

Índice

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN	5
2. MATRIMONIOS POLIGÁMICOS Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL	7
2.1. Poligamia en España	11
2.1.1. Capacidad matrimonial.....	11
2.1.2. Imposibilidad de contraer matrimonio poligámico en España.....	12
2.2. Matrimonio poligámico celebrado en el extranjero.....	14
3. EFECTOS DE LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	19
3.1. Efectos jurídicos no admisibles	19
3.1.1. Inscripción registral del matrimonio poligámico celebrado en el extranjero.....	19
3.1.2. Repudio unilateral como medio para disolver matrimonio.	21
3.1.3. Solicitud de nacionalidad por matrimonio.	22
3.1.4. Concesión de nacionalidad al cónyuge varón.....	23
3.2. Efectos jurídicos admisibles	25
4. REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y POLIGAMIA	27
4.1. Principios básicos de la reagrupación familiar	27
4.2. Regulación en España de la reagrupación familiar.....	30
4.3. Reagrupación familiar en matrimonios poligámicos.....	32
4.3.1. La reagrupación de las esposas	32
4.3.2. La reagrupación de los hijos	37
5. PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LA POLIGAMIA	41
5.1. Bases de resolución para la concesión de la pensión de viudedad.	41
5.2. La división de la pensión de viudedad.	46
5.3. Conflicto jurisprudencial	48
6. CONCLUSIONES	53
7. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.....	57
7.1. Bibliografía.....	57
7.2. Jurisprudencia	59
7.3. Legislación.....	61

ABREVIATURAS

Audiencia Nacional: AN

Convenio Europeo de los Derechos Humanos: CEDH

Derecho Internacional Privado: DIPr.

Dirección General de los Registros y del Notariado: DGRN

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero: LO 4/2000

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado: RDGRN

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: TEDH

Tribunal Superior de Justicia: TSJ

Tribunal Supremo: TS

Unión Europea: UE

1. INTRODUCCIÓN

La cita del sagrado Corán por la cual la cultura religiosa islámica permite a un hombre contraer matrimonio hasta con un límite de cuatro esposas la encontramos en la Sura 4 Aleya 3: “entonces, casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro”. Esta cita recoge la figura de la poligamia. No obstante debemos remarcar que la poligamia como figura jurídica tuvo su origen en multitud de culturas del todo el mundo, desde Australia, África, la India y el pacífico y no solo en el Islam.

Absolutamente rechazada tradicionalmente en el entorno jurídico europeo, la poligamia se ha convertido en un interesante tema a estudiar dada la llegada masiva de inmigrantes a Europa, gran parte de ellos de cultura musulmana, con una población registrada en España en el 2014 de casi dos millones. Por ende, en el enfoque del presente trabajo, es difícil no hacer constantemente referencia a la cultura islámica, aunque no sea el centro ni el motivo a tratar, pero entendiendo que es la religión por la que se rigen la mayoría de los matrimonios poligámicos en España.

La existencia real de este tipo de matrimonios nos hace obligado replantearnos si esta figura tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico y si se deben reconocer efectos a los matrimonios poligámicos y, en ese caso, cual debería ser el límite de dichos efectos.

Es de esto de lo que vamos a tratar en el presente trabajo: ¿se permite en el ordenamiento jurídico español el matrimonio poligámico? ¿repugna el matrimonio poligámico al orden público español? ¿Son válidos, no obstante, determinados efectos como consecuencia de esta figura jurídica? Todos estos puntos se desarrollarán a lo largo de los distintos capítulos en que se divide el estudio.

Veremos que se ha producido una evolución en la materia desde una posición rígida que intentaba evitar la aplicación de la ley extranjera contraria a los principios de los valores fundamentales de la sociedad occidental hasta la búsqueda de unas soluciones más flexibles que nos acerquen a la coexistencia de la multiculturalidad. Cómo conciliar los conflictos que la coexistencia de culturas en el mundo actual provoca es, indudablemente, un tema político en el que encontraremos múltiples discrepancias, incluso un tema socioeconómico, en el momento actual. No es el objetivo de este

trabajo entrar en valoraciones, sino tan solo de exponer la situación actual de la poligamia en el marco jurídico español así como en los tribunales.

La poligamia como formula jurídica no está exenta de polémica incluso en los países tradicionalmente musulmanes. Túnez la prohíbe por ley desde 1957. En Marruecos, se ha reabierto el debate sobre la poligamia y la desigualdad de sexos a raíz de la polémica relación de dos ministros islamistas, al hacerse publico que el ministro encargado de las relaciones con el parlamento y la sociedad civil acudió a pedir la mano de su novia, la ministra de Educación e Investigación, acompañado de su madre y de su primera esposa. Según la noticia publicada en el diario El Mundo, en la crónica titulada *Poligamia en el Consejo de ministros marroquí* de 18 de abril de 2015, el enamoramiento de los dos ministros ha puesto sobre el tapete un tema del que se hablaba cada vez menos, en parte porque las costumbres han cambiado y en parte porque el nuevo Código de Familia Marroquí de 2004, la Mudawana, hace cada vez más difícil su práctica al exigir el consentimiento de la primera esposa. La poligamia en Marruecos tiende a desaparecer y cada vez más voces, sobre todo mujeres, expresan su rechazo.

Desde el punto de vista occidental la poligamia es absolutamente rechazable porque atenta fundamentalmente contra la igualdad de los cónyuges. Ello no obstante, nos vemos obligados a plantearnos que ocurre en los distintos supuestos en los que la figura entra en conflicto con nuestro ordenamiento jurídico: ¿se puede inscribir el matrimonio poligámico en nuestro país? ¿Se puede conceder la nacionalidad española a un individuo casado con varias esposas? ¿Qué sucede en caso de reagrupación familiar? ¿qué sucede con los hijos? ¿Cuál de las esposas tiene derecho a percibir la pensión de viudedad en caso de fallecimiento de un varón casado con varias esposas que cotice en nuestro país?

Estas son las cuestiones prácticas que se desarrollarán a continuación de una forma objetiva pero dejando abierto el debate en cuanto al conflicto que plantea el artículo 18 de la Constitución Española, cuando consagra el derecho a la intimidad familiar como un derecho fundamental, enfrentado a la aplicación del límite del orden público internacional para justificar el rechazo a la poligamia como una posible vulneración de nuestro ordenamiento jurídico.

2. MATRIMONIOS POLIGÁMICOS Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Entendemos la figura de la poligamia como una figura jurídica, que tuvo el inicio, desde un punto de vista antropológico, en multitud de culturas de todo el mundo, desde Australia, África, la India y el Pacífico¹, así como del Islam. Es esta última la cultura y religión de la gran mayoría de inmigrantes, llegados a Europa, lo que ha obligado a tratar los controvertidos matrimonios poligámicos. España como receptor de dichos inmigrantes se ha convertido por consiguiente en titular regulador de su convivencia dentro de sus límites legales estatales.

Como consecuencia de la coexistencia en el Estado español de diversas concepciones culturales, surgen conflictos, ya que cada una de ellas tiene una concepción familiar propia. Cuando se trata de conciliar los conflictos ocasionados entre los diversos ordenamientos jurídicos, surgen límites como el orden público internacional, con el cual, los ordenamientos estatales tratan de imponer los principios culturales propios, antes de reconocer las instituciones extranjeras que puedan entrar y dañar los propios principios fundamentales del Estado.

Así pues, no es discutible el reto y la encrucijada en que el sistema jurídico español se encuentra ante tal multiculturalidad y convivencia de ordenamientos jurídicos. Por ello, en el presente estudio vamos a contemplar como el legislador en las últimas décadas de coexistencia entre éstos, se ha dotado de una responsabilidad y deber de armonizar jurídicamente dicha convivencia, lo que a menudo es difícil, no sólo culturalmente hablando, sino que suscita una problemática intrínseca a un orden público europeo en que España se encuentra integrado.

La figura matrimonial de la poligamia, centro de nuestro estudio, resulta una institución que no sólo es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, sino que además resulta jurídicamente difícil de aceptar según la contradicción de algunos de los principios fundamentales del sistema jurídico español².

¹ PÉREZ VAQUERO, C., Las pensiones de la poligamia. *La Tribuna del Derecho*, 1 diciembre de 2009, p. 37.

² JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España: ¿un matrimonio forzoso?, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, nº 23, p. 3.

Desde un punto de vista etimológico, poligamia significa pluralidad de cónyuges, lo cual denota ya desde un inicio, una colisión con el vínculo matrimonial español que rechaza un segundo o ulterior matrimonio, así consagrado en el artículo 46.2 del Código Civil: “no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

Dicha colisión también se produce en todos los Estados Miembros de la Unión Europea³, quedando principalmente enfrentados a lo dispuesto en la cultura religiosa islámica, por la cual un hombre puede contraer matrimonio hasta con un límite de cuatro esposas: “entonces, casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro” en *Sagrado Corán, Sura 4, Aleya 3*. Cabe remarcar la literalidad de la premisa marcada por la cita, ya que la única modalidad permitida en el Islam es la del matrimonio del varón con diversas esposas pero nunca a la inversa.

La relación conyugal en el matrimonio musulmán, conforme a la tradición y a los códigos de familia, supone una contradicción respecto al principio fundamental de igualdad entre cónyuges, imponiéndose la preeminencia del varón sobre la mujer, característica que atenta contra el principio rector de la institución matrimonial de los Estados occidentales. En ese aspecto, cabe resaltar la posición del Código de familia marroquí de 2004 (Mudawana), el cual aún siguiendo las directrices del Derecho Islámico, en su artículo 30, proclama unas condiciones para que se pueda llegar a conceder la poligamia, otorgando unos derechos inexistentes hasta el momento para la mujer dentro del seno familiar, y unas obligaciones impuestas a los jueces nacionales para conocer de dichos casos⁴.

En este punto, es de vital importancia señalar la existencia en el sistema jurídico español del llamado orden público internacional. Se trata de una institución exclusiva del Derecho Internacional Privado (DIPr.), consistente en una excepción al normal funcionamiento de una norma de conflicto, es decir, se descarta la aplicación de una norma extranjera en una relación jurídica internacional privada, ya que dicha ley extranjera es considerada como contraria a los principios fundamentales que rigen nuestro ordenamiento dónde los Tribunales españoles deben conocer del asunto.

³ LABACA ZABALA, M^a L., *La poligamia en España*, Barcelona: Vlex 2007, p. 43.

⁴ OUALD ALI, K., El estatuto jurídico de la mujer marroquí en la sociedad de origen, *Revista electrónica de la universidad de Jaén*, 2006, p. 3.

Así pues, sin llegar a ser lo que el DIPr. define como una “institución jurídica desconocida”⁵ en sentido estricto, el matrimonio poligámico resulta una figura jurídica ajena al ordenamiento español, no por su desconocimiento, sino por la confrontación y divergencia que sus principios informadores presentan respecto a los que el ordenamiento español considera como básicos o fundamentales⁶. Más que ajenidad, podríamos hablar de rechazo, como puede verse en la STS de 26 de febrero de 2010: “la poligamia no es algo simplemente contrario a la legislación española, sino algo que repugna el orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero”⁷.

De hecho, se debe señalar aquí, una evolución respecto a etapas anteriores del orden público internacional privatista, con el cual a través de una concepción rígida, se intentaba evitar la aplicación de la ley extranjera contraria a los principios de los valores fundamentales de la sociedad occidental. El Derecho Internacional contemporáneo suele contemplar soluciones de fórmulas más flexibles, que tengan en cuenta las exigencias del Derecho extranjero dentro del respeto de la soberanía de los Estados, y salvaguarda mínima de unas exigencias del ordenamiento del foro (en nuestro caso el ordenamiento jurídico español)⁸.

La figura de la poligamia resulta rechazada en la mayoría de los Estados Miembros de la Unión Europea⁹, y prácticamente desconocida para el legislador español, pues la dispersión e insuficiencia de los preceptos legales destinados a ello, resultan meramente testimoniales frente a la exigencia de resolución que deben llevar a cabo actualmente los Tribunales españoles. Tribunales que resultan los principales “perjudicados”, por esta laguna jurídica, que no legal, de nuestro ordenamiento, que deben resolver importantes cantidades de cuestiones jurídicas relativas al matrimonio poligámico, para las que el legislador no ha previsto una respuesta concreta¹⁰.

⁵ Figura jurídica que por su desconocimiento desde la perspectiva del Derecho español, no puede ser recibida y adaptada a nuestro ordenamiento.

