podemos pasar por alto que existe una incuestionable conexión con España (criterio de proximidad) lo que pondría en tela de juicio aplicar dicha doctrina a este caso. Según la teoría, de origen alemán, del orden público de proximidad (Inlandsbeziehung) los efectos atenuados del orden público no se producen si el caso está relacionado con el país cuyos tribunales conocen⁵⁹, dicho en *sensu contrario* si el caso presenta clara conexión con el país que está conociendo del mismo, no se puede aplicar el orden público atenuado. Esta tesis parte del hecho de que *el orden público internacional sólo debe operar en relación a casos «cercaños» al país cuyos tribunales conocen del asunto, ya que la aplicación de la Ley extranjera a casos que resultan «lejanos» al país cuyos tribunales conocen del asunto, no puede dañar el orden público internacional «de tal país», porque no afecta a «su» sociedad*.⁶⁰

En esta misma línea, a parte de las analizadas, están las sentencias del TSJ de Madrid núm. 738/2003 de 26 de diciembre y núm. 342/2005, de 31 de mayo y la sentencia del TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002.⁶¹

⁵⁸ Los paréntesis son propios

^{59, 61} Adroher Biosca, S. op. cit., Los paréntesis son propios

⁶⁰ Carrascosa González, J. op. cit.

4.3 Pensión por igual a todas las viudas: Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018.

Este tercer supuesto sigue la solución de repartir, por partes iguales, la pensión de viudedad entre todas las esposas. Esta es la línea que siguen las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 y de 17 de diciembre de 2019. Debido a que la segunda se remite enteramente a la primera, será esa el objeto de este análisis.

En la STS de 24 de enero de 2018, D^a Maribel interpone recurso de casación contra la sentencia 474/2016, de 18 de octubre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que desestima el recurso de alzada interpuesto por la actora contra la resolución que le denegó la pensión de viudedad, *al no encontrarse el supuesto de hecho contemplado en la normativa vigente aplicable al caso RD Legislativo 670/87 (RCL 1987, 1305) en su artículo 38.*

Por tanto, la parte recurrente es D^a Maribel, segunda esposa de D^o Argimiro, súbdito marroquí, que falleció el 24 de enero de 2013 y quien era beneficiario de una pensión de retiro por haber servido como soldado. Dicha pensión está inmersa en el Régimen Especial de Clases Pasivas Siendo parte demandada el Ministerio de Defensa. D^o Argimiro tenía, al momento de su muerte, dos cónyuges, Doña Socorro (primera esposa) y Doña Maribel (segunda esposa y recurrente). En sentencia del 21 de julio de 2016, el TSJ de la Comunidad de Madrid, le reconoce a D^a Socorro, el derecho a la pensión de viudedad que generó la muerte del sujeto causante, su marido.

La sentencia recurrida desestima el recurso de alzada alegando que: (1) la situación de bigamia está prohibida y penalizada en el derecho español (art. 217 CP) y que, por supuesto, resulta contraria a nuestro orden público al suponer una *situación de desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a estos*. (2) Del tenor literal del art. 38 del RD Legislativo 670/87 (RCL 1987, 1305) se desprende que no es aplicable a supuesto de poligamias pues sólo alude “al cónyuge” y no “a los cónyuges”. (3) No existe vulneración del art. 14 de la Constitución (principio de igualdad) *pues dicho principio puede invocarse en términos de la legalidad y, en este caso, no concurre esa legalidad normativa al quedar acreditada la situación proscrita de "bigamia"*.

En cuanto a las alegaciones de las partes: la parte recurrente expone las tres soluciones o “líneas jurisprudenciales” a las que han llegado nuestros tribunales, con respecto a la pensión de viudedad y los casos de poligamia, que son los ya expuestos en este capítulo. Siendo, la parte, partidaria del último de los supuestos, este es, el reparto por igual a todas las viudas (STSJ de Galicia, de 2 de abril de 2002 y de Andalucía de 30 de enero de 2003 y de 18 de junio de 2015). Alega, además, que: (1) existe la posibilidad de aplicar un orden público atenuado que permite reconocer ciertos efectos al matrimonio poligámico que *benefician a las partes más débiles del vínculo matrimonial*. (2) De acuerdo con el principio de jerarquía de fuentes que rige nuestro ordenamiento el Convenio Hispano-Marroquí prevalece y es procedente extender sus efectos sobre el régimen de clases pasivas al ampliar el concepto de “beneficiarias”. (3) El art.23 del ya mencionado Convenio estima la repartición de la pensión de viudedad por partes iguales entre las viudas. Por otro lado, la parte demanda, solicita la desestimación del recurso alegando estar

ante situación de poligamia y, por ende, contraria al orden público español lo cual supone una denegación a la segunda esposa de la pensión de viudedad.