⁶ JUÁREZ PÉREZ, P., *Jurisdicción española y poligamia en España...*, op. cit., p. 3.

⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala 3ª). Sentencia núm. 2010/1571 de 26 de febrero, f.j.: 3º.

⁸ MOTILLA DE LA CALLE, A. Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio. BARRANCO AVILÉS, M. A.; CELADOR ANGÓN, O.; VACAS FERNANDEZ, F. *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 194-195.

⁹ LABACA ZABALA, Mª L., *La poligamia...*, op. cit., pp. 43.

¹⁰ JUÁREZ PÉREZ, P., *Jurisdicción española y poligamia en España...*, op. cit., p. 6.

Es trascendental en la consideración del orden público internacional, los derechos y libertades fundamentales, proclamados en la Constitución Española de 1978 (así como en las constituciones de Estados Miembros de la Unión Europea) y en las declaraciones internacionales para la protección de los Derechos Humanos. En el marco de recepción del derecho extranjero aplicable por el punto de conexión de la ley personal, es decir la ley nacional, son de vital importancia jurídicamente hablando, como límites del orden público frente a la ley extranjera, los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y de salvaguarda de los derechos de defensa en los procedimientos de crisis matrimonial. Una vez considerados ya los elementos del orden público, esto es, los principios del foro que se tutelan, la aplicación selectiva de los Juzgados y Tribunales españoles en un determinado caso han de dictaminar si el resultado concreto que ocasiona el Derecho extranjero es admisible en función de dichos principios. También, la intensidad de la aplicación del orden público depende de la intensidad de la relación jurídica constituida y de los sujetos que la invocan con el foro. Características, que ayudan a ampliar la discrecionalidad del juez en su aplicación, y la flexibilidad de ésta¹¹.

Como se ha mencionado anteriormente, a diferencia de otras etapas precedentes cuando de una concepción rígida y extensiva del orden público internacional se evitaba la aplicación de ley nacional de los inmigrantes, ya que es opuesta a los valores occidentales se ha evolucionado a una etapa de mayor flexibilidad, iniciando una premisa de conciliar la ley extranjera con las exigencias mínimas de la ley española, ya que el filtro del orden público no puede servir como una guía de integridad moral de nuestra sociedad, sino como el instrumento de recepción de dicha legislación extranjera para la armoniosa convivencia cultural englobada en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha considerado que favorece entonces, la conservación de la identidad cultural del inmigrante, ya que además, en el marco jurídico europeo, los Estados Miembro de la UE, no pueden imponer su total rechazo hacia esto, lo cual sería una grave vulneración del principio pluralista que informa nuestros ordenamientos¹².

¹¹ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona: Fundación la Caixa, 2000, pp. 49 ss.; pp. 181 ss.

¹² MOTILLA DE LA CALLE, A. Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio. BARRANCO AVILÉS, M. A.; CELADOR ANGÓN, O.; VACAS FERNANDEZ, F. *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 194-196.

El Estado español ha sido durante los años anteriores a la crisis económica actual un Estado receptor de inmigrantes, primando el pluralismo cultural y si cabe religioso y social, el cual los poderes públicos tienen la obligación de no sólo respetar y proteger, sino también promocionar, con el fin de la integración pacífica y paulatina de dichos elementos extranjeros en nuestra sociedad. Recurrir al orden público internacional, ha sido el medio causante utilizado por la jurisprudencia de no respetar las singularidades legislativas extranjeras cuando se enfrentaban a los principios informadores de nuestro foro, creando más que soluciones a dichos conflictos con ciertos elementos de extranjería, una problemática creciente en nuestra sociedad¹³.

2.1. Poligamia en España

2.1.1. Capacidad matrimonial

Primeramente, y sin más dilaciones, debemos afirmar que el matrimonio polígamo es contrario ya desde un inicio a nuestro ordenamiento jurídico, ya que vulnera algunos de los principales preceptos de la Constitución Española de 1978: como son el artículo 1.1 relativo a la libertad e igualdad, el artículo 10.1 sobre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, artículo 14 de la igualdad y no discriminación y el artículo 32 sobre el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica de los contrayentes, durante y tras la celebración del matrimonio. En vista de esto, podemos concluir que cualquier institución que altere fundamentalmente estos principios básicos se deberá restringir por alteración del orden público¹⁴.

En ese sentido, y como se ha tratado anteriormente respecto al orden público internacional, el ordenamiento jurídico español impide la aplicación de una legislación extranjera que trate de considerar la capacidad de contraer matrimonio en España a una persona que ya esté ligado por anterior matrimonio no disuelto, (artículo 12.3 Código Civil¹⁵) y por ende siendo manifiestamente contrario todo ello a nuestro sistema legislativo.

¹³ LABACA ZABALA, M^a L., *La poligamia en España...*, op. cit., pp. 41-45.

¹⁴ LABACA ZABALA, M^a L., *La poligamia en España...*, op. cit., pp. 94-102.

¹⁵ “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

Cabe aquí considerar lo dispuesto en el Código Penal, según el cual en su artículo 217¹⁶, es constitutivo de delito el que contrajese segundo o ulterior matrimonio a sabiendas que subsiste legalmente anterior, pudiéndose castigar con una pena de prisión de seis meses a un año, quedando así sistemáticamente regulado y tipificado el delito por bigamia. Es así como, este precepto legal junto con las consideraciones hechas en que la figura del matrimonio poligámico sea contraria de lleno a nuestro ordenamiento jurídico podrían vulnerar la cohesión de nuestra organización social y jurídica, que proclama la institución del matrimonio como una expresión y vínculo a celebrar en igualdad jurídica entre varón y mujer, suponiendo en ese caso a la poligamia como una sumisión de la mujer que contrajere matrimonio a su marido, por lo que consideraríamos jurídicamente inaceptable, como así se pronunció al respecto la Audiencia Nacional en fecha 6 de mayo de 2010¹⁷.

2.1.2. Imposibilidad de contraer matrimonio poligámico en España.

A continuación, se exponen los motivos sustanciales por los cuales se deniega la posibilidad de contraer matrimonio poligámico en nuestro territorio.

La Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN) niega toda posibilidad de que un español contraiga matrimonio con un extranjero ya casado, ya que ello afectaría conjuntamente a lo tratado del precepto constitucional de la dignidad constitucional de la persona y la concepción en general de la figura del matrimonio en el ordenamiento español¹⁸. Entendemos entonces que el posicionamiento de la DGRN no deja dudas acerca de su total oposición al respecto, aunque la ley nacional de uno de los contrayentes sí que permita un enlace matrimonial de este calibre, ya que de nuevo, contrariaría a nuestro sistema jurídico, dañando lo dispuesto en el artículo 46.2 Código Civil¹⁹ (el cual no reconoce capacidad matrimonial al que esté ligado con vínculo matrimonial).

¹⁶ “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”.

¹⁷ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 174556/2010 de 6 de mayo de 2010.

¹⁸ RDGRN de 4 de junio de 2011 (RJ. 2002/5494) y 11 de mayo 1994 (RJ. 1994/5022).

¹⁹ “No pueden contraer matrimonio: los que estén ligados por vínculo matrimonial”.

Para determinar la capacidad matrimonial del sujeto en una situación jurídica con elemento de extranjería, deberemos atender a su ley nacional, en aplicación del artículo 9.1 Código Civil²⁰.

Atendiendo a lo dispuesto y descartado por ese motivo la imposibilidad de la aplicación de la ley extranjera, es decir, la ley nacional del contrayente varón en este caso, según prevé el artículo 9.1 Código Civil, que permitiera el matrimonio poligámico del contrayente extranjero, se debe aplicar, en orden de paliar esta carencia de nuestro sistema jurídico respecto a una sección jurídica poco regulada, subsidiariamente el derecho español, para considerar la capacidad matrimonial del sujeto. Como consecuencia de tal prohibición y por tanto la aplicación de la legislación española, el sujeto carecerá de una capacidad matrimonial si tiene un vínculo matrimonial anterior (artículo 46.2 Código Civil), existiendo un impedimento de ligamen y no pudiéndose celebrar nunca por tanto un matrimonio poligámico en España por dicha falta de capacidad matrimonial del varón extranjero para contraer matrimonio²¹.

Es así como la DGRN se postula declarando que “se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial, por lo que no puede permitirse un matrimonio entre una española y un extranjero casado”²².

Por lo tanto, la mención que hace el artículo 9.1 Código Civil por la que se aplica la ley nacional de contrayente extranjero en cuanto a capacidad matrimonial, queda totalmente eliminada en cuánto es radicalmente contrario a nuestro ordenamiento jurídico y alegando el orden público internacional, resultando así de aplicación el Derecho español por el cual se imposibilita un vínculo matrimonial múltiple.

Así lo recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de diciembre de 2005²³, cuando denegó a la melillense Dña. María Rosa la solicitud formulada por la misma para renovación de permiso de residencia en régimen general no laboral, que dedujo en fecha 22-11-2000, al tiempo que acordaba anular el permiso

²⁰ “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”.

²¹ CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*. 14ª ed. Granada: editorial Comares, 2014, pp. 102-104.

²² RDGRN de 8 de marzo de 1995 (RJ. 1995/2601).

²³ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sentencia núm. 2006/186014 de 23 de diciembre de 2005.

de que había sido titular, ello porque se había comprobado que su marido, D. Juan Enrique, nacionalizado español en el año 1988, había contraído segundo matrimonio el 26-08-1990 con la nombrada solicitante, subsistiendo legalmente el que -también por el rito islámico- contrajo en el año 1962 con Dña. Cristina, nacionalizada en la misma fecha que dicho esposo. E incluso con fecha 10-04-1995 contrajo un tercer matrimonio islámico, subsistente lo mismo que los anteriores, con Dña. Susana. De donde resultaba, para la Delegación del Gobierno en Melilla, que el matrimonio de Dña. María Rosa y D. Juan Enrique, al margen de la posible responsabilidad penal de éste último (artículo 217 Código Penal) debía considerarse nulo e ineficaz para el ordenamiento español.

2.2. Matrimonio poligámico celebrado en el extranjero

En el supuesto de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero, debemos partir de una consideración jurídica diferente, aunque también habrá que tener en cuenta el orden público internacional que legítimamente alega el legislador estatal español, para evitar la incursión de dicha figura en nuestro sistema de leyes. Partimos que en este caso, se debe enfocar la problemática desde un ámbito del reconocimiento en el Estado español de dichos matrimonios poligámicos, y ya no de la aplicación de una determinada ley susceptible de aplicación a los hechos controvertidos.

Debemos tener presente como premisa, que el DIPr. español, no puede juzgar el fondo de dichos matrimonios poligámicos existentes, ya que en su momento se celebraron acorde a la capacidad de contraer matrimonio de una ley personal extranjera totalmente válida y aplicable en el Estado tercero, y que en consecuencia en dicho ordenamiento jurídico ajeno al nuestro tendría plenas facultades para considerarse legítimamente válido²⁴.

Ahora bien, la controversia se inicia con la voluntad de querer reconocer ese matrimonio celebrado en el extranjero en el Estado español. Cuando se intenta hacer valer dicho enlace matrimonial, el entramado jurídico español, mediante diversos textos legales exige la práctica de un control de la Ley aplicable. Operan en ese sentido los

²⁴ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op, cit., pp. 19-20.

artículos 65 Código Civil²⁵, mediante el cual se exige además su inscripción en el Registro Civil y el 256 Reglamento del Registro Civil²⁶.

Aquí radica una de las principales problemáticas relativas a este aspecto a tratar, ya que el matrimonio sólo será reconocido en España si se contrajo por un sujeto que gozaba de plena capacidad matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio. En virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil, la capacidad de cada sujeto se regirá, tal como menciona expresamente el precepto, por su Ley nacional, y dicha Ley puede que contenga disposiciones a favor de la capacidad para contraer matrimonio con más de una esposa.

Es aquí cuando la legislación y la jurisprudencia española se posiciona totalmente en contra dejando sin efectos tal inscripción registral, dejándola sin validez. Si la supuesta Ley extranjera permitiese a sus nacionales varones contraer matrimonios poligámicos, el orden público internacional español interviene alegando la excepción establecida en el artículo 12.3 Código Civil. Es de gran importancia la intervención en este punto de dicha cláusula, ya que evita el reconocimiento en el Estado español del acta registral. Impide su acceso al Registro Civil y defiende sistemáticamente el rechazo de la aplicación de la Ley personal del contrayente y por consiguiente la validez del matrimonio poligámico.

Recaltar la posición del orden público español al considerar tal institución jurídica como la definición de la desigualdad entre sexo y la sumisión de las mujeres a los varones. Es así como la Audiencia Nacional se ratifica al castigar al sujeto que contrajese matrimonio mientras subsistía el anterior (artículo 217 Código Penal)²⁷.

En consecuencia de todo ello, no podrán surgir efectos legales constitutivos en España, considerándose nulos e inexistentes, no pudiéndose inscribir éstos en el Registro Civil

²⁵ “Salvo lo dispuesto en el artículo 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración”.

²⁶ “Se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española”.

²⁷ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2011/134086 de 5 de abril de 2011.

español, aunque tuviera plenos efectos en el país extranjero de origen²⁸. Puesto que su reconocimiento en el Registro Civil atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio²⁹. Este argumento ha sido recurrido repetidamente por los interesados a inscribir dicho matrimonio poligámico en las actas registrales españolas, pero la jurisdicción estatal española se ha opuesto rotundamente a ello, alegando que prevalecerán siempre los dos elementos fundamentales como son la dignidad constitucional de la persona y la concepción española del matrimonio por los que se opone a ello la DGRN. Así por ejemplo la resolución de la DGRN de 24 de abril de 2014³⁰ denegó la inscripción de un matrimonio celebrado por una persona nacida en Gambia pero nacionalizada española en el año 2005 que presentó en el Registro Civil de Mataró los documentos para la inscripción de un matrimonio contraído con una persona de nacionalidad senegalesa y contraído en Senegal, porque en el certificado de matrimonio se hace constar que el esposo opta por la poligamia, cuando la realidad era que no había contraído más que un matrimonio. La DGRN mantiene que el hecho de no haber ejercitado la poligamia no varía el criterio mantenido y deniega la inscripción.

No obstante, el ordenamiento español no profesa una rotunda negativa en cuanto a ciertos efectos jurídicos, pues la propia negativa a la inscripción registral no produce descartar diversos tipos de consecuencias jurídicas, y más allá de eso, resultaría un perjuicio para la segunda esposa contrayente, considerar su matrimonio como nulo mientras sí que subsiste el de la primera, considerando que su Estado de origen sí que admitía la poligamia. Dicha negativa al considerar el ulterior matrimonio inexistente sería gravemente injusto, dañando la seguridad jurídica de aquellos matrimonios celebrados con corrección dentro de un Estado ajeno al nuestro³¹.

Además, el perjuicio para el orden social español es mucho menor el que provoca el matrimonio poligámico ya celebrado en el extranjero, en relación con uno que se pudiese celebrar en España. Es así como, aceptar como válidos ciertos efectos jurídicos relativos a este tipo de matrimonios no daña el orden público internacional español. Por

²⁸ CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, op. cit., pp. 104-105.

²⁹ RDGRN de 26 de octubre de 2006 (RJ. 2008/54777).

³⁰ RDGRN de 24 de abril de 2014 (RJ. 2014/189062).

³¹ MOTILLA DE LA CALLE, A. Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio..., op. cit., pp. 198-202.

ello, la evolutiva solución aportada por la jurisprudencia española ante los matrimonios poligámicos ya celebrados de acorde con una legislación tercera, es la de aceptar un orden público internacional “atenuado” que permita el reconocimiento dentro de nuestro ordenamiento de “ciertos efectos jurídicos” resultantes de dicha celebración matrimonial.

Dicho orden público internacional atenuado, tiene origen en la jurisprudencia francesa, al considerar que si la norma aplicable fuera la extranjera y ésta vulnerase los principios de su ordenamiento jurídico, sería de igual aplicación, ya que su inaplicación sería más perjudicial para el sujeto en comparación con la vulneración que supondría para el orden público estatal. Aquellos efectos jurídicos que se podrán reconocer extraídos de ése enlace, serán siempre los menos perjudiciales para la estabilidad y el orden tanto social como jurídico español³². El orden público atenuado, como se ha dicho, permite el reconocimiento de ciertos efectos jurídico que se desprenden de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero. Dichos efectos son permitidos ya que no producen de primeras un gran perjuicio para el sistema jurídico español, y algunos de ellos serán tratados con posterioridad. Este orden público atenuado es expresión de un auténtico “diálogo entre ordenamientos”. Ya mencionado anteriormente, dicha aplicación de ese “permisivo” aspecto de aplicación de legislaciones extranjeras, busca el concilio entre varias jurisdicciones y culturas, primando la colaboración entre ellas, antes que un posible conflicto con el que difícilmente se darían soluciones adecuadas antes las difíciles controversias surgidas.³³

Por el contrario, existen unos efectos jurídicos que puedan perjudicar la cohesión jurídica y social española, son los llamados “nucleares” y no serán reconocibles respecto a nuestro ordenamiento jurídico, ya que se dejarán sin efecto. Esto es, lo tratado anteriormente, la inscripción en el Registro Civil.

³² CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II.*, op. cit., p.105.

³³ OUALD ALI, K., *El estatuto jurídico de la mujer marroquí en la sociedad de origen...*, op. cit., p. 5.

3. EFECTOS DE LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1. Efectos jurídicos no admisibles

Respecto lo tratado en el capítulo anterior, referente a matrimonios poligámicos ya celebrados legítimamente en el extranjero, se ha dicho que en cuanto a la integración en el ordenamiento jurídico español, dicho enlace matrimonial jamás podrá ser válido dentro del territorio nacional de España ya que contraria de lleno nuestro sistema normativo y atenta contra el orden público. De ello se desprende, algunos efectos que sí que pueden ser admitidos, surgidos de la voluntad de defender los derechos fundamentales de los contrayentes de este tipo de matrimonio. Pero existen otros tantos, que por su calibre perjudicial para nuestro ordenamiento no pueden ser aceptados y son rechazados por el sistema legislativo español. Estos últimos serán los tratados en este apartado.

3.1.1. Inscripción registral del matrimonio poligámico celebrado en el extranjero.

Como se ha dicho, uno de los principales problemas surgidos en contra de nuestro ordenamiento es la inscripción de tal matrimonio en el Registro Civil. Largamente explicado ya, que será sistemáticamente rechazado cualquier voluntad de inscribir registralmente en España un matrimonio poligámico, alegando atentar contra los principios fundamentales que rigen y en que se basa nuestro sistema, contra el orden público³⁴. El rechazo registral a inscribir estos matrimonios es su nulidad radical.

Cuando una persona adquiere la nacionalidad española, su matrimonio español subsistente celebrado en el extranjero ha de inscribirse en el Registro Civil español conforme prevé el artículo 66 Reglamento del Registro Civil. Para dicha inscripción ha de acreditarse que el enlace sea válido para el ordenamiento español. En los supuestos de matrimonios poligámicos este requisito constituye el obstáculo que impide el acceso al registro Civil, al negarles validez nuestro ordenamiento en virtud de la cláusula de orden público. En este ámbito la reacción más frecuente es la negativa a practicar la inscripción del primer matrimonio, pero existen también supuestos en los que el rechazo

³⁴ CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II...*, op. cit., p.107.

engloba a la figura del polígamo en su conjunto, si bien son menos habituales. Un supuesto habitual es el siguiente: varón extranjero que adquiere la nacionalidad española después de haber contraído segundo o ulterior matrimonio. Solicita la inscripción de su nueva condición de español y con ella la de sus vínculos matrimoniales preexistentes. No es un supuesto nada normal, puesto que como veremos la práctica habitual es denegar la concesión de la nacionalidad a los varones polígamos por falta de integración. Pero en este caso, el rechazo a la poligamia se muestra en el ámbito registral, donde sistemáticamente se deniega la inscripción del segundo y por supuesto ulterior matrimonio³⁵. Así pues, la alegación del orden público (artículo 12.3 Código Civil), imposibilita la inscripción en el Registro Civil de diversas esposas, quedando únicamente la posibilidad de inscribir a una de ellas, que normalmente en los matrimonios poligámicos regidos por el Islam, se trata de la primera de ellas, que goza de una situación de prioridad dentro del ámbito familiar respecto a las demás esposas.

Dada la consideración para el DIPr. español del matrimonio poligámico como inexistente, los cónyuges regidos por tal institución no podrán acogerse al divorcio ni la separación legal en España, ya que primeramente no consta ese matrimonio como efectivo en nuestro Registro y nuevamente contrariaría el orden público. Tal es la sanción que el Registro Civil viene aplicando a los matrimonios poligámicos por considerarlos nulos que la ulterior disolución del primer matrimonio no subsana dicha nulidad por lo que se niega la inscripción incluso cuando se acredita que el primer vínculo matrimonial ya ha sido disuelto en el momento de solicitar la inscripción, con independencia del motivo que haya producido tal disolución. Se trata en esencia de la aplicación estricta del principio de legalidad, básico en el Registro civil, que impide la inscripción de un matrimonio nulo³⁶.

La única posibilidad que tiene el solicitante de inscripción es la de reiterar su solicitud una vez desaparecido el obstáculo que dio lugar a su denegación ya que no rige el efecto de cosa juzgada.

³⁵ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., pp. 16-17.

³⁶ MOTILLA DE LA CALLE, A., El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 158-159.

Igualmente la DGRN ha denegado el reconocimiento de un matrimonio celebrado entre un español y una mujer marroquí, celebrado en marruecos según el rito coránico, cuando el varón estaba ya casado con un vínculo anterior. Es necesario para la inscripción en el registro Civil la comprobación de los requisitos de validez, y es así como la Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 1992 (muy anterior en el tiempo pero de vital importancia para los posteriores posicionamientos doctrinales³⁷) declaró que “el principio constitucional de libertad religiosa no alcanza a dar eficacia civil a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo, regulada por la ley civil”.

3.1.2. Repudio unilateral como medio para disolver matrimonio.

Mencionar aquí, la existencia en el Derecho musulmán de la *Sharia*, de una serie de potestades de extinguir el vínculo matrimonial, conocidos en el Derecho Occidental como la disolución y la nulidad del matrimonio aunque con diferentes condiciones y efectos. El Derecho islámico, además de admitir la disolución por fallecimiento por uno de los cónyuges, el divorcio por mutuo acuerdo, así como la resolución judicial de divorcio a instancia de una de las partes, también admite un mecanismo consistente en el repudio unilateral del cónyuge varón, llamado *talaq*, como método de desvinculación³⁸.

Los diversos Estados musulmanes regidos por la *Sharia*, reconocen tal singular derecho de poner fin al matrimonio, con la excepción de Túnez, que con una legislación más moderna, atribuye derechos iguales a los dos cónyuges, procurando que el divorcio sea a instancia de una de las partes o por acuerdo mutuo. Aunque siga existiendo en la gran mayoría de ordenamientos tal institución, se han producido limitaciones a la gran potestad de decisión del cónyuge varón, siendo así como el Código de Familia marroquí (Mudawana), ha incorporado nuevas consideraciones, exigiendo una ratificación judicial para que el divorcio obtenga una plena eficacia, además de la obligación del varón a depositar una fianza cautelar como avance a las posibles pensiones para la mujer o hijos. Igualmente en ese sentido, Argelia ha judicializado todo el proceso del

³⁷ MOTILLA DE LA CALLE, A., El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español..., op. cit., pp. 159-160.

³⁸ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., p. 19.

repudio, dejando sin posibilidad un repudio poco motivado por parte de los cónyuges varones³⁹.

Es así como el DIPr. procura la aplicación del filtro de orden público, al considerar uno de los cónyuges en situación de desventaja respecto al otro, y ello llevaría al rechazo de la eficacia del *talaq*. Pero en ese aspecto, es considerable recalcar que es el resultado de la aplicación de la normativa extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la ley extranjera, de ahí que la jurisprudencia europea adopte una posición poco tajante y un tanto flexible ante tal mecanismo de repudio, admitiéndolo siempre que se garanticen unas condiciones mínimas hacia la mujer (esto son, pensiones económicas), que procuren la defensa y la igualdad de los derechos de la mujer⁴⁰.

3.1.3. Solicitud de nacionalidad por matrimonio.

Otra grave controversia surgida es la solicitud de la nacionalidad por parte de los ligados por vínculo matrimonial poligámico. Como causa de la oposición del sistema jurídico español a la figura de la poligamia, sólo podrá constar en el Registro Civil la primera esposa, y es en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.2 Código Civil, por lo que aquella esposa del varón (antes extranjero y ahora español) podrá adquirir la nacionalidad española con la condición de más de una año de residencia en España⁴¹, si además se dan los requisitos contemplados en el precepto 22 del Código Civil⁴².