Por último, antes de pasar a analizar los fundamentos de derechos, el interés casacional de este supuesto es el siguiente: Corresponde a la Sala del Alto Tribunal *la determinación de si puede ser reconocida, o no, la condición de beneficiaria de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (RCL 1987, 1305), a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español*, debiendo pronunciarse sobre: (1) si la situación de poligamia lo impide por ser contraria al orden público nacional, (2) si el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí puede ser aplicable a efectos de extender la condición de beneficiarias a todas las esposas y, (3) en caso afirmativo, cuál sería el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad que correspondería a todas ellas.

4.3.1 Fundamentos de derecho:

En cuanto a la primera cuestión, esta es, si la situación de poligamia impide dar la condición de beneficiaria a todas las esposas por ser contraria al orden público nacional, el Tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

Las sentencias del Tribunal Supremo, en cuyo amparo dicta la resolución recurrida el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de julio de 2004, de 10 y de 18 de junio de 2008, y de 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 7068), establecen que *la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero*. Sin embargo, hay que resaltar, que dichas resoluciones versaban sobre casos de nacionalidad española y no sobre la pensión de viudedad (así lo reconoce la propia Sala: *este criterio no puede ser aplicado a nuestro caso puesto que, además de las notables diferencias de las situaciones de hecho subyacentes entre los casos analizados en esas sentencias y la que ahora nos ocupa (...)*).

La Sala no contradice lo dicho en esas sentencias, sin embargo, si recuerda que existe un Convenio (Convenio Hispano-Marroquí) que, a pesar de que la poligamia sea contraria al orden público, *admite un determinado efecto de dicho matrimonio en su art. 23*. Por tanto, tomando en cuenta la jerarquía normativa, la consideración de que un tratado internacional, una vez publicado en el BOE, es parte de nuestro ordenamiento (art. 96 CE), y que no podemos ignorar que efectivamente el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí admite el derecho a la pensión de viudedad de todas las cónyuges supérstite del causante, no se puede imponer la cláusula de orden público general, sino en su versión atenuada, ante situaciones de poligamia de súbditos marroquíes con respecto a la pensión de viudedad.

A la segunda de las cuestiones, si el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí puede ser aplicable a efectos de extender la condición de beneficiarias a todas las esposas, responde el Tribunal haciendo una *analogía juris*, una interpretación integradora e igualitaria (permitida por la posición jerárquica del Convenio) del art. 38 del RDLCP y el art. 23 del Convenio, amplía la concepción de beneficiarias a todas las mujeres cónyuges que hubieran estado simultáneamente casadas con el sujeto causante marroquí. Por tanto, a pesar de que el sujeto causante polígamo

este inmerso en el Régimen de Clases Pasivas, se le debe reconocer el derecho a la pensión de viudedad a todas las cónyuges en pro de *un resultado justo*.⁶²

A la tercera, y última, de las cuestiones se le da respuesta aplicando de manera literal el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí, que establece un reparto por partes iguales y, por tanto, la pensión se repartirá *por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el súbdito marroquí causante de la pensión*.

4.3.2 Voto Particular

Suena pertinente resaltar el voto particular que formula Don José Luis Requero Ibañez, al que se adhiere Don Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

Si bien comparten la mayoría de los fundamentos jurídicos de la sentencia mayoritaria, difieren en el hecho de expandir los efectos del art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí, al art. 38 del RDLC, pues entienden que tal norma (el Convenio), *se refiere al derecho de las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social*, y en este caso como ya se evidencia estamos ante un Régimen Especial de Clases Pasivas. En su opinión, más que una aplicación expansiva e integradora se debe llevar a cabo una restrictiva, ya que el propio Convenio en su art. 2.1.A.2 *expresamente excluye el régimen especial de clases pasivas* y, de no hacerlo, no solo supondría reconocer un derecho para aquellos que están ligados en una forma matrimonial no reconocida en el ordenamiento español, *sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito*.

Debemos resaltar las repetidas ocasiones en donde el voto particular se pronuncia con respecto a la contrariedad de la poligamia con el orden público español. Termina dicho escrito con algo parecido a una advertencia, cuando dice que *con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables*

⁶² García Valverde, M. D. op. cit.

CONCLUSIONES

En palabras de S. Giner, *entre todas las grandes civilizaciones expansivas - la china, la hindú, la musulmana - ha sido la europea la que ha conseguido permear totalmente la Tierra y crear una red de comunicación, ideas, costumbres, creencias y valores (...) de proporciones realmente universales.*⁶³ Occidente ha alcanzado una hipermodernidad, caracterizada por una democracia liberal, donde se reconocen derechos individuales, existe una separación de poderes determinada por una Constitución, la economía es de libre mercado o, en el caso europeo, *social* libre de mercado.⁶⁴ Todo esto ha conllevado a presentar, para aquellos que la idealizan, a la cultura occidental (o *la cultura europea*) como la *mejor* dentro de todas y, la única capaz de alcanzar los estándares económicos, sociales y políticos. Los países no occidentales, sólo pueden elegir entre copiar los *valores e intereses* de Occidente, *unirse a él y subirse al carro*, o hacerle frente e *intentar expandir su propio poder económico y militar* como es el caso de las sociedades islámicas.⁶⁵

El caso tratado en este informe, la poligamia, es un claro ejemplo de choque entre civilizaciones o, mejor dicho, choque entre ideologías. Los países occidentales rechazan rotundamente el matrimonio poligámico, como ya se ha dejado en evidencia a lo largo de este trabajo, y, sin embargo, es una realidad social para muchos países africanos. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿qué tanto de ese rechazo está realmente fundamentado en nociones jurídicas más que en meras ideologías? Creo que resulta obvia la respuesta, al ser la excepción del orden público, que no viene a ser más que *el conjunto de aquellos valores fundamentales irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico*⁶⁶, la utilizada para excluir dicha institución de nuestros ordenamientos. Ejemplo de esto es el voto particular de la STS de 24 de enero de 2018, que al utilizar expresiones como *identidad nacional y adaptación a nuestra cultura* lo carga, a opinión propia, de un componente marcadamente ideológico.

Sin embargo, es mi consideración que, no porque algo sea contrario a nuestro orden público, esto es, nuestros valores fundamentales, que vienen definidos única y exclusivamente por nuestra cultura siendo, por tanto, el orden público una creación propia de cada Estado; significa que necesariamente es incorrecto. Las maneras de llegar a ser hombre (o mujer), son tan numerosas como las culturas que hay en el mundo⁶⁷, en otras palabras, *no hay una naturaleza humana en el sentido de un substrato establecido biológicamente que determine la variabilidad de las formaciones socio-culturales.*⁶⁸ Es decir, existen una diversidad extraordinaria de culturas en el mundo, siendo todas ellas productos del hombre y siendo ninguna de ellas “la cultura correcta”.

Sin duda, la institución (la poligamia), genera una colisión de derechos: Por un lado, los que defienden el reconocimiento de la misma, se amparan en los derechos fundamentales a

⁶³ Giner, S. (2017). Historia del pensamiento social (16.a ed.). Editorial Ariel.

⁶⁴ Idem 743

⁶⁵ Huntington, S. P. (1997). El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial. En Papeles De Cuestiones Internacionales (1.a ed.). Paidós.

⁶⁶ Sentencia núm. 84/2018, de 24 de enero. Tribunal Supremo. Recurso núm. 98/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). (2018).