En ese sentido encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010⁴³. En dicha resolución del TS, se deniega la concesión de la nacionalidad a una mujer de origen senegalés, que contrajo matrimonio poligámico válidamente conforme las leyes vigentes de su país, y además cumplió con el requisito de más de un año de

³⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo, VV.AA., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: editorial Colex, 2000, p. 57.

⁴⁰ MOTILLA DE LA CALLE, A. Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio..., op. cit., pp. 207 y ss.

⁴¹ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*..., op. cit., p.107.

⁴² “Bastará el tiempo de residencia de un año para (...) el que al tiempo de la solicitud, llevaré casado un año con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. La residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa”.

⁴³ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 2006/5507 de 26 de febrero de 2010.

residencia ininterrumpido en territorio español. Como largo y tendido se explicará el siguiente apartado, el TS consideró que a pesar de reunir algunos de los requisitos para obtener la nacionalidad, se observaba la falta de uno indispensable, la falta de integración en el sociedad española. Estableciendo así, que la nacionalidad española “concede un status y unos derechos superiores a los derivados de la mera residencia legal en España, por ello se exige una adaptación superior para los que pretenden su total equiparación, política y jurídica a los ciudadanos españoles”⁴⁴. Es decir, el largo periodo de residencia es tan solo un requisito legalmente exigido, pero insuficiente, ya que no se produce una integración real y efectiva en las costumbres y forma de vida española. Es por ello que el TS en este supuesto, declina la concesión de la nacionalidad, ya que ante la comparecencia desarrollada ante el Juez Encargado del Registro Civil, se puede observar que el sujeto en cuestión desconocía aspectos institucionales básicos de nuestra sociedad (como puede ser la capital de España) y ante la pregunta del Juez sobre porqué deseaba ser español, ella respondió al respecto que “pasaba” la pregunta. En conjunto, el TS tuvo que desestimar tal petición de nacionalidad, a pesar de sí estar efectivamente casada con su marido nacional español y conviviendo durante más de un año en territorio español, pero claramente careciendo del requisito esencial de la integración en nuestra sociedad.

3.1.4. Concesión de nacionalidad al cónyuge varón.

Ahora bien, la dificultad radica en determinar si el varón ligado por vínculo matrimonial múltiple legítimo en el extranjero, es susceptible de adquirir dicha nacionalidad española. La jurisprudencia española se ha visto obligada en multitud de ocasiones a resolver sobre esos casos, y en ese sentido se ha opuesto mayoritariamente a la nacionalización de los sujetos solicitantes con dicha condición.

Dicha oposición se sustenta en lo formulado en el artículo 22.4 Código Civil en el que se proclama que “el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”. Es por ello, que las resoluciones judiciales de tal admisión de solicitud de nacionalidad se declaren normalmente en contra, por dicha falta de

⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 5507/2006 de 26 de febrero de 2010, f.j. nº 2.

integración en la sociedad española⁴⁵. Es más, se deberá proceder también a una inspección personal del sujeto a tenor de lo establecido en el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil: “el Encargado, en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia, oirá personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, y procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren”.

Existe un extenso debate jurisprudencial y doctrinal respecto al grado suficiente de integración, puesto que no hay en nuestro ordenamiento una exacta definición de ello y concurre aquí una total incerteza al determinar qué aspectos de la vida de un contrayente poligámico podrían llevar a considerar que está suficientemente integrado en la sociedad española⁴⁶. En vista de tal problemática, la DGRN plantea así una posible solución a este tema y a la que se recurre en multitud de Estados Miembros de la Unión Europea referentes a la integración social del inmigrante, considerando el manejo del idioma del Estado en cuestión como una prueba del nivel de integración de dicho extranjero en nuestra sociedad, además de un mínimo nivel de conocimiento cultural del país. Pero en España, dichos preceptos no tienen una regulación expresa exacta por lo que la jurisprudencia ha intentado configurar unos mínimos por los que se puedan regir estos casos. Es más, a lo largo de los años, los Tribunales españoles han entendido que el grado de integración del individuo en la sociedad, no deriva solo del idioma y la cultura como proclama la DGRN, sino que exige a éste una convivencia con los principios y valores sociales, respeto a los contenidos de la Constitución y una integración respetuosa con las leyes nacionales y la cultura. Por tanto, dichos requisitos que deben ser cumplidos por los solicitantes de dicha nacionalidad española, se confrontan de lleno con la figura de la poligamia y nunca se les podrá reconocer la nacionalidad española por incumplimiento del requisito de integración tanto social como cultural⁴⁷.

A tenor de lo expuesto, aunque el enlace poligámico se haya celebrado correctamente con su capacidad matrimonial proclamada en el artículo 9.1 Código Civil se enfrenta a

⁴⁵ Sentencias Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2006/245537 de 14 de septiembre de 2006; sentencia núm. 2007/229136 de 11 de julio de 2007.

⁴⁶ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., pp. 26-27.

⁴⁷ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2003/58420 de 11 de junio de 2002.

los principios que rigen nuestro sistema jurídico y por ende no podrá adquirir la nacionalidad por residencia en España, limitando entonces su libertad cultural y religiosa por la defensa del orden público general estatal⁴⁸.

Es recalable, que tal denegación por parte de los jueces españoles no pretende un rechazo a dicha institución, es más, el Tribunal Supremo no busca una censura de la poligamia ni intentar “prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece”, aunque a continuación especificando, que sí cabría tal prohibición “si una norma jurídica válida conforme al ordenamiento jurídico español (ya sea el interno o el comunitario) así lo estableciera⁴⁹”.

La Audiencia Nacional, corrobora en ese sentido que nuestra sociedad reconoce y respeta algunos aspectos referentes a la poligamia pero es inflexible al determinar que el matrimonio en nuestro Estado debe ser monogámico, “teniendo el deber los poderes públicos de asegurar el mantenimiento de la figura monogámica matrimonial”⁵⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 2010, por citar un ejemplo, deniega la nacionalidad a un senegalés que tiene once hijos de dos esposas que viven en Senegal. El solicitante tiene residencia en España desde 1986 y tiene 6.178 días cotizados a la Seguridad Social pero considera el Tribunal Supremo que no ha acreditado suficiente grado de integración al ejercer la poligamia.

3.2. Efectos jurídicos admisibles

El matrimonio poligámico celebrado legítimamente fuera de España, puede producir unos efectos periféricos reconocibles dentro de nuestro sistema. Podemos destacar los siguientes efectos admisibles:

- Reagrupación familiar del segundo cónyuge y de los hijos comunes,
- Derechos sucesorios de la segunda esposa,
- Derecho de alimentos y pensión compensatoria post-divorcio para el segundo cónyuge,

⁴⁸ CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II...*, op. cit., p.107.

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala 3ª) sentencia núm. 2004/4114 de 26 de julio de 2004.

⁵⁰ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2005/840 de 27 de febrero de 2005.

- Derecho a pensión de viudedad por parte de las distintas esposas,
- Filiación de los hijos comunes,
- Régimen económico del matrimonio poligámico,
- Cláusula de anulación del matrimonio por poligamia⁵¹.

De estos efectos admisibles enumerados, trataremos en profundidad en los siguientes capítulos la reagrupación familiar del segundo cónyuge y el derecho a la pensión de viudedad por parte de las distintas esposas, por ser los que afectan más directamente al orden público y por ser los que dan lugar a una mayor casuística.

⁵¹ CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II...*, op. cit., pp.107-111.

4. REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y POLIGAMIA

4.1. Principios básicos de la reagrupación familiar

En este capítulo examinaremos la reagrupación familiar, consistente en la reunión con una persona que reside en un Estado del cual no es nacional, de los miembros más cercanos de su familia, que se encuentran residiendo en un tercer país distinto. Es un factor decisivo en la integración inmigratoria de cualquier Estado posibilitar la reagrupación familiar, y por ello veremos a continuación como afecta o se regula en relación a la poligamia.

La reagrupación familiar, atendiendo a la literalidad del término, es una nueva reunión de lo que ya estuvo agrupado, por lo que sería preciso y favorable para el conjunto familiar hacerlo de nuevo para una mayor y satisfactoria integración de tales sujetos en nuestra sociedad. Durante décadas, los ordenamientos legislativos occidentales han considerado la emigración familiar como una emigración de asentamiento, y la emigración individual, como una de regreso. Por ese motivo, han sido reacios a considerar una postura totalmente abierta y liberal respecto a ese derecho, y más aun considerando que la familia se configure como matrimonio poligámico, ya que se temía un aumento de la población extranjera, y además una familia puede convivir más fácilmente con las propias normas y cultura del país de origen, sin integrarse en la sociedad en la cual reside, más aún de nuevo, en el caso de la poligamia⁵².

Así pues, descrita la definición de reagrupación familiar, son los Estados los que tienen la potestad de decidir sobre su regulación, según su consideración sobre si tal derecho supone un factor de integración y estabilidad, o más bien un hecho perjudicial para el Estado.

En los distintos países de la Unión Europea, existe una esencial diferencia respecto a la consideración de la reagrupación familiar. Se tiene en cuenta el fuerte carácter de fundamental en que consiste tal derecho, pero en el ámbito comunitario la reagrupación tiene un carácter básicamente instrumental, al considerar preferible garantizar una libre circulación por el territorio europeo a cualquier ciudadano o suprimir cualquier restricción que le pueda suponer no desplazarse por éste acompañado de su familia. Así se recogía en los artículos 10 a 12 del Reglamento 1612/68 del Consejo de 15 de

⁵² LABACA ZABALA, M. L., *La poligamia en España...*, op. cit., pp. 150-151.

Octubre de 1968 en los que se contenía el derecho al trabajador comunitario de su libre circulación, modificado por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004⁵³.

El derecho a la reagrupación familiar no aparece expresamente consagrado en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), pero su art 8.1 sí proclama que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”. De aquí se puede concluir que:

- La obligación estatal de admitir en su territorio a familiares de los inmigrantes, depende de la situación de los interesados y del interés general.
- Los estados tienen derecho a controlar la entrada de nacionales en su territorio.
- No se puede interpretar que el artículo 8 implique una obligación de respetar la reagrupación familiar.
- Sólo podría serlo en que los supuestos en que la vida familiar no es posible en ningún otro lugar.

Nos obstante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), ha interpretado de una forma extensiva “el derecho a la vida familiar” para los ciudadanos de terceros países⁵⁴.

En el Derecho español, nos debemos plantear si la reagrupación familiar es o no un derecho fundamental, y su encaje dentro de la Constitución Española. El artículo 18.1 consagra el derecho a la intimidad familiar, como un derecho fundamental, pero en él no se recoge explícitamente la reagrupación familiar. No obstante el art 16.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuando regula el derecho a la reagrupación familiar, lo regula bajo el título “derecho a la intimidad familiar”, lo que nos obliga a ligar

⁵³ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 30 de abril de 2004.

⁵⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento de su inserción socio-laboral, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, nº 63, p. 298.

reagrupación familiar con tal artículo 18 de la Constitución, ajustándose así a la más reciente jurisprudencia del TEDH⁵⁵.

También el artículo 32 de la Constitución Española, impone un límite en nuestro ordenamiento jurídico referente al matrimonio, por el cual se invoca la igualdad jurídica de las partes y que todas las formas de matrimonio se regularán por Ley.

Y el artículo 39 de la Constitución, en concreto sus apartados 1º y 2º, proclama “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*” y “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”

Por último el artículo 10 de la Constitución, recoge que los derechos y libertades fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por otro lado los diferentes Tratados Internacionales suscritos por España, nos obligan a resaltar el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual especifica “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. También el ya citado artículo 8 del CEDH: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, y especificando en su segundo apartado “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. De similar composición es el artículo 14 del Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias.

⁵⁵ FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C., El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2010, nº 23, pp. 120-122.

4.2. Regulación en España de la reagrupación familiar

Como ya hemos visto la reagrupación familiar, es un derecho inderogable que se otorga a todo extranjero solicitante que resida legalmente en España. Tal derecho está contenido tanto en los Tratados Internacionales firmados por España como por nuestra propia legislación constitucional, según lo expuesto. Es así como se considera, que los poderes públicos tienen que llevar a cabo un aseguramiento de tal derecho, con el fin de mantener el desarrollo de la persona de los extranjeros y su total integración en la sociedad, mandato proveniente del artículo 9.2 de la Constitución.

Las bases de la legislación relativa a la inmigración en España, fueron establecidas en su momento en la Ley Orgánica 4/2000 (LO 4/2000) de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con su posterior desarrollo en el Reglamento aprobado por Real Decreto en 2011⁵⁶. Respecto a dicho texto legal, mencionar que ha sido reiteradamente modificada a lo largo de los años posteriores:

- Ley Orgánica 8/2000.
- Ley Orgánica 14/2003.
- Ley Orgánica 2/2009.

El legislador ha justificado las sucesivas reformas, exponiendo que las realidades del fenómeno migratorio superaban lo legislado en dicho texto de la LO 4/2000, y no era capaz de regular tales relaciones de extranjería. Y más allá de eso, no sólo en vista de los flujos migratorios recibidos en los años inmediatamente anteriores a la publicación de la Ley, sino que se ha reformado también como causa de previsión al auge migratorio de los años venideros, en que España se había convertido en receptor. Es así como el legislador trata de definir que tal ley reguladora de la extranjería en España se ocupa del control de flujos migratorios, la integración de residentes extranjeros en nuestra sociedad, así como el desarrollo de los países de origen⁵⁷.

⁵⁶ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjero en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de abril de 2011.

⁵⁷ LABACA ZABALA, M. L., *La poligamia en España*. Barcelona: Vlex, 2007, pp. 267-273.

La primera legislación (LO 4/2000), era mucho más abierta respecto a lo dispuesto en la modificaciones posteriores en cuanto a las relaciones migratorias, deduciéndose de su texto que tenía como objetivos, el reconocimiento de la reagrupación familiar como un derecho, (aboliendo lo anterior, en que se consideraba como un permiso), la doble titularidad de tal derecho tanto en el reagrupante como en el reagrupado y además contenía una enumeración abierta e indeterminada de los posibles familiares que se podían reagrupar.

Por tanto, es por la modificación posterior de los objetivos que se establecieron en el año 2000, por lo que se considera que las posteriores reformas son restrictivas de derechos, en cuanto procura que la reagrupación no se convierta en una puerta de entrada de inmigración a España.

Tampoco podemos obviar la jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional respecto la materia, estableciendo éste unos límites por los que las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros establecidos por el artículo 13.1 de la Constitución, podrán ser limitados por el legislador, pero no tendrá una potestad ilimitada para restringirlos, ya que deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 10.1 del mismo texto, por el cual se limita la función del legislador ordinario derivado de un mayor respeto por el orden público y la paz social ⁵⁸.

Finalmente y como consecuencia de la integración del Estado español en el seno de la Unión Europea, España debe acatar unas directivas procedentes de los órganos de la entidad supra gubernamental. Llegamos así a la Directiva de 22 de setiembre de 2003⁵⁹, sobre el derecho a la reagrupación familiar adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, con el fin de regularizar y armonizar los aspectos de la reagrupación familiar en el territorio europeo en la que se establecieron los principios comunes.

Se considera importante en dicho texto legislativo, fijar las condiciones en que se ejercitará tal derecho a la reagrupación, ya que así se podría garantizar mejor la protección de la familia como derecho fundamental. El primordial objetivo de la Directiva, fijado en su artículo 1, es “fijar las condiciones en las cuales se ejerce el

⁵⁸ ZURITA MARTÍN, I., La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español, *Actualidad Civil*, 2012, nº 1, p. 2.

⁵⁹ Directiva 2003/86/ CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros”.

Esta Directiva se transpone a la legislación nacional española, en el Real Decreto 240/2007 de 26 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁶⁰, y los posteriores Real Decreto 1710/2011⁶¹ y Real Decreto 16/2012⁶².

4.3. Reagrupación familiar en matrimonios poligámicos

Presentada ya la legislación aplicable a la reagrupación familiar en España, se centra este apartado en el tratamiento de la reagrupación familiar de la familia polígama. Según todo lo estudiado con anterioridad, y siguiendo los principios constitutivos del orden público matrimonial, como lo son la igualdad y la libertad entre los cónyuges, la institución de la poligamia debe considerarse ilícita en nuestro ordenamiento pero no se puede rechazar de lleno ya que existen segundas y ulteriores esposas así como hijos nacidos de matrimonios poligámicos. Para su estudio dividimos el apartado en dos secciones, la primera dedicada a la reagrupación de las esposas y la segunda a la reagrupación de los hijos.

4.3.1. La reagrupación de las esposas

La premisa jurídica establecida y seguida por el ordenamiento español según se ha desarrollado en el apartado anterior, es que a pesar de considerar como ilícito el matrimonio poligámico dentro de nuestro sistema normativo, se debe reconocer su existencia y conceder una permisividad de reagrupación familiar a tales sujetos, pero con la condición legal de sólo poder reagrupar a un cónyuge.

⁶⁰ Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de febrero de 2007.

⁶¹ Real Decreto 1710/2007 de 18 de noviembre, por el que se modifica en Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de noviembre de 2011.

⁶² Real Decreto 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar calidad y seguridad de sus prestaciones, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de abril de 2012.

La primera mención a la reagrupación familiar poligámica se establece expresamente por primera vez en el Real Decreto 155/1996, donde en su artículo 54.6 se prohíbe “el permiso de residencia un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España”. En ese mismo aspecto se pronuncia el artículo 17.1.a de la LO 4/2000 estableciendo que “en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad”. Mencionar que esta norma por parte del legislador no ha sido modificada por la legislación posterior. Hecho que acentúa aún más la falta de voluntad por parte del legislador de querer firmemente mantener la figura monógama del matrimonio y prohibir la reagrupación de las familias polígamas⁶³.

Se dice que el DIPr. tiene mecanismos de flexibilización para la integración de otras figuras jurídicas en un marco normativo extranjero, como en este caso son la aplicación de la Ley personal del extranjero para considerar como válidos los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero (en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 50 del Código Civil), concediéndoles ciertos efectos permitidos considerados como fundamentales en su vida familiar. Es decir el legislador reconoce su existencia, pero lo rechaza y limita mediante la prohibición de los mecanismos utilizados por el DIPr.⁶⁴.

Es más, cabe la posibilidad que se esté vulnerando el artículo 8 del CEDH, al imposibilitar su aplicación a los extranjeros con creencias religiosas o culturales diferentes a las nuestras.

El capítulo II de la LO 4/2000 dedicado a la reagrupación familiar se inicia en su artículo 16.1⁶⁵ con el reconocimiento a los extranjeros residentes en España a la vida en familia y a la intimidad familiar. Consecuentemente a lo apuntado, el segundo apartado de ese precepto otorga a los residentes el derecho a reagrupar a los familiares enumerados en el artículo 17⁶⁶. Esta enumeración ha sido bastante criticada debido a su

⁶³ ZURITA MARTÍN, I., La poligamia en el derecho marroquí... op. cit., p. 8.

⁶⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento de su inserción socio-laboral, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, nº 63, pp. 300-302.

⁶⁵ “Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”.

⁶⁶ “El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de

compleja y confusa redacción⁶⁷. En ese mismo sentido se posiciona el Tribunal Supremo, considerando dicho precepto de la Ley como una norma mal redactada, confusa y frecuentemente inútil⁶⁸.

Como primer familiar posible a reagrupar, se encuentra el cónyuge del sujeto residente en España, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En el mismo artículo 17 se recoge la eventual posibilidad de los matrimonios poligámicos, procurando que “en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad”. Mediante dicha afirmación, se ha querido plasmar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la misma Ley Orgánica y su consiguiente aplicación de la excepción del orden público internacional contenido en el artículo 12.3 del Código Civil⁶⁹. Aquí entra en juego la importancia de lo establecido en la Directiva 2003/86/CE del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar donde su artículo 4.4 afirma que “en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge”.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el británico⁷⁰, que permite sólo la reagrupación de la primera esposa, de lo establecido en el artículo 17.1 LO 4/2000 podemos extraer que en el sistema jurídico español la poligamia es rechazada en cuanto a reagrupación familiar y que la única esposa posible a reagrupar no tiene por qué ser la primera, ya que se deja a la libre elección del cónyuge varón a cuál de ellas reagrupar. Dicha potestad del varón cónyuge para elegir qué esposa puede solicitar el permiso de residencia, vulnera severamente principios que rigen nuestro ordenamiento, lo que puede resultar cuestionable incluso para el orden público alegado para rechazar la

sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso”.

⁶⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración, *Migraciones*, marzo 2006, p. 29.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 2006/4338 de 25 de enero de 2006.

⁶⁹ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia núm. 2005/2454 de 6 de junio de 2005.

⁷⁰ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., p. 31.

poligamia. Como indica Motilla de la Calle: “Esta opción legislativa reconoce implícitamente al varón el derecho a elegir la esposa que ha de beneficiarse de la reagrupación, lo que resulta paradójico en un ordenamiento que rechaza la poligamia por discriminatoria”⁷¹. En ese sentido, la consideración del varón como un “arbitro” consiste en un atentado contra los derechos fundamentales de las esposas e hijos discriminados por esa decisión⁷². Es más, puede que la esposa “elegida” por el varón resulte no ser la primera, única que el ordenamiento estatal español reconoce como legal.

Una vez la esposa reagrupada resida ya en España, es lógico que ésta reclame algunos efectos jurídicos relativos a su matrimonio como pueden ser alimentos, pensión, sucesiones, quedando entonces desamparada legalmente ante una jurisprudencia poco clara y un tanto vacilante. Es decir, dicha reagrupación fuertemente sostenida como fundamental según el mencionado artículo 8.2 del CEDH, no ha previsto los problemas que se puedan suscitar en el Estado de acogida una vez ya se ha producido tal reagrupación.

La norma contenida en nuestro sistema jurídico no deja de ser un atentado contra el principio constitucional de igualdad ante la Ley y de no discriminación, imponiendo unos privilegios del género masculino. Más aún, no respeta la seguridad jurídica internacional, ya que el trato que nuestro sistema jurídico confiere a una de las esposas casada lícitamente según su país de origen, es de inexistente, tal y como establecen las normas de DIPr. español. Se considera discriminatorio puesto que la voluntad del varón para elegir cuál de ellas podrá ser residente en España, no es un criterio suficiente ni aparentemente legal para considerar tal elección⁷³.

En vista del rechazo prácticamente sistemático hacia la poligamia llevado a cabo por nuestro sistema jurídico hubiese sido más lógico, haber regulado sólo la posibilidad de reagrupar a la primera de las esposas.

⁷¹ MOTILLA DE LA CALLE, A. Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio..., op. cit., p. 203.

⁷² QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Derecho e inmigración..., op. cit., pp. 180-181.

⁷³ CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*..., op. cit., p. 108.

En tal sentido, la reagrupación de la primera esposa sería la más acorde con el sistema adoptado por el ordenamiento español, puesto que en los supuestos de divorcio y posteriores matrimonios que regula la Ley de extranjería en su artículo 17.1.a, no permite la reagrupación del nuevo cónyuge, exigiendo previamente que el anterior matrimonio válidamente celebrado se haya efectivamente disuelto⁷⁴.

Exigir tal efectiva disolución, ha provocado efectos judiciales un tanto confusos, ya que los Tribunales españoles, han admitido el repudio como forma de disolver tal enlace matrimonial, reconociendo y dotando de efectos jurídicos a la figura jurídica de la poligamia que el orden público español tanto trata de regular⁷⁵.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 25 de enero de 2006, en cuanto ha considerado como válido un repudio notarial como mecanismo de poner fin al primer vínculo matrimonial al que estaba sujeto el contrayente varón, y así poder hacer efectiva la reagrupación de la segunda esposa⁷⁶.

En el asunto se discutía si la disolución del primer matrimonio, efectuado conforme a la legislación marroquí debía considerarse o no válida en España. Tal decisión del Tribunal Supremo contradice lo afirmado en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y por tanto anulando esta última decisión, por la que se denegó la reagrupación considerando que el matrimonio anterior no había quedado disuelto formalmente, es decir, mediante un proceso judicial que hubiese respetado los intereses de los contrayentes así como de su descendencia y no mediante un simple acuerdo como el repudio notarial⁷⁷. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, consideró que era importante para la regulación de esta problemática, fijar “un límite razonable para evitar no solo situaciones de fraude de Ley, sino contrarias al orden público interno español” y por eso exigió la disolución de dicho matrimonio con todas las garantías.

El Tribunal Supremo en cambio sí permitió la disolución mediante el repudio, alegando que el TSJ de Madrid se mostró demasiado exigente al interpretar tal precepto de

⁷⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A. Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado de contrayentes de lo que, al menos uno, sea marroquí, VV.AA., *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de la legislación de derecho privado marroquí*, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 41-43.