^{67, 68} Berger, P. L., & Luckmann, T. (1968). *La construcción social de la realidad* (1.ª ed.). Cultura Libre.

la libertad religiosa, ideológica y de culto, a la intimidad personal y familiar y a la protección social, económica y jurídica de la familia; por el otro, el amparo de aquellos que rechazan su reconocimiento son el derecho a la igualdad y a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre cónyuges.⁶⁹

Está marcada ideologización no solo afecta a la poligamia, sino a todo el Derecho de familia, que está fuertemente influenciado por las concepciones religiosas. De hecho, a veces es tarea titánica llegar a acuerdos entre estados que tienen, incluso, una historia común, como el caso de la UE, teniendo que recurrir a mecanismos como la cooperación reforzada para la adopción de normas que no son conformes a todas las ideologías de los Estados Miembros. Por otra parte, en materia de Derecho Comparado, se han visto claros trasplantes de leyes en cuanto al Código Civil Alemán (BGB) con, por ejemplo, Japón, China, Brasil, pero que se limitan a las áreas de derecho de obligaciones y bienes excluyendo de dicho trasplante al derecho de familia. Por tanto, no resulta sorprendente que intentar compaginar legislaciones en esta materia entre estados con ideología completamente distintas, como el caso de Occidente y los países islámicos, es casi, por no decir absolutamente, imposible.

Por otra parte, y ya adentrándonos en el mundo social español, España se ha caracterizado siempre por ser pionera en temas que generan controversia a nivel mundial. Ejemplos de estos son Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que regula el aborto, este sigue siendo un tema de extrema actualidad, sobre todo ahora que en otro país occidental, EE.UU, todavía se está discutiendo si legalizarlo o no; otro ejemplo, sería la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que legaliza el matrimonio homosexual, convirtiendo a España, en ese momento, en el tercer país en hacerlo; y, por último, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, lo que nos hace parte de los únicos siete países del mundo en legalizar la eutanasia.

Ahora bien, ¿cuál es su postura con respecto a la poligamia? En la realización de este informe se partió de la siguiente pregunta ¿Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad en España a los cónyuges supervivientes cuando forman parte de un matrimonio poligámico? Para darle respuesta a la misma se recurrió al análisis de distintas sentencias, sin embargo, me gustaría enfocar esta conclusión en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero. Sobre esta decisión se pueden formular dos conclusiones: (1) En primer lugar se puede concluir que el Tribunal Supremo se ha limitado a aplicar una norma contenida en el Convenio Hispano-Marroquí, teniendo esto como consecuencia que el resultado sea totalmente impredecible, *cuando los solicitantes no sean de los países que tengan firmados convenio internacionales en materia de la Seguridad Social que reconozcan expresamente la pensión de viudedad en casos de poligamia*⁷⁰. (2) En segundo lugar, se puede concluir que el Tribunal Supremo no se ha limitado a aplicar la norma contenida en el Convenio, sino que *ha extraído, mediante analogía juris, un principio clave contenido en el art. 23 del Convenio (...) y lo ha aplicado a un caso excluido del ámbito material de dicho artículo. Este precepto acoge la tesis del "orden público internacional atenuado" (...) Y debe ser así porque el orden público internacional "atenuado" conduce a un resultado justo. Con otras palabras: el orden público*

⁶⁹ Adroher Biosca, S. op. cit.,

⁷⁰ García Valverde, M. D. op. cit.,

*internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo, por lo que debe acogerse a un efecto atenuado del mismo siempre que sea posible, exista o no exista un precepto legal que así lo indique de modo expreso.*⁷¹

Personalmente, concuerdo con la primera de las conclusiones. A pesar que los que defienden la segunda digan, que *el Tribunal Supremo, con extrema valentía y profundo sentido de la Justicia de Derecho internacional privado, afirma que, incluso en los casos no cubiertos por el citado Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, es justo, es equitativo, es ecuaníme y es ajustado a Derecho recurrir al orden público internacional atenuado,*⁷² considero que si los solicitantes no son nacionales de Marruecos o Túnez, siendo estos los únicos dos Estados con los que se tiene Convenio de Seguridad Social sobre la materia, quedan al arbitrio del tribunal que conozca el caso y/o las distintas normativas. Ejemplo de esto es el ya mencionado Auto del Tribunal Supremo de 02 de julio de 2020, posterior a la sentencia del mismo tribunal, de 24 de enero de 2018. Además, no podemos olvidar, las propias palabras de dicho tribunal, en su Auto de 28 de marzo de 2017, cuando dice que solo existen dos excepciones en cuanto a la pensión de viudedad: las que derivan de los Convenios bilaterales ya mencionados, y *esos son los dos únicos supuestos, en los que pese a que tal institución de la poligamia sea contraria al orden público español y a nuestro ordenamiento civil, se le otorgan efectos respecto de la pensión de viudedad, ahora bien, tal excepción no puede extenderse más allá de los dos supuestos citados y por ende no es de aplicación al supuesto de autos.*

Por otro lado, cuando se estudió la pensión de viudedad se dijo que el objetivo de la misma, en el derecho español, era compensar o suplir esa pérdida de dinero (salario o pensión) que ocasiona la muerte del causante, en el presupuesto familiar. Debo decir que, en opinión personal, esta pérdida económica sucedería en cualquier familia, no solo en la monógama, incluso este hecho es tan evidente que llevó al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a aquellas personas unidas en pareja de hecho y no, solo y únicamente, a aquellas unidas en matrimonio.