⁷⁵ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., p. 32.

⁷⁶ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo) sentencia núm. 2006/4338 de 25 de enero de 2006.

⁷⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/152115 de 21 de marzo de 2002.

manera muy literal: “la Sala de instancia lleva a cabo un interpretación más restrictiva de dicho artículo que el que surge de su interpretación literal pues debe notarse que mientras que la Sala de instancia parece entender que el procedimiento de divorcio debe ser necesariamente un procedimiento de naturaleza judicial, la literalidad de la norma sólo exige un procedimiento jurídico”⁷⁸.

El Tribunal Supremo especifica en su resolución que no todo procedimiento jurídico pone fin al matrimonio de la manera exigida por el artículo 17.1.a LO 4/2000, ya que tal extinción será el requisito necesario para solicitar el derecho a una segunda reagrupación familiar del cónyuge. Puesto que se exige que la disolución del matrimonio sea efectiva, debe ser entonces real, definitiva e irrevocable.

Es así como el Tribunal Supremo establece las posibilidades en que el repudio podría ser válido y clasifica también los procedimientos jurídicos que rechaza. En ese sentido, distingue entre los repudios que cumplen tal requisito del artículo 17.1.a. En el modelo matrimonial islámico, regidor de la mayoría de supuestos de poligamia en España, el sistema de repudio que sería permitido como mecanismo para poner fin efectivamente al matrimonio sería el llamado *kohl*, es decir repudio mediante compensación económica de la esposa que a diferencia del repudio unilateral del varón, llamado *talaq*, no le permite reconciliarse con ella sin su consentimiento.

En el caso de la sentencia mencionada anteriormente de 25 de enero de 2006, en que se aceptó el repudio para poner fin al enlace matrimonial, el repudio había sido solicitado por la esposa, un dato que hace determinar al Tribunal que el orden público español tan imperante dado el carácter discriminatorio hacia la mujer, en este supuesto no sea de tanta importancia, permitiendo al fin tal acto jurídico como método de finalización garantista del matrimonio.

4.3.2. La reagrupación de los hijos

Por lo que respecta a la reagrupación de hijos de un mismo varón polígamo nacidos de diferentes madres, éstos siempre serán susceptibles de reagrupación, aunque su madre no pueda ser reagrupada en España. Ello puede provocar una difícil situación tanto para los menores como para las madres, ya que los hijos estarían residiendo en un Estado

⁷⁸ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo) sentencia núm. 2006/4338 de 25 de enero de 2006, f.j. nº 4.

diferente al de la madre que no ha podido obtener el permiso de residencia en nuestro país, por no ser la seleccionada por el cónyuge varón. Así pues, los hijos de la madre reagrupada se encontrarán en una “mejor situación” que el resto, al poder convivir con su madre en el Estado al cual ha sido reagrupada. El artículo 17 de la LO 4/2000 de 11 de enero, concede el permiso de residencia a los hijos de un solo cónyuge que ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo.

Muy interesante al respecto es la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2012, que resuelve un asunto por el que se pretende reagrupar a dos menores de edad, residentes en Senegal, permaneciendo la madre en el país de origen. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentenció al respecto que la solicitud de reagrupación con el padre generaría una ruptura del vínculo familiar existente con la madre y considera que esto es contrario a la legislación española sobre reagrupación, ya que según esta sentencia la reagrupación esta vinculada al derecho de “vivir en familia”, por lo que de aceptarse la reagrupación solicitada se rompe una unidad familiar ya establecida.

Por el contrario el Tribunal Supremo en esta resolución, ratificando sentencias anteriores (como son la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011⁷⁹ y la de 28 de febrero de 2012⁸⁰) deja claro que en nuestra legislación nada obsta en principio ni a la reagrupación parcial ni a la reagrupación sucesiva de los familiares susceptibles de reagrupación, y que en este caso en concreto la madre otorgó permiso para la reagrupación de los menores.

No obstante, la sentencia contiene un voto particular, no en cuanto a la posibilidad de reagrupación parcial, que también la considera aceptable en nuestra legislación, sino en cuanto que no considera válido el consentimiento otorgado por la madre en este caso concreto. Es decir, considera que jurídicamente la reagrupación es viable pero el consentimiento de la madre debe ser cierto y fiable, lo que no ocurre en este caso⁸¹.

⁷⁹ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 4669/2008 de 11 de julio de 2011.

⁸⁰ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 6214/2010 de 28 de febrero de 2012.

⁸¹ Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 5247/2011 de 6 de junio de 2012.

Se puede entender que esta posibilidad de reagrupación parcial, que admite plenamente nuestra jurisprudencia, colisiona con el derecho de los hijos a habitar con sus progenitores, proclamado así en los artículos 7, 9.3 y 10.2 del Convenio de Nueva York relativo a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y que vulnera el derecho del niño a no ser discriminado, causado por una simple decisión de su padre, violando así el artículo 2 del mismo Convenio⁸².

⁸² CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*..., op. cit., p. 108.

5. PENSIÓN DE VIUEDAD EN LA POLIGAMIA

5.1. Bases de resolución para la concesión de la pensión de viudedad.

Primeramente, debemos exponer que la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 174, reconoce el derecho a ser titular de la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, al cónyuge superviviente, así como al que fue cónyuge legítimo, siempre que no haya contraído nuevas nupcias en los supuestos de separación, divorcio o nulidad. La condición necesaria impuesta por la legislación española para poder obtener dicha pensión de viudedad es haber contraído matrimonio legítimo con el causante.

El conflicto que aquí plantearemos, se origina en los casos de los matrimonios poligámicos, que aunque subsiste el vínculo matrimonial entre el varón y las esposas, esta figura matrimonial es radicalmente contraria a la modalidad matrimonial de nuestro ordenamiento jurídico. Destacar en este punto, que en ese tipo de matrimonios sí hay vínculo matrimonial legal, ya que se celebraron acorde con su Ley personal, tal como dispone el artículo 9.1 Código Civil, pero se trata de matrimonios rechazados por la legislación española. Es decir, la regulación de la Seguridad Social permite matrimonios sucesivos, no simultáneos, estipulando en el artículo 174.2 que se podrá dividir la pensión entre las sucesivas esposas, atendiendo al tiempo de convivencia con el fallecido⁸³.

Por lo que respecta a los tribunales en el orden social del sistema jurídico español, podemos considerar que es innovador ya que se pronuncia a favor de ciertos efectos legales de la poligamia, hecho rompedor respecto a lo resuelto con anterioridad en los Tribunales españoles referente a ciertos aspectos jurídicos derivados de la poligamia, que promulgaban una premisa en todo el Estado, mantener la figura matrimonial puramente monogámica⁸⁴.

Respecto a la concesión de la pensión de viudedad reclamada por las distintas esposas contrayentes de matrimonio poligámico, existe un hecho fundamental considerado como el inicio a la doctrina legal reguladora de las pensiones de viudedad reclamadas

⁸³ LABACA ZABALA, M^a L; ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J; GAMBOA URIBARREN, B., Posición de los tribunales en relación al ajuste al ordenamiento jurídico español y a la constitución de la pensión de viudedad a la viuda de un matrimonio polígamo. *Ámbito jurídico*, 2008, nº 58, p. 13.

⁸⁴ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., p. 35.

por parte de las diversas esposas, casadas válidamente según su Ley nacional extranjera y supervivientes del fallecido cónyuge varón cotizante.

Nos referimos a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de la Coruña de 13 de julio de 1998⁸⁵, la cual concedió por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una pensión de viudedad a cada una de las dos esposas de un trabajador de origen senegalés, muerto en accidente de tráfico, que contrajo matrimonio poligámico plenamente legal de acuerdo con su Ley personal del país de origen, así como también otorgó pensiones de orfandad a los hijos que éste tuvo con las diferentes esposas.

En ese mismo sentido se posicionó el Tribunal Superior de Justicia gallego de 2 de abril de 2002⁸⁶, revisando la decisión de Instancia, estableciendo que a pesar de la prohibición de la bigamia en nuestro ordenamiento y la excepción de orden público contenida en el artículo 12.3 del Código Civil, así como la incompatibilidad de dicho caso en concreto con el sistema matrimonial español, es posible reconocer ciertos efectos jurídicos al vínculo matrimonial polígamo, ya que se contrajo matrimonio legalmente en función de la Ley personal de los contrayentes⁸⁷.

Es a partir de entonces cuando nuestro ordenamiento empieza a permitir ciertos efectos jurídicos de la institución de la poligamia, es decir, introduciendo por primera vez el orden público atenuado⁸⁸.

A parte de lo establecido en la jurisprudencia años atrás, relativo al sector laboral, es importante citar una regulación expresa por parte del ordenamiento jurídico español en referencia a los matrimonios poligámicos, regulado en el Convenio firmado entre España y la República de Túnez en materia de Seguridad Social a fecha de 26 de febrero de 2001, así como el Convenio bilateral firmado con el Reino de Marruecos sobre la misma materia, de 8 de noviembre de 1979.

Mencionar el artículo 23 del Convenio entre España y el Reino de Marruecos en el que se dispone que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será

⁸⁵ Juzgado de lo Social nº3 de la Coruña, sentencia núm. 2001/1493 de 13 de julio 1998.

⁸⁶ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia núm. 2002/899 de 2 de abril 2002.

⁸⁷ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia núm. 2002/8999 de 2 de abril de 2002, f.j. nº 3.

⁸⁸ Véase en este mismo estudio p. 17.

distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha pensión”.

Así como el artículo 24 del convenio firmado entre España y la República de Túnez, el cual proclama referente a la pensión de viudedad compartida que: “en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”.

Es de mucha relevancia tener en cuenta la existencia de sendos convenios bilaterales firmados respectivamente con dichos dos Estados, ya que son fruto de una necesidad imperante de regular el sector de la Seguridad Social en relación con la poligamia, y utilizados por los Tribunales españoles con posterioridad a su entrada en vigor para resolver procedimientos de petición de pensiones de viudedad por parte de distintas esposas⁸⁹.

Es entonces, a partir de la innovadora Sentencia del Juzgado gallego en el 2002, cuando se suscitan diversas solicitudes de pensión de viudedad de forma simultánea por parte de diversas esposas ante la jurisdicción social, obligando en diversas ocasiones a verse obligados a resolver respecto a un ámbito poco regulado y relativamente novedoso de nuestro sistema.

Las respuestas por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales pueden considerarse como distantes, ya que se trata de un ámbito legislativo un tanto difuso y carente de regulación, y que además se enfrena de lleno con la propia doctrina laboral, y por lo proclamado por los poderes públicos de nuestro ordenamiento jurídico referente a la figura matrimonial a seguir en nuestro Estado, a excepción de lo dispuesto y ya mencionado con anterioridad relativo a los convenios bilaterales firmados por España con el Reino de Marruecos y la República de Túnez⁹⁰.

Si observamos las solicitudes que dan respuesta los diferentes procedimientos a los que fueron instados los Tribunales, normalmente en este tipo de pretensiones, se trata de un trabajador de origen extranjero, el cual contrajo matrimonio poligámico lícitamente de

⁸⁹ DESTENTADO DAROCA, E., La pensión de viudedad: retos del Derecho de familia y reflexiones sobre las últimas reformas. Albacete: editorial Bomarzo, 2013, pp. 156-157.

⁹⁰ PERICÁS SALAZAR, L., El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad, *Aranzadi Social*, nº9, 2007, pp. 1712-1715.

acuerdo con las leyes personales vigentes de su país de procedencia (normalmente de acuerdo con la Ley islámica), que fallece en territorio español, habiendo dos o más esposas, legítimamente herederas, que reclaman ante nuestros órganos jurisdiccionales su pertinente pensión de viudedad como causa del trabajo realizado por el fallecido cónyuge varón, cotizando a lo largo de su vida laboral aquí en España.

Aquí radica el problema fundamental de lo expuesto, ya que tal conflicto legal pretendido por las partes solicitantes, no tienen una regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico, ya que según lo dispuesto en el artículo 174 en la Ley General de la Seguridad Social española, se puede deducir que sólo se dispone el derecho a la pensión de viudedad a los matrimonios monogámicos.

En referencia a toda esta problemática expuesta, volviendo a tratar jurisprudencia dictaminada por los Tribunales españoles, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002, ya se pronunció respecto a las dificultades surgidas en el orden social respecto a la poligamia.

Un siguiente supuesto controvertido de la misma naturaleza, ocurre unos años después, pero con una diferencia fundamental que lo caracteriza y diferencia de su predecesor: existía un convenio regulador a dicho sector, es decir, el caso sería regulado por el Convenio entre España y Marruecos relativo a la Seguridad Social de 1979. Es el procedimiento seguido por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid de 17 de enero de 2002, que ante la petición de dos esposas viudas, solo concedió la pensión a una de ellas, la primera, que a los ojos del ordenamiento jurídico español es la única legal.

Hecho que fue recurrido, y que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a 29 de julio de 2002⁹¹, revocó la sentencia de Instancia, reconociendo el derecho a la segunda esposa del marido fallecido a recibir la pensión, mediante un reparto de la pensión entre las dos esposas, en virtud del artículo 23 contenido en el Convenio entre España y Marruecos de 1979, por el que se prevé un reparto a partes iguales entre quienes resulten según la legislación marroquí, beneficiarias de la pensión de viudedad⁹². Cabe desatacar que la distribución de la pensión no se repartió a partes iguales tal y como estipula el citado artículo 23, sino que se hizo de un manera proporcional al tiempo en

⁹¹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/3324 de 29 de julio 2002.

⁹² Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/3324 de 29 de julio de 2002, f.j. nº 2.

que cada una de ellas estuvo casada con el varón. Dicha decisión del reparto proporcional y no igualitario fue tomada por dos razones: el cónyuge varón se divorció de una de las esposas y en el momento del fallecimiento de éste, ya no existía vínculo matrimonial. Y que el Tribunal, en vista de que la legislación marroquí no reconoce ningún derecho a la esposa divorciada, concedió la pensión de viudedad también a la esposa divorciada, eso sí, no con un reparto igualitario como establece el Convenio entre España y Marruecos de 1979, sino proporcionalmente al tiempo que convivieron matrimonialmente con el varón.

Es importante mencionar que las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid así como el de Galicia, fueron hasta el momento, las que reconocieron la división de la pensión de viudedad de un solo trabajador, ya que las demandas presentadas y resueltas en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003 y la del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 6 de junio de 2000, declinaron tal petición, alegando al respecto la cláusula de orden público, afirmando que el segundo matrimonio es inexistente para el DIPr. español y no produce ningún efecto jurídico en nuestro ordenamiento.

Con tal posicionamiento en contra de los Tribunales de Cataluña y Valencia, se inicia una división de la jurisprudencia laboral, elaborando una “tesis” a seguir referente a esos casos. Tesis que resulta excesiva e injusta, ya que el matrimonio al que se refiere el litigio fue llevado a cabo correctamente acorde a las leyes extranjeras, y deja sin ningún tipo de cobertura social a una de las esposas del marido fallecido, que estuvo cotizando en el sistema social español⁹³.

Es así como surge una dualidad jurisprudencial, siendo la primera (permisiva del reconocimiento a todas las esposas del derecho a pensión de viudedad) anterior en el tiempo, corroborándolo así la confirmada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 y oponiéndose a ello la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005⁹⁴, la cual se posicionó en

⁹³ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II...*, op. cit., p. 109.

⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia núm. 2005/2454 de 6 de junio 2005.

contra y anuló lo resuelto por el Juzgado de lo Social nº5 de Alicante que fue permisiva concediendo la pensión de viudedad a las esposas solicitantes.

Respecto a las diferentes posturas judiciales en el ámbito social, podemos considerar dos direcciones divergentes en cuanto al trato que reciben las solicitudes de las pensiones de viudedad. Es decir, se pueden clasificar según el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos o bien, rechazar sistemáticamente cualquier posible efecto de dicha figura matrimonial desde el punto de vista legislativo español.

Tal clasificación, radica en la diferenciación de la aplicación del orden público, siendo la primera mucho más permisiva y operando un orden público atenuado, es decir, considerando que se vulneraría más al sujeto con la no concesión de la pensión de viudedad, que al ordenamiento jurídico español por concederla, en excepción de lo dispuesto en el artículo 12.3 Código Civil, y en consecuencia pudiendo conceder la pensión por viudedad a todas las esposas demandantes de tal derecho.

Por el contrario, la segunda línea jurisprudencial es partidaria de aplicar la excepción de tal precepto y por consiguiente la denegación de la concesión de la pensión a las posteriores esposas, las cuales no son legales según nuestro ordenamiento jurídico⁹⁵.

5.2. La división de la pensión de viudedad.

Dos interesantísimas cuestiones a tratar respecto a la primera posición de los órganos jurisdiccionales españoles, es decir, la línea jurisprudencial más permisiva que permite la concesión de varias pensiones de viudedad, son: la división que éstos efectúan para repartir la pensión entre las diferentes viudas y la intervención de la normativa recogida en los Convenios ratificados por España que en materia de seguridad social regulan este sector.

En cuanto a la primera cuestión, esto es, la división entre las diversas viudas, podemos encontrar dentro de ella dos posiciones dentro de las resoluciones dictadas por los Tribunales al respecto.

⁹⁵ DESTENTADO DAROCA, E., La pensión de viudedad..., op. cit., p. 160.

Así pues, la jurisprudencia ha establecido dos posibilidades a la hora de repartir la pensión: dividirla en partes iguales entre las viudas del varón, o bien hacer un reparto proporcional en cuantía al tiempo en que éstas estuvieron casadas con el fallecido, ya que todavía no se ha contemplado la posibilidad en nuestro sistema jurisdiccional de asignar una pensión completa a cada una de ellas.

Respecto a la división proporcional por tiempo, se posiciona en favor de ello la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002⁹⁶ y su aplicación sería lo más conveniente para la igualdad dentro del seno del matrimonio, teniendo en cuenta la duración de la relación de cada una de las esposas con el contrayente varón cotizante⁹⁷.

En cambio, el reparto igualitario de la pensión es seguido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2002, reparto que ya había establecido el Juzgado de Instancia. Esta tesis sería de considerable aplicación por diversas causas, ya que preserva la seguridad jurídica internacional y la igualdad de los cónyuges ante la Ley y “se adapta a las circunstancias del caso en concreto, cubre las necesidades sociales de todas las mujeres que eran legalmente esposas del fallecido, no vulnera el orden público internacional presupuestario español, pues no perjudica a las arcas públicas del Estado español, ya que la pensión a pagar es única y sólo resulta repartida entre las esposas, y finalmente, es una solución que se alinea con la recogida en los Convenios internacionales que abordan el supuesto de múltiple viudas del cotizante”⁹⁸.

La segunda cuestión a tratar es la regulación expresa para estos supuestos contenida en los Convenios bilaterales mencionados ya, relativos a Seguridad Social. Al respecto, hay que decir que sólo el firmado con Marruecos en el año 1979 ha sido aplicado por los Tribunales españoles para resolver estos casos. Diferente es el texto convenido con Túnez, ya que actualmente la legislación tunecina prevé unas normas de calibre prácticamente occidental, tipificando la poligamia como delito, desvinculándose de la tradición musulmana y configurando el matrimonio como una figura monógama y

⁹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/3324 de 29 de julio 2002.

⁹⁷ DESDENTADO DAROCA, E., Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución, *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, nº228, 2009, p. 24.

⁹⁸ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II...*, op. cit., p. 109.

significando consecuentemente que la aplicación de ese Convenio por parte de los juzgados españoles será rara vez visto⁹⁹.

En cuanto a los varones fallecidos de origen marroquí, se establece en el Convenio España-Marruecos en su artículo 23, que la pensión de viudedad se distribuirá a partes iguales entre quienes según la legislación de Marruecos resulten ser beneficiarias de la misma. Es así como según lo dispuesto, se da libertad a ese ordenamiento para determinar la efectividad de la titularidad del derecho, pero con el establecimiento de antemano que tal pensión deberá dividirse a partes iguales¹⁰⁰. Es importante resaltar aquí la interpretación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002, sobre lo establecido “conforme la legislación marroquí” del artículo 23. Para el Tribunal “esta alude solamente a la posible situación de poligamia del causante, máxime si la lógica también conduce a pensar que la única razón de tal remisión no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante, en una institución o realidad social (poligamia) que, siendo legal en Marruecos, en España sólo es contemplada por el derecho penal”.

5.3. Conflicto jurisprudencial

En vista de lo mencionado con anterioridad, los Tribunales se han pronunciado en sentidos diversos, en función de si cabe conceder o no la pensión de viudedad, y en el caso afirmativo, cuál sería el reparto más apropiado.

En el caso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 29 de julio de 2002, resolviendo lo que se le pedía, dispuso un reparto proporcional, considerando que uno de los matrimonios por el cual contraía a una de las mujeres con el varón, había sido disuelto con anterioridad al fallecimiento del cotizante¹⁰¹.

Dicha resolución ha sido fuertemente criticada al tratarse de una incorrecta aplicación de la legislación marroquí, que no reconoce la pensión de viudedad en caso de tal disolución del matrimonio. Así pues, la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid,

⁹⁹ JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España..., op. cit., p. 38.

¹⁰⁰ PERICÁS SALAZAR, L., El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad..., op. cit., p. 1718.

¹⁰¹ Véase en este mismo estudio p. 44-45.

resulta confusa y suscita dudas ya que en tal caso no resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del Convenio puesto que el objetivo de éste es regular el reparto de la pensión de viudedad cuando concurren varias esposas legales en el momento del fallecimiento, y en tal supuesto en el momento jurídico de la muerte, solo concurriría una de ellas. Si consideráramos la opción de no reconocer el derecho a la pensión en caso de disolución del matrimonio sería un punto más a favor de esta corriente jurisprudencial, que trata de proteger las viudas del trabajador, sustentándose en que los vínculos matrimoniales del causante con las esposas fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su Estado de origen, es decir según sus normas personales y del lugar de celebración¹⁰².

En sentido contrario, la posición jurisprudencial que niega la posibilidad de conceder más de una pensión a las esposas viudas, considera que a pesar que los matrimonios fueron válidamente celebrados de conformidad con la Ley nacional de origen, se posiciona a favor de las posturas más rígidas y conservadoras del sistema afirmando que el orden público español no puede conceder ni otorgar efectos jurídicos a la institución matrimonial de la poligamia ya que choca con los principios fundamentales de nuestro sistema. Dicha postura alega también el aforismo latino que pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana¹⁰³ (revocando la sentencia de instancia), *quod nullum est ab initio, nulum efectum producet* y que tal rechazo al matrimonio poligámico es fruto del enfrentamiento con nuestro orden público.

Se trata de un sistema de operar un tanto extremo, pero a su vez totalmente legítimo y válido, ya que sigue recordando que la poligamia es rechazada por el ordenamiento jurídico español y que la bigamia se encuentra tipificada por el derecho penal español (en el artículo 217 Código Penal) y como consecuencia de ello también en el sector de la reagrupación familiar sólo se permite reagrupar a una de las esposas. No obstante, debemos recordar que en los supuestos de bigamia, se le ha concedido la pensión por viudedad a la segunda esposa, siempre que haya actuado de buena fe. A favor de ello, resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹⁰⁴ y en su contra, denegando la pensión si existiera mala fe, la Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad

¹⁰² DESDENTADO DAROCA, E., Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver..., op. cit., pp. 24-25.

¹⁰³ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia núm. 2005/2454 de 6 de junio 2005.

¹⁰⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Social, sentencia núm. 2005/1525 de 31 de mayo 2005.

Valenciana de 15 mayo 2001¹⁰⁵. Además, esta corriente defiende y alega el rechazo sistemático que promueve la jurisdicción civil a celebrar un enlace matrimonial cuando aún subsistiera el anterior. Es más, según la excepción del orden público del artículo 12.3 Código Civil al impedir que la legislación extranjera sea aplicada, impide también en ese sentido, que la institución de los matrimonios poligámicos pueda producir algún efecto jurídico, incluido la concesión de la pensión de viudedad para más de una esposa.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003, resolvió el recurso presentado por la primera esposa en primera Instancia (concediendo a cada una de las dos esposas el 50% de la pensión de viudedad de un trabajador gambiano fallecido). La esposa que recurrió al Tribunal Superior, reclamaba el 100% de la pensión, considerando que el segundo matrimonio era nulo y por tanto la bigamia era considerada como delito en el ordenamiento jurídico español. El Tribunal le dio la razón a la demandante, clarificando que la cuestión jurídica se centraba “en determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar”. En vista de ese conflicto, el Tribunal afirma que “a efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado”. Pero pese todo ello, cabe destacar un importante voto en contra en qué un magistrado muestra su disconformidad con la cuestión jurídica a debatir, ya que según su parecer se debería haber procedido a la delimitación del reparto de la pensión, ya que se sobreentiende que existen efectos que se deducen de la figura matrimonial de la poligamia¹⁰⁶.