Fuertes fundamentos en contra del reconocimiento de efectos de los matrimonios poligámicos o, lo que es lo mismo, que están a favor de una aplicación total y estricta de la cláusula del orden público, se amparan, entre otros, en la dignidad constitucional de la mujer, lo cual me lleva a preguntar ¿no atentaría igualmente contra la dignidad de la mujer dejarla desprotegida económicamente? Y esto sin entrar en aquellos supuestos donde el único sustento familiar lo provee el hombre. Efectivamente si un hombre casado con dos mujeres fallece, la primera esposa será beneficiaria, sin discusión, de la pensión de viudedad, pero, ¿qué pasa con la segunda esposa? Que, además, ha contraído matrimonio válidamente en su país de origen que acepta la poligamia, ¿debemos dejarla a su merced?, ¿sería esta la solución más justa, aunque fuera el mal menor? Aquí debo compartir la opinión de Valverde Martínez, al decir que *justo es que la segunda esposa, que confía en la validez de su matrimonio porque válidamente se ha celebrado éste en Marruecos, no se vea totalmente defraudada al cruzar la frontera con destino a España y siga siendo considerada como "cónyuge supérstite" a pesar de que su matrimonio no pueda ser inscrito en España ni produzca efectos constitutivos.*⁷³

⁷¹ Valverde Martínez, M. J., & Carrascosa González, J. op. cit.,

⁷² Ídem 32

⁷³ Ídem 23

En definitiva, no se puede concluir que en España se reconozca, siempre y automáticamente, el derecho a la pensión de viudedad a los cónyuges supervivientes cuando forman parte de un matrimonio poligámico, ya que, al comparar las soluciones a las que llegan los Tribunales, entre los casos de nacionales marroquíes o tunecinos y del resto de países, hay una marcada diferencia. Se hace imperativo, por lo demás, una intervención del legislador para darle una respuesta clara a un supuesto que ya dejó de ser extraño para los tribunales españoles, y así garantizar la seguridad jurídica y el respeto a los derechos válidamente adquiridos en el país de origen, después de todo, uno de los objetivos intrínsecos del Derecho Internacional Privado, es la continuidad del estado jurídico de las personas por encima de las fronteras.⁷⁴

⁷⁴ Valverde Martínez, M. J., & Carrascosa González, J. (2018). op. cit., Párrafo 23

BIBLIOGRAFÍA

1.1 Libros:

Berger, P. L., & Luckmann, T. (1968). *La construcción social de la realidad* (1.ª ed.). Cultura Libre.

Cabeza Pereiro, J. (2004). La Pensión de Viudedad (1.a ed.). Boletín Oficial del Estado.

García Ninet, J. I., García Viña, J., Vicente Palacio, M. A., & Ballester Pastor, I. (2019). Manual básico de seguridad social (2.a ed.). Atelier.

Giner, S. (2017). Historia del pensamiento social (16.a ed.). Editorial Ariel.

Huntington, S. P. (1997). El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial. En Papeles De Cuestiones Internacionales (1.a ed.). Paidós.

Moreno Vida, M. N., Monereo Pérez, J. L., & Díaz Aznarte, M. T. (2013). La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares (1.a ed.). Comares.

1.2 Legislación:

España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE Núm. 261, 103291 (2015).

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid. Núm. 206 (1889).

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE Núm. 281, 33987 (1995).

España. Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. BOE Núm. 246, 2478 (1967).

España. Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. BOE Núm. 126, 15598. (1987)

España. Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979. BOE Núm 245, 28185. (1982).

Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, hecho en Túnez el 26 de febrero de 2001. BOE Núm. 309, 49630. (2001).

1.3 Jurisprudencia:

Sentencia núm. 1803/2019, de 17 de diciembre. Tribunal Supremo. Recurso núm. 2679/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º). (2019).