Ya determinado entonces, la imposibilidad de conceder dos o más pensiones íntegras a las diferentes esposas, podemos observar como la jurisdicción social se va estructurando entorno a dos fórmulas¹⁰⁷, que variará en función de la nacionalidad de las partes,

¹⁰⁵ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia núm. 2673/2001 de 15 de mayo de 2001.

¹⁰⁶ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia núm. 2003/3049 de 30 de julio 2003.

¹⁰⁷ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual, *Aranzadi Social*, nº5, 2005, p. 1168.

consecuentemente determinando si son de aplicación los convenios bilaterales relativos a seguridad social existentes con los países mencionados¹⁰⁸.

La primera de ellas, es la postura más inflexible, al no conceder el derecho a obtener pensión a la segunda esposa, ateniéndose a lo previsto en el precepto 12.3 Código Civil, considerando la ley extranjera como dañina para el orden público español. Como ejemplo de tal postura encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003 mencionada previamente, la cual ha sido reiteradamente criticada por su tecnicidad y ajustarse a una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁹.

La segunda fórmula, consistente en el reparto de la pensión, puede realizarse de dos maneras ya mencionadas anteriormente, según el tiempo proporcional de convivencia de las esposas con el cónyuge varón fallecido¹¹⁰, o bien mediante un reparto igualitario entre las esposas en el momento del fallecimiento del trabajador¹¹¹.

Es decir, se evidencian claras contradicciones en nuestro sistema jurídico, ya que por limitado que sea, existe un marco jurídico convencional regulador de algunos aspectos de las pensiones en la poligamia pero que, se contrapone a una corriente jurisprudencial que no reconoce ningún tipo de efecto jurídico derivado de dichas figuras matrimoniales. Resulta que en algunos supuestos los matrimonios poligámicos, a pesar de ser considerados contrarios al orden público español, son amparados bajo su legislación, reconociendo algunos términos de éste pero en otros casos los Tribunales rechazan su validez sistemáticamente.

¹⁰⁸ SASTRE IBARRECHE, R., Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad, *Aranzadi Social*, nº15, 2007, pp. 1905-1907.

¹⁰⁹ DE NO VAZQUEZ, Mª F., Poligamia y pensión de viudedad, *Actualidad Laboral*, nº16, 2004, p.1908.

¹¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/3324 de 29 de julio de 2002.

¹¹¹ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia núm. 2002/899 de 2 de abril 2002.

6. CONCLUSIONES

1. De lo expuesto a lo largo del presente trabajo podemos extraer una primera conclusión que es el indudable interés práctico que el estudio de la poligamia tiene para los ordenamientos jurídicos europeos, pese a la ajenidad de la figura en nuestro entorno, y ello viene motivado por la creciente población de origen musulmán asentada en los países europeos, si bien es verdad que ciertos Estados regidos por la ley islámica están tratando actualmente de limitar tal figura jurídica. Se hace inevitable analizar los efectos legales que se puedan derivar de los matrimonios poligámicos ya existentes dentro del Estado español desde el momento que se plantean en nuestro país situaciones personales a las que hay que dar una respuesta clara.

2. Hemos visto como, sin excepción, la poligamia como institución jurídica es rechazada en Europa y para ello se aplica la cláusula del orden público internacional, que determina la nulidad de los matrimonios poligámicos. Si bien hay matices y diferencias en la admisión de determinados efectos en los distintos países. Y ello acertadamente, entiendo, puesto que invariablemente la poligamia viene asociada a una situación de total desigualdad entre el hombre y la mujer. Otra cosa sería que la existencia del matrimonio múltiple existiera en un rango de igualdad para todos los contrayentes, hombres y mujeres, en cuyo caso creo que debería prevalecer el derecho a la vida e intimidad familiar que recoge nuestra Constitución. Pero lo cierto es que tal como existe en la actualidad, permitir la validez de los matrimonios polígamos sería permitir una situación de sumisión de la mujer, que en mi opinión el ordenamiento jurídico español no puede permitir, ni aun cuando se defienda que la consideración de la familia en nuestra sociedad ha cambiado radicalmente, permitiendo figuras tales como los matrimonios homosexuales o las familias monoparentales, hecho impensable hace unos años.

3. Hemos comprobado también que en España no existe ninguna norma expresa que regule estos matrimonios, y es, aquí de nuevo, la aplicación del orden público español lo que obliga a considerar tal institución jurídica como una desigualdad de género y una sumisión de las mujeres a los varones que la enfrenta a los principios fundamentales de igualdad reconocidos en la Constitución Española.

Ante la falta de regulación expresa han sido los tribunales los que han tenido que ir resolviendo, ante casos concretos planteados por la convivencia multicultural, la situación de la poligamia en España. Sería conveniente regular la materia para evitar situaciones contradictorias en los diversos supuestos que hemos examinado, pues si bien es cierto que la incidencia de la poligamia en nuestro entorno es mínima, los supuestos de hecho en la mayor parte de los casos hacen referencia a hijos menores o mujeres desprotegidas que entiendo que son merecedores de una regulación clara y expresa.

4. Se observa en la jurisprudencia una evolución que va desde el rechazo total, basado en la aplicación del orden público internacional, hasta una admisión de determinados efectos de los matrimonios poligámicos, especialmente llamativa en el orden social con el reconocimiento de las pensiones de viudedad a las varias esposas de un mismo contrayente.

Partiendo siempre de la no aceptación de la institución, los efectos se han desarrollado en distintos ámbitos, y se derivan de la necesidad de proteger los derechos de las mujeres y de los hijos del hombre polígamo lo que creo muy acertado. Ello no obstante al no estar debidamente regulada se producen contradicciones inadmisibles como, por ejemplo, la de que se permita al varón que elija cuál de sus esposas será reagrupada, claramente atentatorio contra la dignidad de la mujer que se intenta proteger con la inadmisibilidad de la poligamia.

5. Se rechaza absolutamente la concesión de efectos al hombre polígamo y el ejemplo más claro es la denegación de la nacionalidad española: quien practica la poligamia según su ley personal no puede considerarse integrado en la sociedad española según establecen nuestros tribunales invariablemente. Esta postura creo que debería revisarse permitiendo la demostración de la integración social por otros medios.

6. Un posible límite a la admisión de efectos que se desprenden de los matrimonios poligámicos debería ser, en mi opinión, el perjuicio al Estado español: por ejemplo en el otorgamiento del derecho a recibir una pensión de viudedad. No puede admitirse la concesión a varias esposas de una pensión íntegra porque ello iría en perjuicio del Estado. Si, en cambio me parece acertado el reparto entre las distintas esposas por razón de equidad. Lamentablemente, no podemos olvidar que para los Estados Miembros de

la Unión Europea todo planteamiento sobre la concesión de derechos a favor de inmigrantes, tiene una consideración fundamentalmente económica.

7. Y por último, claramente debería anteponerse el bien del menor, los derechos del niño, a cualquier otra consideración, al regular la materia.

En definitiva se sanciona la poligamia y al hombre polígamo pero se trata de beneficiar a la mujer y a lo hijos, buscando darles una solución - caso a caso a medida que se han ido planteando supuestos ante los Tribunales - que respete su dignidad como personas susceptibles de protección, pero la falta de una regulación clara y expresa ha producido contradicciones en casos concretos que afectan a los derechos fundamentales de las personas, normalmente las de posicionamiento más débil en la sociedad.

7. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

7.1. Bibliografía

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración, *Migraciones*, nº 8, 2006.

CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*. 14ª ed. Granada: editorial Comares, 2014.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo, VV.AA., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: editorial Colex, 2000, pp. 36-66.

DE NO VAZQUEZ, Mª F., Poligamia y pensión de viudedad, *Actualidad Laboral*, nº16, 2004, pp. 1899-1910.

DESENTADO DAROCA, E., Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución, *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, nº228, 2009, pp. 22-27.

DESENTADO DAROCA, E., La pensión de viudedad: retos del Derecho de familia y reflexiones sobre las últimas reformas. Albacete: editorial Bomarzo, 2013.

FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C., El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2010, nº 23, pp. 113-160.

JUÁREZ PÉREZ, P., Jurisdicción española y poligamia en España: ¿un matrimonio forzoso?, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, nº 23, pp. 0-45.

LABACA ZABALA, Mª L.; ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J.; GAMBOA URIBARREN, B., Posición de los tribunales en relación al ajuste al ordenamiento jurídico español y a la constitución de la pensión de viudedad a la viuda de un matrimonio polígamo. *Ámbito jurídico*, 2008, nº 58, pp. 0-20.

LABACA ZABALA, M^a L., *La poligamia en España*, Barcelona: Vlex 2007.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual, *Aranzadi Social*, nº5, 2005, pp. 1161-1190.

MOTILLA DE LA CALLE, A., El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español. Córdoba: *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba*, 2003.

MOTILLA DE LA CALLE, A. Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio. BARRANCO AVILÉS, M. A.; CELADOR ANGÓN, O.; VACAS FERNANDEZ, F. *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2011.

OUALD ALI, K., El estatuto jurídico de la mujer marroquí en la sociedad de origen, *Revista electrónica de la universidad de Jaén*, 2006, pp. 0-6.

PÉREZ VAQUERO, C., Las pensiones de la poligamia. *La Tribuna del Derecho*, 1 diciembre de 2009, pp. 37-40.

PERICÁS SALAZAR, L., El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad, *Aranzadi Social*, nº9, 2007, pp. 1709-1719.

QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona: Fundación la Caixa, 2000.

RODRÍGUEZ BENOT, A. Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado de contrayentes de lo que, al menos uno, sea marroquí, VV.AA., *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de la legislación de derecho privado marroquí*, FIIAPP, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento de su inserción socio-laboral, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, nº 63, pp. 297-314.

SASTRE IBARRECHE, R., Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad, *Aranzadi Social*, nº15, 2007, pp. 1899-1921.

ZURITA MARTÍN, I., La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español, *Actualidad Civil*, 2012, nº 1, pp. 0-2.

7.2. Jurisprudencia

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2011/134086 de 5 de abril de 2011.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2010/174556 de 6 de mayo de 2010.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2006/245537 de 14 de septiembre de 2006.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2007/229136 de 11 de julio de 2007.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2003/58420 de 11 de junio de 2002.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) sentencia núm. 2005/840 de 27 de febrero de 2005.

Juzgado de lo Social nº3 de la Coruña, sentencia núm. 2001/1493 de 13 de julio 1998.

RDGRN de 24 de abril de 2014 (RJ. 2014/189062).

RDGRN de 26 de octubre de 2006 (RJ. 2008/54777).

RDGRN de 4 de junio de 2011 (RJ. 2002/5494).

RDGRN 11 de mayo 1994 (RJ. 1994/5022).

RDGRN de 8 de marzo de 1995 (RJ. 1995/2601).

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sentencia núm. 2001/1122628 de 22 de diciembre 2000.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia núm. 2003/3049 de 30 de julio 2003.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia núm. 2002/899 de 2 de abril 2002.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, sentencia núm. 2005/2454 de 6 de junio de 2005.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/3324 de 29 de julio 2002.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2005/1525 de 31 de mayo 2005.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/152115 de 21 de marzo de 2002.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia núm. 2673/2001 de 15 de mayo de 2001.

Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 2004/4114 de 26 de julio de 2004.

Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 2006/5507 de 26 de febrero de 2010.

Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 2008/4669 de 11 de julio de 2011.

Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 2010/6214 de 28 de febrero de 2012.

Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) sentencia núm. 2011/5247 de 6 de junio de 2012.

7.3. Legislación

Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978.

Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos hecho en Tánger el 8 de noviembre de 1979, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio, *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de octubre de 1982.

Convenio sobre Seguridad Social entre España y la República de Túnez hecho en Túnez el 26 de febrero de 2001, *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de febrero de 2001.

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de diciembre de 1958.

Directiva 2003/86/ CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de julio de 1899.

Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de junio de 1994.

Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjero en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de abril de 2011.

Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de febrero de 2007.

Real Decreto 1710/2007 de 18 de noviembre, por el que se modifica en Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de noviembre de 2011.

Real Decreto 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar calidad y seguridad de sus prestaciones, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de abril de 2012.