Sentencia núm. 84/2018, de 24 de enero. Tribunal Supremo. Recurso núm. 98/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4º). (2018).

Auto de 2 de julio de 2020. Tribunal Supremo. Recurso núm. 4807/2018 (Sala de lo Social, Sección 1º). (2020).

Auto de 28 de marzo de 2017. Tribunal Supremo. Recurso núm. 2287/2016 (Sala de lo Social, Sección 1º). (2017).

Sentencia núm. 1853/2019, de 6 de noviembre. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. (Sala de lo Social, Sección 1º). (2019).

Sentencia Civil núm. 339/2016, de 26 de octubre. Audiencia Provincial de Alava (Sección 1º). (2016)

Sentencia núm. 5255/2003, de 30 de julio. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única). (2003).

Sentencia núm. 1456/2002, de 29 de julio. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. (Sala de lo Social, Sección 4º). (2002).

1.4 Recursos webs:

Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020). Definición de orden público internacional - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE. <https://dpej.rae.es/lema/orden-publico-internacional>

Fenske, J. (2013). African polygamy: Past and present | VOX, CEPR Policy Portal. <https://voxeu.org/article/african-polygamy-past-and-present>

Kramer, S. (2020, diciembre 7). Polygamy is rare around the world | Pew Research Center. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/12/07/polygamy-is-rare-around-the-world-and-mostly-confined-to-a-few-regions/>

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España. (2022). Seguridad Social: Prestaciones / Pensiones de Trabajadores. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionestrabajadores/10964/10966/28489/28490#6585>

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España. (2021). Clases Pasivas: Pensiones de Clases Pasivas. Portal Clases Pasivas.

<https://www.portalclasespasivas.gob.es/sitios/clasespasivas/es-ES/PENSIONESCLASESPASIVAS/Paginas/PensionesClasesPasivas.aspx>

Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. (2020, abril 27). ¿Qué significa el traspaso de la gestión de las Clases Pasivas del Estado al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones? La Revista de la Seguridad Social. <https://revista.seg-social.es/-/¿qué-significa-el-traspaso-de-la-gestión-de-las-clases-pasivas-del-estado-al-ministerio-de-inclusión-seguridad-social-y-migraciones->

Wheaton, O. (2015). Where in the world is polygamy legal? Map shows countries still practicing the laws | Metro News. <https://metro.co.uk/2015/06/22/where-exactly-is-polygamy-legal-5257418/>

World Population Review. (s. f.). 2022 World Population by Country. Recuperado 9 de mayo de 2022, de <https://worldpopulationreview.com/>

1.5 Publicaciones en Revista

Adroher Biosca, S. (2021). Efectos de los Matrimonios poligámicos en España. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario No 784, 749-777.

Ayago, A. D. (2021). Autonomy of the will, public policy and international public order in european family and succession law regulations. Cuadernos de Derecho Transnacional, 13(2), 1003-1021. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6311>

Carrascosa Gonzáles, J. (2008). Orden Público Internacional y externalidades negativas. Boletín del Ministerio de Justicia, 2065, 2351-2378.

Castellanos Ruiz, M. J. (2018). Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial. Cuadernos De Derecho Transnacional, 10(1), 94. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4118>

García Valverde, M. D. (2021). Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales. E-Revista Internacional De La Protección Social, 2(6), 402-425. <https://doi.org/10.12795/e-rips.2021.i02.18>

Guzmán Zapater, M. (2017). Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Revista Española de Derecho Internacional, 69(2), 93-118. <https://doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.1.04>

Magallón, J. M. (1965). El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes. Revista de la Facultad de Derecho de México, 59.

Valverde Martínez, M. J., & Carrascosa González, J. (2018). Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado. Cuadernos De Derecho Transnacional, 10(2), 718. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4396>

1.6 Tesis

Mir Sattari, M. (2020). Polygamy as a cross-cultural dispute in Europe. The extent to which polygamy can be given effect in European legislations. Universidad de Padova.

Sánchez Roa, J. (2015). Orden público internacional y Derecho de familia: análisis jurisprudencial. Universidad Internacional de La Rioja

1.7 Reportes

United Nations. (2008). Report of the Human Rights Committee. En General Assembly Official Records: Vol. I (Número 40).